

El procedimiento para el cierre de páginas web en el derecho español

Sumario: RESUMEN.—I. ORÍGENES DE INTERNET.—II. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA.—III. LA RESPUESTA PENAL Y SU FRACASO.—IV. LA RESPUESTA ADMINISTRATIVA.—V. VALORACIÓN DE LA MEDIDA.

RESUMEN

Internet es hoy en día el «ágora pública» de la sociedad del siglo XXI y se presenta como un espacio proclive al ejercicio de las libertades públicas y muy especialmente del intercambio de todo tipo de contenidos, si bien algunos de los cuales son obras protegidas por la normativa de propiedad intelectual que no cuentan con la correspondiente autorización de sus titulares o representantes. El presente estudio analiza y cuestiona la respuesta penal y administrativa que, según la legislación española, merece este fenómeno. Particularmente es objeto de examen el procedimiento para el cierre de páginas web que tiene su causa en la Disposición final n.º 43.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (popularmente denominada «Ley Sinde») y desarrolla el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

PALABRAS CLAVE: *Internet, página web, cierre página web, ley sinde, ley economía sostenible, neutralidad internet, peering, isp, ciberespacio, sociedad de la información.*

* Letrado del Consejo de Estado. Profesor de Derecho Administrativo ICADE. Abogado.

I. ORÍGENES DE INTERNET

Suele definirse sintéticamente Internet como la red de redes, ya que se trata de la mayor red informática global, descentralizada, formada por la conexión directa entre ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación. Desde otro punto de vista se habla de autopistas de la información para referirse a la misma en consideración a la ingente y cambiante información que circula en su seno.

Denominada inicialmente Arpanet, originariamente fue concebida para un uso militar, abriéndose posteriormente a la comunidad académica para llegar, finalmente, a todo el público al calor del desarrollo y popularización de los ordenadores personales (PCs), el sistema World Wide Web (www) —que permite lo que comúnmente se refiere como «navegar por Internet»—, así como del avance de las telecomunicaciones, especialmente de las conexiones de banda ancha (DSL, cable, FTTH), las redes inalámbricas (Wi-Fi, WiMax), los dispositivos móviles (ordenadores portátiles, PDA, telefonía móvil, *smart phones*), o la telefonía IP, entre otras innovaciones. Sin embargo, no es nada desdeñable la faceta de Internet como canal de contratación, distribución, publicidad y comercialización.

En efecto, lo que hoy conocemos como Internet debe situarse en el contexto político de la guerra fría en la década de 1960 y es fruto de la labor de la National Advanced Research Projecy Agency (NARPA o ARPA), que diseñó una red para interconectar sus ordenadores teniendo como finalidad impulsar un sistema de comunicaciones que no pudiera ser bloqueado por un ataque nuclear a gran escala. Esta red se denominó Arpanet.

El principio estructural era sencillo. Frente a la configuración clásica de las redes telemáticas —que pivotan entorno al servidor principal—, en Arpanet cada nodo de la red es igual a todos los demás, de modo que ante cualquier fallo de un nodo o de destrucción de parte de la infraestructura el tráfico se encaminaría automáticamente por otra nueva ruta impidiendo así la inutilización de la red¹. De este modo, el principio de independencia de Internet y de ausencia de manejo, administración o control por parte de un organismo, burocracia o entidad está en su propia génesis.

Poco a poco Arpanet se extendió a otros ámbitos ajenos al militar. Ya en 1969 se conectaron a la misma la Universidad de California en Los Ángeles, la Universidad de California en Santa Bárbara, el Stanford Research Institute y la Universidad de Utah. Con posterioridad se irán sumando otras instituciones y la red seguirá en permanente evolución. Así, en 1986, la National Science Fundation (NSF) comenzó el desarrollo de NSFNET que se convirtió en la principal red troncal de Internet, complementada después con las redes NSINET y ESNET, todas ellas en Estados Unidos. Paralelamente, también en Europa se irán desplegando otras redes troncales.

¹ Técnicamente ello es posible gracias a la existencia de un protocolo común, «el mismo idioma de conexión», el primero de los cuales se creó en 1970, el NCP (Network Control Protocol), y a partir de 1983 se implantó el TCP/IP (Transfer Control Protocol/Internet Protocol), que es el que actualmente se emplea en Internet.

