

Consideraciones en torno al procedimiento previsto en España para el cierre de páginas web por infracción de la normativa de derechos de autor(a propósito de la “Ley Sinde”).

**Considerations about the new powers in Spain to block access to websites for infringing copyright laws(regarding “Sinde Act”).**

Juan Damián Moreno

*Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid*

Fecha de presentación: marzo 2010. Fecha de publicación: abril 2010.

### **Resumen**

El autor alerta de la forma en que el proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende dar respuesta al fenómeno de las descargas ilegales al encomendar la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual a un órgano dependiente del Ministerio de Cultura y de esa manera alejar las decisiones sobre esta cuestión del área de influencia del poder judicial.

### **Abstract**

The author alert the way in which the Bill of Digital Economy Act tries to give a solution to the phenomenon of the illegal unloads from the internet on having entrusted the safeguard the intellectual property rights to a body dependent on the Department of Culture and so remove the decisions on that issues out of the area of influence of the judiciary.

## Sumario

- I. EL MARCO DE LA REFORMA: A LA SOMBRA DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.
- II. CONTENIDO DE LA REFORMA: LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE GARANTÍAS.
- III. VALORACIÓN DE LA REFORMA: HUYENDO DE LA JURISDICCIÓN.

## Palabras Clave

Propiedad intelectual, cierre de páginas web, tutela administrativa, Comisión de Propiedad Intelectual, derechos de autor, piratería.

## Keywords

Intectual Property (IP), block access to websites, administrative protection, Intellectual Property Commission, copyright, piracy hacking.

## **I. EL MARCO DE LA REFORMA: A LA SOMBRA DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.**

Como es sabido, la legislación comunitaria de estos últimos años ha venido caracterizándose por una curiosa inclinación a combatir el fraude de forma especialmente selectiva, circunscrita a ciertos sectores de la actividad productiva, en el entendimiento, no siempre acertado, de que el progreso económico en determinados ámbitos contribuye a afianzar la solidez de las democracias industrializadas. La protección de la propiedad intelectual e industrial no ha sido ajena a este singular fenómeno; todo lo contrario, hasta el punto de que ha venido constituyendo una prioridad de las políticas gubernamentales de estos últimos años. El Proyecto de Ley de Economía Sostenible sigue esta línea. Entre las medidas que incluye se encuentra una específicamente destinada a la protección del sector productivo asociado a la explotación de los derechos de autor mediante la instauración de un procedimiento que permitiría a una comisión de naturaleza administrativa ordenar la interrupción del servicio que presta una determinada empresa o la retirada de aquellos contenidos que, a su juicio, vulneren la propiedad intelectual cuando la infracción se produzca a través de Internet.

La reforma, que según se ha revelado es fruto de las negociaciones con las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual [El País, 1 marzo 2010, p. 34], contrasta con la extraordinaria contestación con la que ha sido recibida por parte de las asociaciones de “internautas”. Aun así, los perjuicios que este tipo de actuaciones causan en este sector serían de tal envergadura y los medios de los que se dispone son tan notoriamente insuficientes para la luchar contra la piratería en Internet como para justificar una respuesta tan enérgica y contundente de los poderes públicos como la que ahora se ofrece. Según el Ministerio de Cultura, con esta medida se trata de amparar a un sector económico estratégico para la transformación de un modelo productivo que, según sus cálculos, supone un 4.2 % del PIB y genera decenas de miles de puestos de trabajo.

La iniciativa se incluye en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible y afecta a la regulación contenida en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico [LSSI-CE], en la Ley de Propiedad Intelectual[LPI] y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[LJCA]. Así mismo, y con la finalidad de dar cobertura a las nuevas atribuciones que asumirían los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, la reforma viene acompañada de un Proyecto de Ley Orgánica, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[LOPJ].

Las medidas propuestas afectan esencialmente a la regulación contenida en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [LSSI-CE] y se concretan básicamente en la modificación del art. 8 de dicha ley. Este precepto faculta a la Administración a adoptar medidas restrictivas frente a los prestadores de los servicios de información cuando el servicio que presten atente o pueda atentar contra alguno de los principios que vienen expresamente enunciados en dicho precepto: el orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional, la salud pública, la dignidad de la persona o la protección de la juventud y la infancia.

En este sentido, y conviene recordarlo, no es la primera vez que el legislador intenta favorecer el desarrollo del sector de la industria discográfica y cinematográfica con medidas de esta naturaleza. La Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios ya le asignó a esta materia la consideración de "orden público" incorporando a su articulado todo un conjunto de medidas dirigidas a obtener información y datos confidenciales de las empresas sospechosas de estar traficando a gran escala y, de esta manera, facilitar el ejercicio de las acciones civiles frente a quienes presuntamente estuvieran cometiendo infracciones de esta naturaleza [El derecho de información en la legislación antipiratería, La Ley, nº 6529].

