

KAZAA Y EL FIN DE LA REVOLUCIÓN. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de Septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty versus Sharman License Holdings Ltd (2005) FCA 1242

por Franz Ruz
Máster en Propiedad Intelectual
Licenciado en Derecho e Historia del Arte

«Treinta años comprando la música que ellos piensan que debes escuchar.
Treinta años viendo las películas que ellos quieren que veas.
Treinta años pagando el precio que ellos demandan...
...Se acabó. Con un solo clic.
Peer to peer, compartimos archivos.
Uno por uno, estamos cambiando el mundo.
Kazaa es la tecnología.
Tú eres el guerrero.
Sesenta millones fuertes. Y creciendo.
Únete a la revolución.
KAZAA
Comparte la revolución.»

(Fragmento del eslogan de la campaña publicitaria de Kazaa)

SUMARIO: I. HECHOS. II. EXTRACTOS DE LA SENTENCIA. III. COMENTARIO.

1. INTRODUCCIÓN 2. EL PREÁMBULO EUROPEO: EL PROCESO CONTRA KAZAA EN LOS PAÍSES BAJOS 3. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA PLATAFORMA KAZAA. 3.1 *Kazaa Media Desktop*. 3.2. El sistema *Kazaa de intercambio de archivos* 3.3. *La asociación con Altnet Inc. y la finalidad de los gold files*. 4. MEDIDAS PROVISIONALES Y CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA: LA *ANTON PILLER ORDER*. 5. EL CONCEPTO DE «AUTORIZACIÓN» EN EL DERECHO AUSTRALIANO. 6. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO KAZAA EN AUSTRALIA Y EL PROCEDIMIENTO GROKSTER EN ESTADOS UNIDOS. 7. CONSIDERACIONES FINALES.

I. HECHOS

Sharman Networks Ltd., proveedora y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el *software* Kazaa, uno de los programas de intercambio de archivos entre pares mas descargados de la red (conocidos por el acrónimo P2P, que hace referencia al concepto en inglés *peer to peer*), Altnet Inc. y otras empresas asociadas (además de varios directivos de las mismas), fueron demandados por Universal Music Australia y otros productores de fonogramas, por infracción de *copyright*.

El litigio comenzó en febrero de 2004. La demanda incluía también acciones subsidiarias de defensa de la competencia y competencia desleal, pero sola-

mente prosperó la referida a la infracción de *copyright*. El 5 de septiembre de 2005, el juez Wilcox del Tribunal Federal de Australia, en una extensa sentencia de más de ciento cincuenta páginas, declaró que seis de los demandados, incluidos Sharman Networks y su principal asociado, Altnet Inc., eran responsables por «autorizar» la infracción, por parte de los usuarios de la plataforma Kazaa, de noventa y ocho fonogramas enumerados en una lista incluida en el escrito de demanda.

Sharman Networks ha apelado la sentencia, apelación que será vista por los tribunales en febrero de 2006.

II. EXTRACTOS DE LA SENTENCIA¹

Conclusiones sobre el conocimiento y la intención:

- 181 No tengo duda alguna de que en todo momento los demandados eran conscientes de que el principal uso del sistema Kazaa era la transmisión de material protegido.
- 182 La evidencia no establece el número de personas que usa el sistema Kazaa en un período determinado. En años recientes, aparentemente el número siempre ha sido elevado. A comienzos de 2004, el sitio Web de Kazaa anunciaba que 2,4 millones de personas descargaron el *software* durante la semana anterior...; el sitio Web de Kazaa mostraba un total de descargas realizado por 317.552.315 millones de personas, número equivalente a alrededor del 5% de la población mundial.
- 183 Cada cierto tiempo durante este procedimiento, la parte demandada y algún testigo comentaron que Kazaa puede tener usos no infractores. Se ha dicho que las personas pueden querer compartir con otros sus propias y originales obras literarias o musicales, o pueden querer proveer acceso fácil a obras no protegidas por el *copyright* como por ejemplo las obras de Shakespeare o la poesía de Milton. En sus conclusiones finales, la parte demandada se refirió al Proyecto Gutenberg, que, según ellos,

¹ Todas las traducciones que pueden leerse en este artículo, incluido el contenido de la sentencia y cualquier otra referencia a jurisprudencia o legislación australiana o estadounidense, no corresponden a traducciones oficiales sino que son originales del autor de este comentario.

En lo que se refiere a este apartado en particular, como se trata de una sentencia extranjera de más de ciento cincuenta páginas, hemos omitido las referencias a aquellos aspectos que no son de interés para el estudio derecho de autor o que se abordan aspectos de derecho nacional que no son relevantes para un comentario de derecho comparado. Para evitar confusiones, algunos argumentos de la sentencia, en particular los referidos al *case law*, hemos preferido omitirlos en esta sección y desarrollarlos en el apartado sobre el concepto de «autorización». La numeración que figura en este extracto corresponde a la establecida en el texto original de la sentencia. En la medida de lo posible, y teniendo en consideración las diferencias con el derecho procesal australiano, esta selección trata de reflejar lo que nosotros entenderíamos como fundamentos de derecho. El texto completo de la sentencia esta disponible en inglés en <http://www.apcstart.com/kazaagate/pdf/dump/judgements/Kazaa%20final%20Judgement.pdf>

«contiene 42000 obras en dominio público o con las que se cuenta con una licencia, incluidos libros electrónicos». Afirman que los libros electrónicos incluyen obras clásicas como *Don Quijote* o *Romeo y Julieta*, las cuales pueden ser compartidas utilizando el programa Kazaa Media Desktop. La parte demandada también mencionó a *Creative Commons*, un método de concesión de licencias que permite a los usuarios distribuir su propio material no infractor a través de Kazaa Media Desktop, a la vez que pueden potencialmente mantener alguna forma de protección de *copyright*. No hay evidencia de cómo esto se realiza, pero un testigo, Phillip Cambouris, afirmó haber encontrado enlaces del sitio Web de Kazaa al de *Creative Commons*. El señor Cambouris también bajó música en formato MP3 que ha sido puesta a disposición de manera gratuita por sus derechohabientes.