Ello determinó que en 1990 se acordara el cierre de Arpanet y su transformación en la vigente Internet.

En cuanto a su gobierno, no existe propiamente tal. No obstante, Estados Unidos ostenta una importante posición como consecuencia de que la propia génesis de Internet en el marco de la ARPA fue financiada por dicho país y también determinó que muchas de las funciones técnicas necesarias fueran encomendadas a organizaciones contratadas por el Gobierno de Estados Unidos (destacadamente el caso de la IANA (www.iana.org), que es la organización responsable de la administración de la raíz del sistema de nombres de dominio (los. com., net., org, o. edu entre otros) y de la administración de los recursos de numeración de Internet —direccionamiento IP y AS—).

De todas estas organizaciones descolla la ICANN (www.icann.org), la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números, que es una Organización sin ánimo de lucro constituida al amparo de la *California Nonprofit Public Benefit Corporation Law* («CNPBCL»), tiene su sede en Marina del Rey (California) y fue creada en 1998 para asumir una serie de funciones técnicas que antes realizaban directamente en nombre del gobierno norteamericano otras organizaciones, en particular la citada IANA (Internet Assigned Numbers Authority), que pasó a integrarse en la ICANN.

También debemos referirnos a la IETF (www.ietf.org), la Internet Engineering Task Force, que ha tenido desde sus inicios un funcionamiento independiente, abierto y participativo. La IETF es una organización que opera en forma abierta y participativa, y es el foro donde se desarrollan los estándares de Internet tanto en materia de arquitectura de red como los aspectos operativos. La IETF no depende de ningún Estado.

Todo el régimen es, ciertamente, muy complejo y exigiría un trabajo independiente dedicado al efecto. De un modo elemental podría decirse que Estados Unidos ha realizado una descentralización parcial en un modelo participativo que intenta equilibrar todos los intereses en presencia, aunque Estados Unidos mantiene cierta preeminencia sobre la ICANN. El diseño recuerda en alguna medida al sistema de equilibrios y contrapesos de Montesquieu². En consecuencia, el tema de la «gobernanza» de Internet constituye uno de los retos y desafíos de la Sociedad Internacional y del Derecho Internacional del siglo XXI, lo cual afecta de lleno a la manera de cómo articular del control de los contenidos y cierre de las páginas web.

II. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

La sociedad del siglo XXI se caracteriza sin ambages como la «sociedad de la información». Los cambios tecnológicos acaecidos —y los venide-

² EISENMANN CHARLES: «*L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*». Cahiers de philosophie politique, Reims, OUSIA, 1985, pp. 3-34; «*La pensée constitutionnelle de Montesquieu*». Cahiers de philosophie politique, Reims, OUSIA, 1985, pp. 35-66.

ros— han impactado sobre el modelo de sociedad provocando una auténtica revolución, con el consiguiente cambio excepcional en las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales³.

Internet se presenta así como un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas y el intercambio de información. No puede olvidarse que el propio éxito del ciberespacio es consecuencia de la idea de comunicación sin fronteras como alma de un *ordo* común que sobrepasa la idea de los propios Estados, el *ius communicationis* vitoriano⁴. Por ello, en Internet circula información muy heterogénea, ya que son los propios usuarios quienes individualmente deciden la naturaleza de la que comparten. Internet no está específicamente destinada al intercambio de información de una determinada especie, si bien una parte importante de sus contenidos son obras protegidas por las leyes de propiedad intelectual y cuyos titulares no han autorizado su reproducción y distribución.

Esta situación plantea la pregunta de la eventual relevancia jurídica de las diversas conductas que ejecutan quienes participan en este último tipo de intercambios, puesto que cuando la conducta se comete en el ciberespacio surgen dudas y dificultades.

Como ya hemos afirmado en otro lugar⁵, el examen de esta cuestión debe partir inexcusablemente del principio según el cual «todo lo que es ilegal en el mundo real también lo es en el virtual. El pasar por Internet no legaliza ni exime a ninguna conducta de su encaje en el Ordenamiento jurídico. Sin embargo, Internet presenta una problemática propia motivada por la ausencia de un núcleo central de Gobierno y la dificultad de exigir responsabilidades a los autores de cualquier infracción».