## **II. CONTENIDO DE LA REFORMA: LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE GARANTÍAS.**

Como sabemos, con la aprobación de la LSSI-CE el legislador pretendió dar respuesta a un fenómeno nuevo que venía determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, configurando un sistema que permitía intervenir y, en su caso, restringir de manera excepcional y debido a causas muy justificadas la libre prestación de servicios de aquellas páginas web que por su contenido pudieran poner en grave riesgo aspectos básicos de la convivencia ciudadana; la reforma da un paso más y pretende incorporar a "los derechos de propiedad intelectual" al elenco de principios susceptibles de recibir el privilegiado tratamiento que esta ley les dispensa, situándolos al mismo nivel de los ya mencionados, un salto cualitativo enormemente significativo desde el punto de vista de la importancia que el Gobierno asigna a la protección de unos derechos en relación con el grado de atención que le dedica a otros.

En esta ocasión, el esfuerzo imaginativo del Gobierno le ha llevado a improvisar una fórmula que atribuye esta decisión a una entidad dependiente del Ministerio de Cultura permitiéndole con ello poder salir en defensa de los derechos de los autores y derivar la resolución de la controversia a un organismo especialmente comprometido con la lucha contra el fraude en este sector; de aprobarse esta reforma, la Comisión de Propiedad Intelectual (que ya ha sido bautizada coloquialmente con el nombre de comisión antipiratería y que sustituiría a la actual Comisión de Mediación y Arbitraje de Propiedad Intelectual) (art. 158 LPI), tendrá la facultad de velar, en representación del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

Pese a lo que pueda parecer, no estamos ante un procedimiento de naturaleza jurisdiccional: ni sumario ni plenario. Lo que esta ley pretende regular es 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 las autoridades gubernamentales han considerado merecedor de la especial protección de los poderes públicos: hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, las potestades de esta comisión no son absolutas; dado que el acuerdo mediante el que 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 (lo cual, de acuerdo con la redacción propuesta no tendría por qué suceder en todos los casos), se ha previsto que su ejecución no pueda llevarse a cabo si no es en virtud de una resolución judicial; de esta manera se satisface uno de los requerimientos derivados de nuestra Constitución que exige que una restricción de tal naturaleza venga precedida de una resolución judicial (art. 20.5 CE).

Lógicamente, de la materialización de la misma habrían de ocuparse los sujetos que actúen como prestadores de los servicios de intermediación que son quienes vendrían obligados a asumir el compromiso de colaborar con la Comisión de Propiedad Intelectual para proceder al cese de la actividad ilícita, toda vez que no se observa de qué otro modo habrían de hacerlo como no sea voluntariamente, una vez que hayan sido previamente requeridos o apercibidos utilizando para ello el protocolo habitual al que se suele recurrir en este tipo de procedimientos (“three strikes rule”).

Por lo tanto, en esta especie de tratado de Tordesillas que ha impulsado el Gobierno en materia de propiedad intelectual, hay decisiones que quedan de un lado y otras que quedan del otro. El procedimiento se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual

que se consideraran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio y estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A fin de que pueda comparecer en el procedimiento, a la Comisión de Propiedad Intelectual se le reconoce la facultad de dirigirse a los prestadores de servicios de intermediación para que le faciliten los datos de que dispongan y que sirvan para identificar quién pueda estar realizando la conducta presuntamente vulneradora de los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, el Consejo Fiscal, en el informe que emitido al efecto, ha alertado ya sobre las dificultades con las que puede tropezar el cumplimiento de este deber ya que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, únicamente permite la cesión de datos con ocasión de la investigación de un delito grave y previa autorización judicial.

Una vez que la Comisión de Propiedad Intelectual haya ordenado la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o, en su caso, la retirada de los contenidos, y en el supuesto de que la medida acordada pueda afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución, deberá solicitar la oportuna autorización del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para su ejecución. El mecanismo para obtener la inmediata ejecutabilidad de las medidas adoptadas es relativamente sencillo. Una vez solicitada la ejecución, en el plazo de cuatro días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados(o a la persona que éstos designen como representante) a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a todos los personados. La decisión del juez, que adoptará la forma de auto, deberá limitarse a autorizar o denegar la ejecución de la medida acordada.

Así pues, tal como en algún momento ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la intervención judicial en estos casos se adoptaría no como resultado de una actividad jurisdiccional propiamente dicha y, por lo tanto, no en virtud de una resolución de esta naturaleza, sino en ejecución de un acuerdo administrativo, y sólo en la medida en que su puesta en práctica afecte al ejercicio de un derecho fundamental habrá de recabarse la autorización del juez. La autotutela en este caso es de carácter mixto, decisora y, eventualmente, ejecutiva, por lo que a primera vista el margen de actuación del juez habría de quedar necesariamente circunscrito a los aspectos que se refieren a la posible afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en el artículo 20 de la Constitución.