- 814 No tengo dudas que algunas personas utilizan Kazaa solamente para usos no infractores de *copyright*. Sin embargo, parece improbable que los usos no infractores sostengan el enorme tráfico de Kazaa.
- 185 La evidencia indica que ese uso principal es la descarga de música popular. Los informes de los *focus groups* realizados por la consultora Syzygy² son reveladores: las conclusiones de estos estudios destacan que Kazaa es visto por los usuarios como un buscador de descargas gratuitas de música. La relación de los consumidores con Kazaa se habría limitado a un proceso muy concreto:
- Sé la canción que quiero.
 - Uso el programa Kazaa para bajarla gratis, sin problemas, a coste cero.
 - La «quemo»³ en un CD para oírlo luego en mi coche, etc.
- 186 Nadie puede leer el informe de Syzygy sin concluir que Kazaa ha sido usado predominantemente para compartir archivos musicales. Un lector que tenga conocimientos generales de *copyright* se da cuenta que esto implica necesariamente su infracción a gran escala.
- 190 En los párrafos 78 a 86, he apuntado la incitación que realiza el sitio Web de Kazaa para que los usuarios incrementen su intercambio. El aumento del intercambio de archivos ha sido el tema fundamental de la campaña «Únete a la revolución de Kazaa».
- 191 Es comprensible que los demandados quisieran incrementar el intercambio de archivos. Aparentemente Kazaa se sostiene a través de los ingresos publicitarios. Cuantos más archivos compartidos estén disponibles

² Estos estudios fueron hechos por encargo de Sharman Networks y han sido un elemento probatorio esencial para determinar la intención de los proveedores de Kazaa.

³ Coloquialmente en inglés se usa el verbo *to burn* para referirse al acto de grabar cualquier tipo de contenido (música en formato MP3, datos, etc.) en un disco compacto.

a través de Kazaa, mayor es la atracción de su sitio Web. Cuantos más visitantes tenga el sitio Web de Kazaa, mayor es el valor publicitario y el precio que puede ser exigido por Sharman Networks. ¿Y qué es mejor para atraer a un gran número de visitantes que la música, especialmente los éxitos musicales más conocidos?

- 192 Teóricamente, pudo ser posible para Altnet Inc el establecer un sistema de acceso previo pago, que funcionase de manera independiente del gratuito; *gold files* sin *blue files*. Sin embargo, en el *focus group* se indicó que este sistema tiene un atractivo muy escaso para los usuarios. Los beneficios para Altnet de su asociación con Sharman son dos: primero, Altnet fue capaz de nutrirse de las búsquedas de *blue files*. Si un usuario ingresa el nombre de una canción o intérprete, con la intención de obtener acceso gratuito a la obra, a él o ella se le podían ofrecer una selección de *gold files* que pueden ser de interés para el usuario, teniendo en cuenta la naturaleza de la búsqueda. Cualquier incremento en el volumen de las búsquedas de *blue files* podría aumentar el número de personas que finalmente elijan descargar, y pagar, un *gold file*. Segundo, Altnet comparte los ingresos publicitarios percibidos por Kazaa, el valor de los cuales debe haberse visto afectado por la cantidad de *blue files* compartidos.
- 194 En resumen, considero que los demandados sabían que el principal uso de Kazaa era el compartir material protegido por el *copyright* sin el permiso correspondiente. Ninguno de ellos tenía interés en prevenir o restringir ese uso predominante; por el contrario, preferían no hacer nada. Cada uno de los demandados era al menos aquiescente con el uso de Kazaa para actividades infractoras de *copyright*.

Controles técnicos

(a) Control directo a través de un servidor central

- 195 La capacidad de Sharman de controlar —o, al menos, influenciar— la conducta de los usuarios de Kazaa es una de las cuestiones fácticas más controvertidas de este caso. Un elemento principal es si hay o no un servidor central.
- 235 No hay duda que TopSearch⁴ es capaz de monitorear y controlar la conducta de los usuarios en relación con los *gold files*. TopSearch es un servidor central, pero al menos hasta el momento solamente respecto a los *gold files*. Aunque hay razones para sospechar que efectivamente hay un servidor de Kazaa que es capaz de hacer lo mismo respecto a los *blue files*, no estoy preparado para dictar un veredicto al respecto.

⁴ TopSearch es el programa utilizado para buscar los *gold files*. Todo lo relativo a esta aplicación se desarrolla en el apartado referido a los aspectos técnicos de Kazaa.

(b) *El rango de controles indirectos*

- 236 Sin embargo, la parte demandante ha argumentado que, incluso si no existe un servidor central, otras medidas estaban disponibles, pero que no han sido tomadas por los demandantes, que podrían haber prevenido (o al menos limitado) las infracciones a su *copyright* por parte de los usuarios de Kazaa...

La «autorización»

(i) *Las disposiciones legales*

- 354 En virtud del artículo 85(1) de la ley, el titular de un *copyright* sobre un fonograma tiene el derecho exclusivo de hacer todos o ninguno de los siguientes actos:

- (a) hacer una copia de un fonograma
- (b) hacer que el fonograma sea oído en público
- (c) comunicar el fonograma al público
- (d) entrar en un acuerdo comercial respecto al fonograma

- 356 El artículo 85(1) (c) se refiere al derecho de comunicar el fonograma al público. Dos definiciones, añadidas en la ley de 2000, son relevantes para este párrafo:

Primero, comunicar significa «poner a disposición en línea o electrónicamente transmitir una obra u otra prestación protegida».

Segundo, «al público» significa al público dentro o fuera de Australia. De acuerdo con esto, un derechohabiente tiene el derecho exclusivo de poner a disposición en línea, o transmitir electrónicamente, una obra al público, con independencia de si el público está dentro o fuera de Australia.

- 357 El artículo 101 se refiere a lo que ha sido llamado «infracción primaria». El subartículo (1) del s101 dispone, que el *copyright*:

«es infringido por una persona que, sin ser el titular del *copyright* y sin contar con la preceptiva licencia del mismo, realiza en Australia, o autoriza que se haga en Australia, cualquier acto que esté comprendido dentro del *copyright*».