Sin embargo, la puesta en práctica de la necesaria protección de la propiedad intelectual por parte de nuestro Legislador no ha tenido en cuenta las peculiaridades del ciberespacio y, ante el fracaso de la respuesta penal, ahora se pretende recurrir al Derecho Administrativo para restablecer la legalidad en los casos en los que se declare la existencia de una vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información.

Antes de analizar este nuevo procedimiento, destinaremos unas breves líneas a comentar la respuesta penal y las razones de su fracaso.

III. LA RESPUESTA PENAL Y SU FRACASO

El tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual está recogido en el artículo 270 del vigente Código Penal de 1995 y casti-

³ A este respecto, véase MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Editorial Taurus, Madrid, 2000, pp. 11 y ss.

⁴ URDANOZ, TEÓFILO: *Obras de Francisco de Vitoria*. BAC, Madrid, 1960.

⁵ BARRIO ANDRÉS, MOISÉS: «Los delitos cometidos en Internet. Marco comparado, internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010». La Ley Penal, núm. 86, p. 41.

ga a quien «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

De este modo, además de la exigencia de que la conducta se produzca sin la autorización de los titulares o cesionarios el tipo incorpora, frente al artículo 534 bis a) del anterior Código, la exigencia de que la conducta se produzca «con ánimo de lucro» y «en perjuicio de tercero». Precisamente la interpretación jurisprudencial de estos requisitos han determinado la desactivación del rigor penal respecto de los delitos contra la propiedad intelectual como corolario del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal.

En primer lugar, la ausencia de autorización debe ponerse en conexión con los artículos 25 y 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante LPI (cuyo Texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), que consienten la reproducción realizada para uso privado siempre que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa y para lo cual se habilita la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la LPI (el llamado *canon* por copia privada que se debe pagar al adquirir un equipo, aparato o soporte material idóneo para realizar dicha reproducción⁶). Esta autorización legal permite concluir que la reproducción para uso privado del copista constituye, desde la perspectiva penal, un supuesto de atipicidad en relación con el artículo 270 del Código Penal⁷.

En segundo lugar, la existencia de ánimo de lucro es glosada por la doctrina como la tendencia subjetiva hacia la obtención de una utilidad, beneficio o ventaja patrimonial⁸. Frente a ello, la jurisprudencia suele mos-

⁶ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (dir): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Tecnos, 2.ª Edición, Madrid, 1997, pp. 567 y ss.; BONDÍA ROMÁN, FERNANDO y RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ MARÍA: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 149 y ss.

⁷ MARTÍNEZ RUÍZ, JESÚS: «La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal» La Ley (4407), 31 de octubre de 1997, p. 1898; MESTRE DELGADO, ESTEBAN: «La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España», en VV.AA., Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 1621, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 764; GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal)», EPC, Tomo XV, 1993, pp. 99-124.

⁸ MIRÓ LLINARES, FERNANDO: *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 310; GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ en COBO DEL ROSAL (coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 556; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS: «Delitos contra los derechos de autor», ADPCP, 1991, p. 73; QUINTERO OLIVARES (ed.)/MORALES PRATS (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 576; GONZÁLEZ GÓMEZ, ALEJANDRO: *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 127.

trarse más bien restrictiva en la interpretación de este requisito⁹, estimando que en los delitos contra la propiedad intelectual el ánimo de lucro no es el mismo exigido en cualquier otro delito patrimonial, sino que debe reducirse a términos comerciales o negociales con la concurrencia, además, de una «infraestructura negocial» para determinar la existencia de ánimo de lucro, lo cual conduce a excluir el ánimo de lucro ajeno o incluso el propio pero ocasional¹⁰, en conexión con los principios de proporcionalidad, de intervención mínima y última ratio del *ius puniendi*¹¹.

En contra de esta línea, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1.ª) núm. 530/2011, de 27 de septiembre —y dictada en el caso de los portales Fenixp2p.com y mp3-es.com—, ha declarado, con cita de la STS de 21 de julio de 2006, que «el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita».

Para clarificar esta cuestión el legislador debería poner fin a la discusión cuantificando la lesividad de la conducta típica en consonancia con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* que presiden el Derecho Penal.