El juez actuaría en este caso, no para enjuiciar la legalidad de la medida, pues para eso no se requiere su intervención sino para que valore si esta intromisión es proporcionada a la finalidad de la misma, toda vez que el debate sobre la conformidad de la medida con la legalidad y su definitivo restablecimiento habría de tener lugar en un procedimiento autónomo; debe tenerse en cuenta que el acuerdo adoptado por esta comisión, independientemente de las vicisitudes que surjan en relación con su ejecución, agota la vía administrativa y, en consecuencia, es susceptible de ser recurrido directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional(Disposición Adicional Cuarta LJCA).

La función del Ministerio de Cultura, encarnada en este caso por esta comisión(cuya composición, por cierto, se ignora igualmente), queda reducida a restablecer la legalidad, lo que puede llevar a cabo, bien acordando interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o, alternativamente, ordenando la retirada de los contenidos presuntamente ilegales. Su cometido no es, pues, asumir la defensa de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, porque si no la ley no se hubiera cuidado de precisar que estas medidas se entienden sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, pudieran corresponder a los titulares de los derechos de propiedad intelectual. No cabe acumular pretensiones de naturaleza diferente a las legalmente previstas. En este aspecto, dado que nuestro país cuenta con unos tribunales especializados a quienes se les ha atribuido la resolución de las controversias relativas a la defensa de los derechos de propiedad intelectual(art. 86 ter LOPJ), no es descartable el que pueda surgir algún conflicto entre el Ministerio de Cultura y los Juzgados de lo Mercantil en relación con la aplicación de esta normativa, que, por supuesto, tendría que ser resuelto a través del cauce adecuado y que no es otro que el previsto en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales(art. 38 LOPJ).

### **III. VALORACIÓN DE LA REFORMA: HUYENDO DE LA JURISDICCIÓN.**

Como se comprenderá, más allá de la mera superficialidad que supone el análisis de las cuestiones de procedimiento, existiría a mi juicio una objeción de fondo consistente en presuponer que la jurisdicción no está en condiciones de hacer respetar los derechos de propiedad intelectual. Confiar la protección de un derecho a una comisión o agencia de naturaleza administrativa, a la que se le atribuiría la función de velar por la protección de un determinado interés, otorgando a sus actos una eficacia equivalente a la que tienen reconocidas las resoluciones de los tribunales, en la creencia de que los jueces no están dispuestos a colaborar en su defensa, está empezando a ser cada vez más frecuente en nuestro país. Esta

tendencia nos remonta a los tiempos en que en los EEUU empezaron a proliferar órganos como la Interstate Commerce Commission en materia de legislación antitrust, investidos de poderes de investigación, reglamentación y jurisdicción para la protección de determinados intereses comerciales ante la convicción de que la judicatura no era capaz de entender la compleja problemática que casi siempre se oculta tras la aplicación de la novedosa legislación existente en ciertos sectores productivos; al privarles de la facultad de intervenir, no permitiéndoles ir más allá de la posibilidad de dictar una orden de cumplimiento o de apremio, se pretendía hacer prevalecer la voluntad del legislador en periodos de enormes cambios y de esa manera asegurar un mayor grado de compromiso en el cumplimiento de la novedosa normativa dictada por el poder político [Lambert, El gobierno de los jueces, p. 218].

El verdadero problema de la reforma radica en que la ley no garantiza un uso equitativo de las facultades de la Administración en el ejercicio objetivo y desinteresado de las funciones que tendría atribuidas, no sólo porque la decisión cuya ejecución se acuerda quedaría en manos de una entidad creada con el único propósito de perseguir este tipo de conductas, sino porque la tutela de estos derechos seguramente va a quedar confiada a unas entidades, las entidades de gestión (art. 150 LPI) que, según parece, a veces no son precisamente un modelo de ecuanimidad a la hora de actuar en defensa de los derechos de sus asociados. Al encomendar al Ministerio de Cultura la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, no podemos sino afirmar que estamos ante una medida de una innegable vocación intervencionista, concebida con el fin de mantener las decisiones relativas a la lucha contra el fraude en materia de propiedad intelectual fuera del área de influencia del poder judicial.