Dispongo:

- 517 (...) Haré dos declaraciones (...). Primero, declaro que los demandados han infringido el *copyright* de cada uno de los fonogramas enumerados, en primer lugar, autorizando a los usuarios de Kazaa a hacer una copia

del fonograma y comunicarlo al público, en cada caso sin contar con la preceptiva licencia; y segundo, entrando en un diseño común para llevar a cabo, realizar o dirigir esa autorización. La otra declaración es que los demandados han realizado actos que amenazan con infringir el *copyright* de los demandantes sobre otros fonogramas de la misma manera.

520 (...) Pienso que es apropiado dictar una orden de cese de actividades para impedir futuras infracciones del *copyright* de los demandantes.

La continuación del sistema Kazaa de intercambio de archivos (incluido el proveer el programa de ordenador a nuevos usuarios) no será considerada como contraria a la orden si el sistema es primero modificado, en una manera acordada con los demandantes y aprobada por el tribunal, en la que se incluyan filtros por palabras o que solamente permitan la descarga de gold files. Para permitir que esto ocurra, la entrada en vigor de esta medida se aplazará dos meses.

III. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2005 se dictaron varias sentencias que han dado algo de esperanza a la industria musical. Desde Estados Unidos⁵ a Corea del Sur⁶, los tribunales comienzan a tomar una posición que protege a los derechohabientes frente a la vulneración masiva de sus derechos. El litigio contra Sharman Networks en Australia se enmarca dentro de estos resultados positivos.

Sin embargo, las contiendas legales contra las plataformas P2P siguen siendo respuestas que provienen de jurisdiccionales nacionales frente a un fenómeno a escala mundial. Plataformas como BitTorrent⁷, Kazaa o eMule funcionan en un mercado de descargas que tiene un ámbito global. No existe, por tanto, una respuesta del todo proporcional al impacto que dichas plataformas tienen sobre el mercado de música *online*.

En este ámbito internacional, Kazaa ha sido una de las plataformas de intercambio más utilizadas y también una de las más polémicas. Ha sido criticada

⁵ Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia MGM Studios versus Grokster, de 27 de junio de 2005.

⁶ En agosto de 2005 un tribunal de Corea del Sur falló a favor de la KAPP, la asociación coreana de productores fonográficos, que había demandado a Soribada, la principal plataforma de intercambio de archivos de Corea. El tribunal determinó que la actividad de Soribada era contraria a la legislación coreana de Propiedad Intelectual. La KAPP tiene un litigio pendiente con Bug Music, un sitio Web que permite oír música a través de *streaming*, pero no descargarla.

⁷ BitTorrent se denomina tanto un programa de ordenador que permite compartir archivos como el protocolo de red que permite ese intercambio. Se trata de un protocolo de código abierto, otorgado a través de una licencia MIT (*Massachusetts Institute of Technology*).

por sus usuarios por contener *spywares*⁸ y *adwares*⁹; su titular actual, Sharman Networks Ltd., ha defendido sus derechos de propiedad intelectual utilizando los mecanismos de protección establecidos en la legislación de *copyright*¹⁰, el Tribunal Supremo de los Países Bajos ha fallado a su favor en un procedimiento cuya sentencia de primera instancia llevo a KaZaA BV —los titulares originales del programa Kazaa— a vender prematuramente su empresa a Sharman Networks Ltd., con el fin de eludir una eventual condena en instancias posteriores; Sharman Networks Ltd. ha presentado escritos como *amicus curie*¹¹ en otros procedimientos contra plataformas de intercambio de archivos entre pares (como el caso Grokster en Estados Unidos)¹² y la empresa ha sido constituida en Vanuatu con la intención nunca confesada —aunque evidente— de escapar de la jurisdicción de los países desarrollados¹³.

⁸ Los *spyware* (software espía) son programas que se instalan en el ordenador, la mayor parte de las veces sin conocimiento del usuario, y recopilan información sobre una persona o, en su caso, sobre la empresa a la cual pertenece. Su finalidad es recolectar esta información para luego distribuirla a empresas publicitarias u otras entidades interesadas. Con un claro objetivo científico, durante la redacción de este comentario instalamos la última versión del software de Kazaa disponible en España en nuestro ordenador. Posteriormente analizamos el aparato con dos de los programas *antispyware* (anti espías) más conocidos. Vimos que más de una docena de programas *spyware* y *adware* habían sido instalados por el Kazaa Media Desktop sin nuestro consentimiento. Curiosamente, pese a la gran cantidad de quejas de los usuarios, Sharman Networks públicamente niega este hecho.

⁹ El *adware* es un programa de ordenador cuya finalidad es desplegar publicidad de distintos productos o servicios mientras se navega por Internet, generalmente a través de ventanas emergentes o de una barra que aparece en pantalla.

¹⁰ El *software* Kazaa es un programa de código cerrado o programa propietario, es decir, que hay un titular de derechos de propiedad intelectual sobre la aplicación. Hace un par de años comenzaron a circular versiones piratas modificadas del Kazaa Media Desktop, la mayoría de *software* libre (la más famosa, Kazaa Lite) que contaban con todas las ventajas de Kazaa pero sin sus inconvenientes (*spyware* y *adware*). Sharman Networks consideró que la distribución de estos programas constituía una infracción de sus derechos de propiedad intelectual y tomó una serie de medidas para defender sus intereses. Entre otras cosas, se valió del procedimiento de notificación y retirada establecido la sección 512 (c) (3) de la *Digital Millennium Copyright Act* estadounidense (DMCA) para lograr que Google no incluyera en los resultados de búsqueda, enlaces con los sitios *Web* que proporcionaban estas versiones piratas. El requerimiento de Sharman Networks a Google puede leerse en la siguiente dirección: <http://www.chillingeffects.org/dmca512/notice.cgi?NoticeID=789>.

¹¹ *Amicus curie* es un término latino que significa «amigos del tribunal». Es una institución jurídica propia de los sistemas del *Common Law*. Se materializa en un escrito presentado por terceros que no son parte en el procedimiento pero que están interesados en su resultado, en los que generalmente se exponen argumentos sobre el fondo del asunto. En el caso Grokster, por ejemplo, los escritos de los *Amicus curie* fueron de tres tipos: a favor de los demandantes (MGM y otros derechohabientes), a favor de los demandados (Grokster, Streamcast y asociados) y a favor de ninguna de las partes.