En tercer lugar, la ejecución de la conducta en perjuicio de tercero ha sido interpretada por la doctrina de tres formas diversas: i) para algunos autores, es necesario que se produzca un verdadero perjuicio patrimonial ajeno¹²; ii) otros mantienen que se trata de un elemento subjetivo del injusto, dirigido a perjudicar a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual¹³ y; iii) finalmente, otra corriente postula que se trata de una condición objetiva de la conducta, que debe ser idónea para producir el perjuicio con independencia que se produzca efectivamente pero englobada en el dolo del autor¹⁴. Por el contrario, la jurisprudencia viene exigiendo un efectivo perjuicio al que, además, se reclama una entidad económica relevante o, por lo menos, de una potencialidad lesiva para incidir en el mercado¹⁵, en ausencia del cual la conducta deviene irrelevante para el Derecho Penal.

⁹ Así, Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander de 14 de julio de 2006; SAP Barcelona (Sección 10.ª), de 15 de junio de 2004 y así lo estima también la Fiscalía General del Estado (Circular 1-2006 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pp. 34 y ss.).

¹⁰ Por ejemplo, la SAP Madrid (Sección 3.ª) núm. 104/2005 de 28 febrero absolvió al acusado, de nacionalidad iraní, que utilizaba ocasionalmente copias no autorizadas para poner la música ambiental en el local.

¹¹ Vid. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Derecho penal económico*. Editorial Ceura, Madrid, 2001, p. 449.

¹³ GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, op. cit., p. 556.

¹⁴ MIRÓ LLINARES, op. cit., p. 343.

¹⁵ STS núm. 1578/2002, de 2 de octubre, SAP Madrid (Sección 17.ª) núm. 78/2011 de 24 enero, SAP Sevilla (Sección 4.ª) núm. 367/2009 de 24 junio, SAP Navarra (Sección 3.ª) núm. 193/2009 de 11 diciembre, entre otras.

Visto lo anterior, la interpretación jurisprudencial del ánimo de lucro y la exigencia de una entidad económica relevante en el perjuicio han determinado que los supuestos corrientes de defraudación de los derechos de propiedad intelectual en Internet no sean considerados merecedores de la intervención punitiva, de modo que el fracaso en la huida al Derecho Penal ha determinado la configuración de un peculiar procedimiento administrativo que veremos a continuación.

IV. LA RESPUESTA ADMINISTRATIVA

La tutela administrativa arranca del artículo 158 de la LPI, que creó la Comisión de Propiedad Intelectual como órgano colegiado de ámbito nacional con funciones de mediación, arbitraje y salvaguarda de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual.

Recientemente, la Disposición final n.º 43.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), modificó ese artículo para, entre otros fines, crear una Sección Segunda de la meritada Comisión, destinada a asumir las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los prestadores de servicios de la sociedad de la información).

Finalmente, se ha tramitado un proyecto Real Decreto que regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, desarrollando asimismo el procedimiento para el cierre de páginas web. Dicho Reglamento, elevado en tres ocasiones al Consejo de Ministros, finalmente ha visto la luz como Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Su justificación, explicitada en el Preámbulo del citado Reglamento, obedece a que la revolución digital está suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también ha hecho surgir, y continúa haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual a través de los propios servicios de la sociedad de la información, que intentan obviar el hecho de que la puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas solo es lícita —también en Internet— cuando cuenta con autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual o con amparo en algún límite legal de estos.

El procedimiento para el cierre de páginas web que infrinjan los derechos de autor, que el Reglamento denomina eufemísticamente «*procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual*», se desarrolla con precisión en el capítulo VII de aquél (que abarca los artículos 15 a 24), y tiene por objeto restablecer la legalidad en los casos en los que se declare la existencia de una vulneración, mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información, de los derechos de propiedad intelectual.

Se encuentran legitimados para instar el inicio del procedimiento los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas naturales o jurídicas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares.

El procedimiento, que respetará los principios de legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción, se dirigirá contra los responsables de servicios de la sociedad de la información¹⁶ sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual. Cuando tales responsables no se encuentren suficientemente identificados, el artículo 18 del Reglamento instituye un procedimiento específico de averiguación.

Trasladada la reclamación al responsable, si el mismo interrumpe voluntariamente el servicio o retira el contenido respecto al que se dirige el procedimiento, se procederá a archivar el procedimiento sin más trámite, pudiendo reabrirse si se reanuda la presunta infracción.