Sabemos que el reconocimiento del principio de la autotutela administrativa es de carácter instrumental, asociado a la necesidad de garantizar la eficacia de un interés de naturaleza pública [STC 148/93] pero nada se indica acerca de cuáles habrían de ser los criterios que deberían ser tomados en consideración para que esta comisión pudiera tomar una decisión y menos aun el alcance de la cognición que habría de quedar reservada al juez, pues este es, como observa la doctrina, uno de los aspectos que más han preocupado a los autores en relación con la aplicación de este tipo de técnicas [Garrido Falla, Tratado, I, p. 120]. Y sabemos también que este singular modo de proceder ha encontrado voces muy críticas entre los propios estudiosos de los países en que proliferaron este tipo de técnicas, algunos de los cuales, como Bernard Schwartz, pusieron en evidencia este singular fenómeno de expansión de la administración en detrimento del poder judicial [Administrative Law, p. 20]. Por eso, la doctrina española de derecho administrativo no tuvo inconveniente en admitir esta clase de soluciones

pero siempre que sus decisiones se atribuyeran a órganos imparciales y actuasen con unas formalidades plenarias en el plano de las garantías de los ciudadanos [García de Enterría Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano, REDA, nº 58, p. 256].

Si legislador optara finalmente por este modelo al menos debería saber que, de generalizarse esta tendencia, extendiendo el uso de la autotutela administrativa hacia órganos especialmente comprometidos con la defensa de determinados sectores productivos, se puede correr el riesgo de desapoderar a la sistema judicial de sus tradicionales atribuciones; nada impediría al legislador atribuir a órganos de similar naturaleza la protección de otro tipo de intereses que pudieran derivarse del ejercicio de cualquier otro ámbito de la actividad económica (alquileres, reclamación de cuotas de comunidades de propietarios, insolvencias empresariales, etc.). La libertad de los titulares de los derechos y la vigencia del principio dispositivo quedaría seriamente mediatizado si se tratara de sustituir la acción de los particulares por la acción pública, creando procesos sin acción o convirtiendo en demandas las simples denuncias de los particulares [Calamandrei, Estudios, p. 347].

En un sistema en el que la actividad declarativa de los derechos y su tutela en caso de conflicto ha sido, como fruto del principio de separación de poderes, una tarea hasta ahora encomendada exclusivamente a los tribunales, la medida supondría en último término privar al poder judicial de parte de sus atribuciones. El Consejo General del Poder Judicial no ha debido haber apreciado inconveniente alguno en este aspecto y se ha limitado a sugerir ciertos cambios con el fin de evitar que esta comisión carezca de autonomía para decidir en qué supuestos la intervención del juez debiera ser preceptiva y en cuáles no y, por lo tanto, establecer la necesidad de que la autorización judicial sea obligatoria en todos los supuestos.

En realidad, tras la reforma late una cierta desconfianza hacia la labor de los tribunales en relación con su obligación de garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de derechos de autor; es verdad que el actual marco normativo resulta insuficiente, a lo que ha contribuido cierta tolerancia social que, de alguna manera, ha podido condicionar la existencia de criterios dispares en la perseguibilidad de este tipo de acciones. Buena prueba de ello lo constituye, por ejemplo, el criterio sustentado por la Fiscalía General del Estado, la cual ha expresado dudas sobre el encaje penal de algunas de estas conductas, al menos en lo que se refiere a la lesión de los derechos de propiedad intelectual a través de los medios de la sociedad de la información y, en concreto, a la interpretación de lo que, a estos efectos, ha de entenderse por “ánimo de lucro” [Circular FGE 1/2006].

Llama la atención que mientras el Gobierno está buscando fórmulas alternativas para orillar las dificultades que provoca esta aparente falta de concreción, recurriendo a expresiones que tratan de ampliar el espectro de los actos que posibilitarían tomar medidas de esta naturaleza, como es que la exigencia de ánimo de lucro no sólo sea directo sino también “indirecto” o que el daño causado o susceptible de causar sea de carácter “patrimonial”, otros le reprochan su pasividad y consideran que esta reforma es insuficiente porque deja impunes a los usuarios que realizan las descargas, y es más llamativo aun que mientras según las últimas informaciones en este asunto existe un compromiso del Gobierno con el Presidente de los EEUU para evitar la proliferación de este tipo de prácticas [El Notario del Siglo XXI, nº 29], otros, como los representantes de Google, siembran dudas sobre la calidad de nuestra democracia acusando sin fundamento a nuestro país por ejercer la censura en Internet [El País, 11 de marzo de 2010, p. 33].

Nadie niega que la causa no sea justa, pero probablemente se aborde con una metodología inadecuada y cuya eficacia más bien está por ver. A lo mejor, la solución no es ponerle puertas a este campo. Ante la amenaza de un nuevo cisma, quizás haya que intentar lograr un nuevo consenso social en este tema; tiene que haber un sistema que concilie todos los intereses y que lleve a los usuarios a aceptar ciertas restricciones. Es comprensible que los gobiernos traten de ensayar fórmulas para impedir este tipo de actuaciones pero ha de saberse que la prosperidad de unos pocos no garantiza el bienestar de la mayoría y desde luego no sería exagerado aventurar que este tipo de medidas suponen un cambio de orientación hacia modelo tradicional de protección de los derechos y por lo tanto habría que saber qué consecuencias pueden derivarse de la aplicación de este nuevo sistema.