¹² Sin embargo, la filial estadounidense de Kazaa BV fue demandada en primera instancia en el mismo proceso. La operación mediante la cual Sharman Networks Ltd. pasó a ser la titular del programa de ordenador y del sitio *Web* Kazaa permitió que se produjese una «huida» del foro que detuvo cualquier intento de acciones legales contra los titulares de los mismos en territorio norteamericano.

¹³ La República de Vanuatu corresponde geográficamente a un archipiélago situado en el Pacífico Sur, cuya principal actividad económica es la agricultura. Este Estado no es Parte contratante en ninguno de los tratados internacionales sobre propiedad intelectual e industrial vigentes en la actualidad; de allí su atractivo para constituir empresas con giros mercantiles como los de Sharman Networks Ltd. Vanuatu es también un paraíso fiscal y existe un escaso control administrativo sobre las sociedades constituidas en su territorio.

Como preámbulo al comentario sobre el procedimiento australiano, haremos referencia al —hasta ahora— único proceso contra Kazaa en Europa que cuenta con una sentencia de última instancia: el litigio que dos entidades de gestión de derechos musicales mantuvieron en Holanda contra los titulares originarios del programa de ordenador.

Posteriormente, comentaremos aquellos aspectos más interesantes del litigio en Australia.

En primer lugar, analizaremos los aspectos técnicos del programa de ordenador Kazaa. También haremos referencia a las características más importantes del sistema Kazaa, las que en definitiva han sido claves a la hora de determinar si los proveedores de dicho programa han cometido de manera directa las infracciones al *copyright* o bien han actuado como coadyuvantes de la misma.

En segundo lugar, daremos una sucinta explicación de una medida cautelar propia de los procesos sobre propiedad intelectual e industrial en los países del *Commonwealth* como el Reino Unido, Canadá y Australia y que ha permitido obtener las pruebas más importantes contra los demandados que fueron condenados en el juicio contra Kazaa: la llamada *Anton Piller order*.

En tercer lugar, hablaremos del concepto de «autorización»¹⁴ recogido en la *Copyright Act* australiana, y haremos referencia a los conceptos de «autorización» manejados en el derecho de otros países del *Commonwealth*.

Finalmente, haremos una comparación entre la doctrina del caso Kazaa —sujeta a revisión por un órgano jurisdiccional superior— y la doctrina jurisprudencial del caso Grokster en Estados Unidos, y enunciaremos a modo de conclusión la problemática internacional que plantea para el derecho la existencia de este tipo de plataformas.

2. EL PREÁMBULO EUROPEO: EL PROCESO CONTRA KAZAA EN LOS PAÍSES BAJOS

Dado su impacto en el mercado mundial de música *online*, las empresas titulares de derechos sobre el programa Kazaa han sido algunas de las más perseguidas por los intentos a escala mundial por parte de los operadores del *copyright* para frenar la actividad de las plataformas de intercambio de archivos. Uno de los litigios más importantes que se han llevado a cabo contra las empresas proveedoras de este tipo de *software* se desarrolló en Holanda, siendo la parte demandada KaZaA BV, la empresa que originariamente tenía los derechos sobre el programa del mismo nombre.

¹⁴ Para evitar confusiones, cuando hagamos referencia al concepto de «autorización», entendiendo este término en la acepción que tiene en el derecho australiano (*authorisation*), es decir, en el sentido de facilitar o poner los medios para realizar la infracción, lo escribiremos entre comillas. Cuando hagamos mención del concepto de autorización en el sentido que se entiende el derecho de Propiedad Intelectual español, lo escribiremos sin comillas.

El año 2000 las entidades de gestión Vereniging Buma y Stichting Stemra, que representan respectivamente a los autores e intérpretes de obras musicales de los Países Bajos, iniciaron negociaciones con KaZaA BV, a fin de llegar a un acuerdo sobre una eventual licencia. Las negociaciones no prosperaron, por lo que ambas entidades iniciaron conjuntamente acciones legales contra KaZaA BV. Los productores fonográficos no participaron en las negociaciones ni fueron parte en el proceso posterior.

En noviembre de 2001, el órgano jurisdiccional de primera instancia se pronuncia aceptando tanto las pretensiones de la parte demandante como la reconvencción de KaZaA BV. El auto dispone, por una parte, que las dos entidades de gestión deben reiniciar las negociaciones con KaZaA BV y, por otra, que la empresa demandada debe dejar de proveer el *software* a través de su sitio Web o impedir el acceso de los internautas a él. El órgano jurisdiccional afirma que, al permitir mediante el programa de ordenador la descarga de archivos musicales por parte de los usuarios sin contar con la preceptiva licencia, KaZaA BV está realizando actos contrarios a la normativa sobre derechos de autor. Ambas partes apelan la resolución. El efecto extrajudicial de esta resolución es la constitución en Vanuatu de Sharman Networks, que posteriormente pasa a ser la titular de los derechos sobre el programa de ordenador Kazaa.

El 28 de marzo de 2002, el tribunal de apelación desestima las alegaciones de Buma y Stemra y sostiene que KaZaA BV, por sí misma, no ha llevado a cabo actos de reproducción o comunicación pública de obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Sostiene el tribunal que han sido los usuarios del programa de ordenador quienes realizan estas infracciones¹⁵.

Posteriormente, ambas partes recurren en casación al Tribunal Supremo de los Países Bajos, el cual dicta sentencia en diciembre de 2003. El Tribunal no se manifiesta respecto a la licitud o ilicitud de la actividad de KaZaA BV y tampoco entra a calificar las acciones de los usuarios del programa. Simplemente, se pronuncia sobre la congruencia de la sentencia de apelación con la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo concluye que el órgano jurisdiccional de apelación fue congruente con el *petitum* de la demanda.