En otro caso, transcurrido el plazo de 48 horas que se conferirá a dicho responsable para que formule alegaciones, se practicarán en dos días las pruebas pertinentes instadas por las partes o consideradas necesarias por la propia Sección Segunda, tras lo cual esta trasladará su resultado a las partes, junto con la propuesta de resolución, a fin de que las mismas presenten sus conclusiones en el plazo máximo de cinco días.

Transcurrido dicho plazo, en los tres días siguientes a partir del mismo la Sección Segunda dictará resolución motivada en la que determinará si ha quedado acreditada la existencia o inexistencia de la vulneración de derechos de propiedad intelectual.

Si considera que hay vulneración, la propia resolución ordenará al responsable la retirada de los contenidos que quebranten derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos, debiendo aquel dar cumplimiento a tal orden en un plazo de 24 horas.

Si el responsable no procede voluntariamente al cumplimiento de la resolución en el indicado plazo de 24 horas, la Sección se dirigirá al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, según lo establecido en el artículo 122 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para que dicte el auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas por la resolución de la Sección Segunda.

Una vez recibido el auto del Juzgado competente —autorizando o denegando la ejecución de las referidas medidas—, se notificará el mismo de forma inmediata a la parte que haya iniciado el procedimiento, al responsable del servicio de la sociedad de la información vulnerador, a los demás interesados y a los prestadores de los servicios de intermediación de la sociedad de la información cuya colaboración sea necesaria, que deberán, en su caso, dar cumplimiento a la suspensión autorizada por el Juzgado en el plazo de 72 horas señalado en el artículo 22, que comenzará a contar,

¹⁶ Su determinación se establece en los artículos 13 y siguientes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

a efectos de la adopción de dicha medida, desde la notificación del auto previamente referido.

Por tanto, y como ha escrito DAMIÁN MORENO¹⁷, se trata de un procedimiento administrativo que puede desembocar, como una manifestación típica del ejercicio de la autotutela administrativa, en una orden dispuesta con el exclusivo objeto de «restablecer la legalidad» y de esta manera salvaguardar un interés que la Administración ha considerado merecedor de la especial protección de los poderes públicos: hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual en el ciberespacio. Y todo ello, como indica el artículo 158.4, cuarto párrafo, de la LPI, «sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes».

Sin embargo, las potestades de esta Comisión no son absolutas. Dado que la resolución mediante la cual se ordena la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información podría afectar al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en el artículo 20 de la Constitución, se ha previsto que su ejecución no pueda llevarse a cabo si no es en virtud de una resolución judicial, dándose así cumplimiento al requisito constitucional que exige que una restricción de tal naturaleza venga precedida de una resolución judicial (art. 20.5 CE).

V. VALORACIÓN DE LA MEDIDA

Desde una perspectiva general, debe valorarse positivamente la medida propuesta, pues es necesario tutelar adecuadamente la propiedad intelectual y la mejora de la seguridad jurídica en lo que se refiere a las cuestiones que afectan a todos los sujetos intervinientes en el mercado de las obras culturales (creadores, intermediarios y consumidores). A ello contribuirá de forma innegable la disminución de las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual en Internet, a fin de impulsar la oferta legal de contenidos digitales seguros y de calidad.

No obstante lo anterior, proceden, sin embargo, varias observaciones para la mejora técnica del Reglamento.

En primer lugar, el artículo 13.3 del Reglamento se refiere a que el responsable actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular de los derechos de autor. Procede remitirse aquí a la problemática antes analizada acerca de la interpretación jurisprudencial que de tales requisitos realizan los jueces penales y que volverán a suscitarse de nuevo en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En segundo lugar, los miembros de la Sección Segunda de la Comisión —según establece el artículo 14.1 del Reglamento— serán designados entre el personal de las Administraciones Públicas pertenecientes a grupos o

¹⁷ DAMIÁN MORENO, JUAN: «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la «Ley Sinde»». Diario La Ley, N.º 7455, Sección Tribuna, 28 de julio de 2010.

categorías para los que se requiera titulación superior, pero no se exige que tengan la condición de funcionario. Nuevamente cabe recordar los peligros de la huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas, desconociendo que el cumplimiento de las funciones de servicio público impone también la opción por una función pública profesional y ello es, además, garantía del mandato constitucional que ordena a la Administración cumplir con objetividad el servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE)¹⁸.