3. LOS ASPECTOS TÉCNICOS DE LA PLATAFORMA KAZAA

Uno de los elementos fácticos más relevantes discutidos en el litigio australiano contra Kazaa fue el referido a los aspectos técnicos de esta plataforma. Sus características técnicas son importantes de considerar a la hora de establecer si han sido los proveedores del programa quienes han infringido el *copyright*

¹⁵ Argumento, a nuestro juicio, correcto, el cual también ha sido expresado por el juez Wilcox en el procedimiento australiano e igualmente ha sido objeto de discusión el litigio sobre Grokster y Streamcast en Estados Unidos. Todo esto, sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual que se deriva de haber puesto los medios técnicos para realizar la actividad no autorizada, inducir la infracción y enriquecerse a través de la misma.

por sí mismos (lo que ocurriría en el supuesto de que haya un servidor central) o si han propiciado o «autorizado» la infracción (lo que ocurre, de acuerdo con el derecho australiano, cuando existe un modelo descentralizado). También permiten entender si existía o no un conocimiento efectivo por parte de los titulares del programa de ordenador de las infracciones de *copyright* realizadas por sus usuarios (dependiendo de si se pueden conseguir o no estadísticas de los usuarios conectados, el número de intercambios y una identificación de los archivos objeto de los mismos) y reconocer las vías por las cuales resultaba un negocio lucrativo para Sharman Networks y los otros demandados (ingresos por publicidad, etcétera).

Primero analizaremos las características del programa de ordenador Kazaa, el que es descargado desde la página Web www.kazaa.com y a través del cual el usuario queda conectado a red. Posteriormente explicaremos el funcionamiento del sistema Kazaa, vale decir, la manera en que establece la red entre los usuarios del *software* y se intercambian los archivos.

3.1. *Kazaa Media Desktop*

El programa Kazaa se ofrece en dos modalidades: la versión gratuita llamada Kazaa Media Desktop¹⁶, a través de la cual se recibe permanente publicidad y Kazaa Plus, que requiere un único pago de 29,95 dólares pero que garantiza al usuario que no recibirá ninguna clase de anuncios publicitarios.¹⁷

Tanto el programa gratuito Kazaa Media Desktop como el de pago, Kazaa Plus, corresponden a los denominados programas de intercambio de archivos de segunda generación. A diferencia de los P2P de primera generación —como ocurría en el caso de Napster— no existe un servidor central que contenga un directorio de usuarios e información sobre los archivos disponibles.

El Kazaa Media Desktop (también reconocido por el acrónimo KMD) consiste en una interfaz gráfica con un diseño de gran calidad que permite el acceso a dos redes diferentes de ordenadores conectados a Internet: FastTrack y Joltid PeerEnabler, a través de las cuales archivos digitales pueden ser transmitidos. Solamente los archivos compartidos a través de FastTrack son parte del objeto de la litis. La red Joltid PeerEnabler realiza una actividad lícita desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual.

El programa Kazaa permite la descarga de dos tipos de archivos: *blue files* y *gold files*. La lista de *blue files* o archivos azules corresponde a aquellos archivos incluidos en las carpetas compartidas de los usuarios de Kazaa y se difunden a través

¹⁶ Anteriormente la forma habitual para escribir el nombre del programa era KaZaA. Desde hace algún tiempo esta grafía ha sido dejada de lado por la actual Kazaa, posiblemente motivada por el cambio de titulares sobre el programa de ordenador.

¹⁷ Al parecer Kazaa Plus habría sido la respuesta de los titulares de derechos sobre el programa original frente a las versiones piratas del mismo que comenzaron a circular por la red.

del protocolo FastTrack. La lista de *gold files* o archivos dorados, es proveída por Alnet Inc, otro de los demandados, y solamente permite la descarga de contenido autorizado. En este segundo caso, el protocolo usado es Joltid PeerEnaber.

Si, por ejemplo, buscamos fonogramas disponibles del grupo escocés Franz Ferdinand, en la lista de los *blue files* se enumerarán aquellos ficheros musicales que podemos descargar gratuitamente desde el ordenador de otros usuarios. En la lista de los *gold files*, por el contrario, figurarán los archivos musicales licenciados, que llevan incorporado un sistema de DRM (Digital Rights Management). En el primer supuesto, estamos ante actos infractores (los usuarios desde donde potencialmente podemos descargar la obra han puesto a disposición la misma sin contar con una licencia). En el segundo, en cambio, ante actos lícitos (la puesta a disposición de obras previa autorización de los derechohabientes). La actividad infractora es, por tanto, la realizada a través de FastTrack.

FastTrack es un protocolo de red o de comunicación entre pares que —entre otras funciones— permite reanudar descargas interrumpidas y bajar simultáneamente varios segmentos de un archivo de distintos usuarios conectados a la plataforma. Corresponde al protocolo utilizado por algunos de los sistemas de intercambio más conocidos, como Grokster, Morpheus y Kazaa. De hecho, la descripción que daremos del sistema Kazaa es válida también para los otros dos sistemas mencionados, los que son conocidos en el entorno de los *peer to peer* como *clones* de Kazaa¹⁸. El protocolo común entre ellos, Fastrack, fue desarrollado por Consumer Empowerment, filial estadounidense de KaZaA BV, la empresa holandesa creadora del programa del mismo nombre.

La red Joltid PeerEnabler, constituye una particularidad de Kazaa que la diferencia de las habituales en una red P2P: además de ser una vía para la comercialización lícita de fonogramas en la forma de *gold files*, sus características técnicas no se corresponden con las de una red de intercambio de archivos entre pares. Sobre este punto volveremos más adelante.

3.2. *El sistema Kazaa de intercambio de archivos*

El sistema Kazaa consiste en millones de usuarios individuales que tienen el Kazaa Media Desktop instalado en su ordenador. A cada uno de estos ordenadores se les denomina nodo. Algunos de estos ordenadores funcionan como supernodos. Estos supernodos deben ser ordenadores de alta capacidad con una excelente conexión a Internet. El propio *software* de Kazaa identifica potenciales supernodos y los hace funcionar como tales sin informar al usuario que su ordenador está realizando esta labor¹⁹.

¹⁸ Sin embargo, debido a diferencias con la empresa titular del protocolo FastTrack, Morpheus comenzó a utilizar el protocolo Gnutella, de características similares.

¹⁹ En el procedimiento se determinó que los ordenadores de algunas universidades, como por ejemplo la Universidad de Queensland o la de Monash, estaban siendo utilizados por Kazaa como supernodos.

Cada ordenador supernodo esta conectado vía Internet con entre cien y doscientos nodos. Cada vez que un usuario activa el programa Kazaa en su ordenador, éste se conectará automáticamente con su supernodo. Este último está conectado con otros supernodos cercanos y éstos a su vez a otros supernodos.

El *software* Kazaa incluye una carpeta de archivos compartidos. El sistema está diseñado de manera que cada ordenador supernodo busque cada sesenta segundos archivos en la carpeta compartida de cada uno de los nodos a los que está conectado. De este modo el supernodo hace un índice de todos los archivos que hay en las carpetas compartidas. El índice contiene el *metadata*²⁰ y el *hash*²¹ de cada archivo, así como la dirección IP²² del ordenador que lo contiene.

Cuando el usuario de un nodo ingresa un término en el buscador de Kazaa, la solicitud de búsqueda es transmitida a su supernodo. Éste responde a la búsqueda comunicando la o las referencias del índice que son constantemente generadas por todos los archivos incluidas en todas las carpetas compartidas contenidas en sus nodos. El supernodo puede incluso reenviar una solicitud a otros supernodos.

El sistema Kazaa está diseñado de modo que los usuarios sean premiados por su participación en los intercambios: un usuario desde cuya carpeta compartida se descargan muchos archivos tiene prioridad frente a otros usuarios desde cuya carpeta se han descargado menos archivos.

3.3. La asociación con Altnet Inc. y la finalidad de los gold files

Ya hemos explicado que a través de la red Joltid PeerEnabler se realiza una actividad lícita, ya que se pone a disposición de los usuarios contenidos autorizados en la forma de *gold files*. A continuación explicaremos las características de esta red y los motivos por los cuales, desde el punto de vista legal, resultaba conveniente para Sharman Networks incorporarla al programa Kazaa.

²⁰ *Metadata* son los datos asociados con el archivo o que forman parte de él. Se pueden incluir, por ejemplo, el nombre del intérprete o de la canción, una descripción de la calidad del archivo musical y su tamaño en bytes. Muchos de los programas que permiten *ripear* discos compactos incluyen automáticamente esta información, aunque también puede ser ingresada o alterada directamente por el usuario.

²¹ El *hash* o función resumen es un método para generar claves que representen de manera única un archivo. En este caso en particular, el hash es asignado por el programa Kazaa a cada archivo que se encuentra en la Carpeta Compartida. Corresponde a una pequeña versión del archivo que no es más que el resultado de la aplicación de un algoritmo matemático a su versión completa. Esto produce una pequeña secuencia de dígitos que identifica de manera personalizada y única a cada uno de los archivos. Como el hash se basa en el contenido del archivo, su nombre puede ser cambiado sin que por este hecho éste se vea alterado. Es este elemento y no el nombre (u otro tipo de información contenida en el *metadata*) lo que forma parte de la descripción del archivo que figura en el sistema de índices de archivos.

²² La dirección IP (*Internet Protocol Address*) es un número único parecido a un número de teléfono, usado por los ordenadores para identificarse unos a otros cuando se envía información a través de Internet.

La red Joltid PeerEnabler es controlada por Altnet Inc. A diferencia de lo que ocurre en la red FastTrack, un usuario no puede decidir si pone o no a disposición del público un archivo, sino que el sistema funciona de modo centralizado. Altnet Inc., a través del programa TopSearch, proporciona un listado de fonogramas que pueden ser descargados por el usuario, los cuales previamente han sido licenciados por los respectivos derechohabientes. No se trata, por tanto, de un sistema de intercambio de archivos, ni funciona a través del esquema de nodos y supernodos.

¿Qué ha llevado entonces a los proveedores de un programa como Kazaa a incluir dentro de sus prestaciones el acceso a la red Joltid PeerEnabler y a los *gold files*? La respuesta es muy simple: garantizar que su actividad mercantil pueda ser subsumida dentro de la exención de responsabilidad a favor de la innovación tecnológica contemplada en el derecho estadounidense, al menos como ésta era concebida antes de la irrupción de la jurisprudencia Grokster. Está exención provenía de la jurisprudencia del caso Sony de 1984.

En 1976, Universal City Studios demandó a Sony por la comercialización del videograbador Betamax, que permitía realizar reproducciones caseras de material protegido, el cual correspondía a filmes y programas retransmitidos por televisión. El caso llegó al Supremo. El máximo tribunal resolvió que Sony no era responsable del uso ilícito que hiciesen los usuarios de Betamax.

En Sony, desde un punto de vista técnico, el dispositivo efectivamente permitía la realización de reproducciones no autorizadas. Sin embargo, una parte importante de la actividad que podían llevar a cabo los usuarios estaba comprendida dentro del *fair use*. En cuanto al fomento de la infracción, la campaña publicitaria de Sony sólo promocionaba actos comprendidos dentro del *fair use*, siendo su uso principal —y así quedó demostrado en el proceso— el poder ver programas o filmes transmitidos por televisión en horario diferente al de la emisión original (*time-shifting*). El Tribunal Supremo entendió en Sony que la utilización de este dispositivo tenía un impacto residual en los ingresos de la industria cinematográfica y desestimó el recurso. A partir de ese momento se entendió incorporado al derecho estadounidense un supuesto de exención de responsabilidad del fabricante de tecnología²³.

No es difícil entonces presumir que Sharman Networks y sus asociados vienen en la incorporación de los *gold files* una forma de encajar dentro de este supuesto de exención, al poder alegar en un eventual litigio que su actividad incluye también una utilización lícita voluntariamente incorporada por el proveedor.

²³ En la mayor parte de los países de habla inglesa, lo que entendemos como un supuesto de exención de responsabilidad se conoce como *safe harbour* (puerto seguro). En inglés americano, se escribe *safe harbor*, sin la u.

4. MEDIDAS PROVISIONALES Y CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA: LA ANTON PILLER ORDER

En el procedimiento australiano se presentaron pruebas muy sólidas contra Sharman Networks Ltd., Altnet Inc. y los otros demandados, que permitieron demostrar su conducta ilícita. Algunas de esas pruebas provenían de las propias campañas publicitarias de Kazaa o eran informes de peritos sobre la transferencia de obras protegidas (a través de la monitorización del tráfico en la red FastTrack) o las características técnicas del *software* y el sistema Kazaa. Pero hubo una serie de documentos, fundamentales para demostrar el conocimiento de la actividad de los usuarios del programa por parte de Sharman Networks Ltd. y los otros demandados condenados por «autorizar» las infracciones, que estaban en poder de la parte demandada. Entre otros, el tribunal conoció informes internos que ilustraban la estrategia empresarial, el intercambio de correos electrónicos entre directivos sobre temas vinculados al objeto de la *litis* y los resultados del *focus group* encargado por Sharman Networks Ltd., donde claramente se manifestaba que los usuarios de Kazaa utilizaban el programa de ordenador para descargar obras protegidas. Todos estos capitales elementos probatorios fueron conseguidos gracias a una *Anton Piller order*.