En tercer lugar, hubiera sido igualmente deseable que el Reglamento hubiera previsto expresamente la creación de una sede electrónica de la Comisión (p. ej. comisionpropiedadintelectual.gob.es), con un apartado para publicar las notificaciones y edictos electrónicos que viene a imponer la Disposición adicional única del mismo.

Podrían realizarse del mismo modo otra serie de mejoras de índole menor e igualmente ponderar el cobro de una tasa por la tramitación del procedimiento al solicitante del mismo. Empero, la objeción fundamental es de base y planteamiento. En efecto, la articulación procesal desconoce las peculiares características de Internet, que conforma un nuevo espacio supranacional que se antepone a las soberanías territoriales de los Estados y, por tanto, a sus legislaciones territoriales, fenómeno que hemos esbozado al inicio de estas páginas y que también tuvimos ocasión de analizar en otro trabajo¹⁹.

En este sentido, basta con situar bien la página web o bien la obra protegida en un servidor emplazado fuera de España —ubicado en una jurisdicción menos protectora de los derechos de autor y quedando así mismo fuera de la acción de los Tribunales españoles²⁰—, como además así están haciendo los principales portales de descargas de obras objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos. O, de forma más sencilla, basta por ejemplo con abrir una hoja de cálculo en Google Docs en la que los internautas puedan escribir los enlaces de aquellas películas y series de televisión que están disponibles para su descarga en Internet²¹. La aplicación del procedimiento objeto del presente trabajo obligaría, nada menos, al cierre del propio Google.

Además, el Reglamento no aborda con suficiente precisión el problema de los servicios de almacenamiento de contenidos que albergan tanto obras

¹⁸ BARRIO ANDRÉS, MOISÉS: «*La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas*», Diario La Ley, número 7664, Sección Tribuna, 1 de julio de 2011.

¹⁹ BARRIO ANDRÉS, MOISÉS: «*Criminalidad e Internet: Retos del Siglo XXI*». Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 15. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

²⁰ Sobre los problemas de aplicación de la ley española y de competencia de los tribunales españoles en delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet véase GARAU SOBRIÑO, FEDERICO FRANCISCO: «*Cuestiones de derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable*», en CAVANILLAS MÚGICA (dir.): *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*. Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 214 y ss.

²¹ El detalle de este experimento puede verse en <http://www.publico.es/culturas/396559/un-experimento-para-demostrar-lo-inutil-de-la-ley-sinde>.

protegidas sin disponer de la correspondiente autorización como también obras que cuentan con autorización o, incluso, de obras de libre reproducción y comunicación.

Para salvar esta laguna, los proveedores de acceso a Internet deberían establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios con carácter preventivo y capaz de identificar la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor. Sin embargo, y dejando a un lado las dificultades técnicas en la articulación de la medida, esta práctica ha sido prohibida por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2011.

Y es que el principal óbice del procedimiento articulado está en su propia raíz: la medida se enmarca en un contexto y una legislación de propiedad intelectual establecida para la era analógica, en la que los soportes resultaban difíciles de copiar, de alterar y, en definitiva, de dañar. Sin embargo, los poderes públicos siguen sin tener en cuenta las peculiaridades derivadas de los formatos digitales, copiados, modificados y suprimidos sin dificultad, y difundidos sin fronteras gracias a Internet. De ahí que su utilidad práctica va a ser más bien nula o muy escasa.

Internet es una infraestructura universal instalada sin tener en cuenta las fronteras de los Estados. En consecuencia, las decisiones sobre su regulación han de hacerse tomando una escala de referencia también global. Y la protección de la propiedad intelectual en el ciberespacio forzosamente debe operarse desde un contexto internacional si quiere ser eficaz. Es imprescindible un Tratado internacional que aborde esta problemática.

De este modo, las medidas que unilateralmente España puede llevar a cabo lo son principalmente de educación y concienciación de la necesidad de adquirir legalmente las obras protegidas, y cuya puesta en práctica requiere reformas educativas de gran calado (cuyo análisis excede naturalmente del ámbito del presente trabajo).