La *Anton Piller order* es un tipo especial de resolución judicial, una suerte de medida provisional o cautelar, propia de los ordenamientos jurídicos de los países del *Commonwealth*. Con matices, se concede en países como el Reino Unido, Canadá, Sudáfrica y Australia. Es especialmente usada en procedimientos sobre infracciones a derechos de propiedad industrial y *copyright*²⁴, y solamente se concede *ex parte*. A veces los jueces equivocadamente la llaman Anton Pillar (en vez de Piller) como ocurrió en la sentencia objeto de este comentario.

Aunque aquí analizamos su aplicación práctica en un procedimiento australiano, lo cierto es que la primera vez que esta orden se dictó fue en el Reino Unido, en el caso *Anton Piller KG vs Manufacturing Processes Limited* de 1976²⁵. Debido a que se trata de un mandato que puede vulnerar varios derechos del futuro demandado (especialmente el derecho a la intimidad), su aplicación es excepcional y es necesaria una serie de requisitos para que sea concedida:

1. El caso contra el presunto infractor debe ser, *prima facie*, extremadamente fuerte.

²⁴ No obstante, su uso se ha extendido en algunos países a otras materias civiles o mercantiles. A este respecto, resulta interesante la lectura del documento *El papel del poder judicial en la observancia de los derechos de propiedad intelectual: los procesos sobre propiedad intelectual en el sistema de derecho común y la experiencia sudafricana*, preparado por el Comité sobre observancia de la OMPI en 2004, disponible en http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2004/ace/pdf/wipo_ace_2_4rev.pdf

²⁵ Pese a su origen jurisprudencial, en el Reino Unido ha adquirido lo que en el *Common Law* se denomina *statutory authority*, es decir, que ha sido incorporada como norma a un texto legal. Actualmente en el derecho procesal civil británico se la denomina *search order* (orden de búsqueda) y está regulada en la *Civil Procedure Act de 1997*.

2. El daño, potencial o actual, debe ser muy perjudicial para el solicitante.
3. Debe haber evidencia clara de que el presunto infractor tiene en su poder documentos incriminatorios u otros objetos claramente especificados que constituyen una prueba indispensable para fundamentar la acción del demandante.
4. Debe existir un grave riesgo de que las pruebas sean ocultadas, destruidas o alteradas antes del procedimiento *inter partes*²⁶.

La búsqueda de estas pruebas se lleva a cabo en inmuebles específicamente indicados en la resolución, donde acude un abogado identificado en la orden junto al oficial encargado de realizarla, siendo imperativo contar con el consentimiento del presunto infractor. Pero no se trata de cualquier clase de consentimiento: es un consentimiento provocado; vale decir, el no autorizar el ingreso a los inmuebles identificados en la orden y permitir la búsqueda de la prueba, se considera desacato a un mandato judicial. Tampoco la entrada a los inmuebles puede ser forzada (lo que constituiría allanamiento) sino que debe ser el presunto infractor quien la permita. Tan importante es este factor, que en Australia un requisito para que la *Anton Piller order* sea concedida es que se solicite su ejecución durante el horario laboral. La orden generalmente incluye, además, ciertas cláusulas prohibitorias que afectan al eventual demandado y que cautelarmente impiden la realización o continuación de actos claramente especificados en la solicitud y que constituyen infracciones de los derechos de propiedad intelectual del solicitante.

En el proceso contra la plataforma Kazaa, las pruebas conseguidas gracias a esta orden fueron fundamentales para lograr la condena de Sharman Networks Ltd., Altnet Inc. y cuatro de los otros demandados. Las oficinas de Sharman Networks Ltd. en Cremorne, Australia, y los hogares de dos de los altos directivos de la empresa, fueron algunos de los inmuebles identificados en la *Anton Piller order*. La búsqueda fue realizada por investigadores de la Music Industry Piracy Investigations (MIPI), institución que pertenece a la Australian Recording Industry Association (ARIA), que reúne a las filiales australianas de las discográficas multinacionales. También fueron inspeccionadas algunas universidades, cuyos ordenadores funcionaban como supernodos, sin que las autoridades de las mismas tuviesen conocimiento de este último hecho.²⁷

²⁶ Gran parte de la doctrina anglosajona entiende que con la *Anton Piller order* se cumple con la obligación establecida en el artículo 50.1 b) de los Acuerdos de los ADPIC, norma que establece que «Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a: b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.»

²⁷ Es bastante habitual que ordenadores potentes como los de las universidades sean utilizados por las plataformas P2P como supernodos. Esto ha llevado a los derechohabientes a realizar presión contra las mismas para que tomen medidas que eviten que este tipo de software sea incorporado en su sistema. De igual manera, en Estados Unidos la RIAA ha instado a grandes empresas con ordenadores de gran capacidad para que establezcan mecanismos de control que eviten que sus empleados instalen programas de intercambio de archivos.

5. EL CONCEPTO DE «AUTORIZACIÓN» EN EL DERECHO AUSTRALIANO

El concepto a través del cual se establece la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de Kazaa proviene de una norma legal. Esto es importante de destacar ya que hablamos de un ordenamiento jurídico de *Common Law*. En Estados Unidos, por ejemplo, los criterios y teorías para establecer la responsabilidad provienen del *case law* y no tienen, por tanto, una fuente legal directa.

De manera similar a como lo establece el artículo 17 del TRLPI, y siguiendo lo dispuesto en el Convenio de Berna, la *Copyright Act* australiana reconoce cierto número de derechos exclusivos al titular del *copyright*. Al igual que ocurre en el derecho español, el realizar un acto comprendido dentro de las facultades propias del titular de derechos sin contar con el permiso del mismo, constituye una infracción.