Además, resulta muy conveniente y hacedero —en el sentido que BURKE da a esta expresión²²— que los poderes públicos instituyan medidas de fomento para la oferta legal de contenidos digitales en Internet, removiendo los obstáculos que impiden que el mercado genere esta oferta, entre las que cabe destacar la creación de bonificaciones fiscales para las empresas que decidan entrar en esta línea de negocio y que en nuestro país no está suficientemente explotada.

²² Formula BURKE su teoría de «lo hacedero» diciendo que «no hay que aspirar a una perfección absoluta y última de la sociedad, sino a la mayor perfección realmente alcanzable, y para esto se requiere no sólo un celo reformista, sino un gran sentido de lo posible». Cfr. BURKE, EDMUND: *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (prólogo y traducción de Enrique Tierno Galván). I. E. P., Madrid, 1954, p. 159.

En conexión con lo anterior, el establecimiento de una plataforma de contenidos de pago requiere disponer de una adecuada conectividad en Internet, particularmente que el tráfico entre los servidores de *streaming*²³ que almacenan el catálogo de obras y los usuarios finales tenga el suficiente ancho de banda y, además, éste sea de apta calidad. Aquí se plantea un importante obstáculo práctico, pues en nuestro país los dos proveedores de acceso a Internet (ISPs) que acaparan la práctica totalidad de las conexiones de los usuarios finales, Telefónica y Ono, cobran unas tarifas de interconexión de redes (*peering*) manifiestamente desproporcionadas²⁴, que incrementan notablemente los costes de infraestructura de una plataforma de pago y, consecuentemente, le sitúan en una posición muy poco atractiva para captar clientes frente a la posibilidad de obtención gratuita de contenidos de forma «ilegal» a través de las páginas web que defraudan los derechos de autor.

En efecto, una de las cuestiones actuales que está planteando Internet es el denominado «principio de neutralidad de la Red»²⁵, según el cual todo el tráfico debe ser tratado por igual, independientemente de su tipo o de su contenido. De esta manera, los proveedores de acceso a Internet no deben tener la capacidad de discriminar el contenido en función de sus intereses. Es decir, todos los bits son iguales. En cambio, la diferenciación de tráfico se usa para bloquear servicios competidores (como el caso del bloqueo de Skype que realizan la mayoría de operadoras de telefonía móvil) e impedir su desarrollo. En cambio, la neutralidad permite la apertura de la Red y es condición indispensable para que en el mercado puedan surgir plataformas de contenidos legales.

El Parlamento Europeo adoptó el pasado 17 de noviembre de 2011 una resolución en favor de la misma²⁶. El Gobierno español debería acometer también la regulación de la neutralidad de la Red y del régimen de los acuerdos de *peering* entre los proveedores de acceso a Internet, que se lleva a cabo principalmente en el punto neutro español de Internet Espanix y sobre los cuales Telefónica y Ono ejercen un abuso de posición dominante incompatible con las prescripciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (imposición de precios, falta de publicidad de los mismos, limitación del ancho de banda, etc.) y que reclama una urgente atención.

²³ El *streaming* es la distribución de multimedia a través de una red de servidores de manera que el usuario reproduce el contenido al mismo tiempo que se descarga. La palabra *streaming* se refiere a que se trata de una corriente continua (sin interrupción).

²⁴ En detalle, <http://islaserver.com/noticias/sectoriales/mafia-monopolistica-telefonica-de-espana.html>.

²⁵ Ha sido a partir de la sanción impuesta por la Federal Communications Commission norteamericana en 2008 al ISP Comcast Corporation por sus «*unreasonable network management practices*» cuando el principio ha cobrado máxima actualidad y ha intensificado las campañas en favor de la garantía de la neutralidad de la Red y la consiguiente previsión legal.

²⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0511&language=EN&ring=B7-2011-0572>.

En definitiva, si bien es indudable que Internet es hoy en día el «ágora pública» de la sociedad del siglo XXI y se presenta como un espacio proclive al ejercicio de las libertades públicas y muy especialmente del intercambio de todo tipo de contenidos, también exige a todo ciudadano pautas de respeto y de responsable utilización. Por otra parte, tampoco es posible legislar a espaldas de las peculiares características técnicas y jurídicas del ciberespacio y la era digital. El procedimiento que venimos comentando incurre en este defecto y ello inevitablemente determinará su escasa o nula eficacia a la hora de abordar uno de los grandes temas abiertos que plantea Internet: los derechos de propiedad intelectual en la era digital.