Si recordamos el artículo 102 del TRLPI, su enunciado permite identificar claramente la infracción directa de los derechos de autor. La infracción indirecta, al menos en su sentido literal, no está expresamente incluida en la norma²⁸.

En el derecho australiano, por el contrario, se encuentran identificadas las dos formas en que la infracción puede producirse: por una parte, la infracción directa o primaria, y por la otra la infracción indirecta o secundaria, cuya acción es descrita con el verbo «autorizar». A este respecto, el subartículo (1) del artículo 101 dispone que el *copyright*:

«es infringido por una persona que, sin ser el titular del copyright y sin contar con la preceptiva licencia del mismo, realiza en Australia, o autoriza que se haga en Australia, cualquier acto que esté comprendido dentro del copyright»

El concepto de «autorización» —o bien el acto de «autorizar»— fueron incorporados a la ley australiana en el año 2000, cuando se realizó una modificación de la *Copyright Act* de 1968 para cumplir con lo dispuesto en los Tratados OMPI de 1996. Es en este momento cuando se incluye lo que en Australia se conoce como el derecho exclusivo de comunicación pública, que no se corresponde en toda su amplitud con el concepto que manejamos en España, sino que se identifica exclusivamente con la modalidad de puesta a disposición. Las modalidades clásicas del derecho de comunicación pública, ya estaban reconocidas en la ley antes de la reforma, pero no son modalidades englobadas dentro de un derecho de explotación, sino que cada una de ellas constituye un derecho exclusivo por sí misma.

²⁸ Sin embargo, existen otros mecanismos para entender que el ordenamiento jurídico español, el facilitar la infracción por parte de los usuarios constituye un ilícito. Al respecto, resulta interesante la lectura de la propuesta de Ignacio Garrote en el capítulo «El intercambio de obras y prestaciones protegidas mediante programas «peer to peer», en *La reforma de la copia privada en la ley de Propiedad Intelectual* (Editorial Comares: Granada, 2005).

En cuanto al concepto de «autorización», la ley australiana enuncia los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para determinar si se ha producido o no un acto comprendido en la acción de «autorizar»:

1. El grado de poder (si es que lo hay) de la persona para prevenir la realización del acto en cuestión.
2. La naturaleza de la relación existente entre la persona y el sujeto que ha realizado el acto en cuestión.
3. Si la persona ha tomado cualquier otra medida razonable para prevenir o evitar la realización del acto incluyendo si ha conformado algún código de práctica industrial relevante²⁹.

Estos requisitos, que fueron incorporados en la reforma de 2000, provienen de una elaboración jurisprudencial previa del concepto «autorización» y que se basa en el *case law* de distintos países del *Commonwealth*³⁰. Sin embargo, los mismos no son exhaustivos y deben ser completados con los elementos fácticos del caso al que son aplicados. Esto es especialmente cierto en aquellos supuestos en los que quien realiza la «autorización» no tiene ningún grado de poder sobre quien finalmente es el infractor directo.

El hecho de que el tribunal deba valorar estos elementos fácticos hace que en la discusión de lo que se entiende por «autorización» interfiera también el *case law*³¹. Sobre este punto existen divergencias que hacen que el concepto de «autorización» reconocido legalmente en Australia y que —como ya hemos dicho— proviene originariamente del *Common Law*, tenga una interpretación más estricta en otros países del *Commonwealth*. Esto ha tenido como consecuencia que en el litigio australiano —a la hora de determinar si ha habido o no una «autorización»— cada una de las partes haya utilizado como precedentes para la interpretación del artículo 101 de la *Copyright Act*, la jurisprudencia que más conviene a sus intereses: los demandantes, la sentencia australiana del caso *Moorhouse versus University of South Wales* de 1976; los demandados, la sentencia británica *Amstrad Consumer Electronics plc. versus British Phonographic Industry, Inc.*

A mediados de los años setenta, la editorial *Moorhouse* demandó a la *Universidad New South Wales* por «autorizar» las infracciones de *copyright* cometidas por sus alumnos. Los hechos fueron muy simples: la universidad instaló una fotocopidora en las dependencias de su biblioteca, por medio de la cual los estudiantes podían realizar fotocopias de obras protegidas. El Tribunal

²⁹ Párrafo 101 (1) (A) de la *Copyright Act* australiana.

³⁰ No obstante, la primera vez que aparece el concepto de «autorización» en el derecho del *Commonwealth* es en la *Copyright Act* británica de 1909.

³¹ En el derecho australiano de *copyright*, se entiende que el mismo está compuesto por las normas legales y la jurisprudencia que interpreta esas normas. Ambas son, por tanto, fuentes del derecho.

Supremo de Australia consideró que la universidad era responsable por haber «autorizado» dichas infracciones.

Del caso *Moorhouse*, se desprende que el demandado es responsable por la infracción realizada por terceros si: a) el demandado controla el medio por el cual la infracción se realiza; b) hace que el medio esté disponible para el uso de las personas que podría realizar la actividad infractora; c) es indiferente si, de facto, estos últimos han realizado o no la infracción.

Esta doctrina —muy favorable a los intereses de las industrias con importantes activos intelectuales— no goza de popularidad en otros países del *Commonwealth*.

El Tribunal Supremo de Canadá se negó a aplicar la doctrina *Moorhouse* en el caso *CHH Canadian Ltd. versus Law Society of Law Society* de 2004. La visión del Alto Tribunal canadiense es muy crítica: según este órgano jurisdiccional, la doctrina *Moorhouse* es incongruente con el enfoque que tanto la jurisprudencia británica como la canadiense habían tenido previamente en esta materia. A juicio de este tribunal, la doctrina *Moorhouse* inclina exageradamente la balanza del *copyright* a favor de los derechos de los titulares del mismo e interfiere innecesariamente en el uso apropiado de las obras protegidas para el beneficio de la sociedad en su totalidad.

La otra doctrina discutida en el proceso y que sirvió de base a la defensa de los demandados, es la doctrina británica del caso *Amstrad*. Esta empresa puso a la venta una cadena de música que permitía la copia de cintas. La industria discográfica demandó a *Amstrad* argumentando que los usuarios de la cadena realizarían copias no autorizadas de sus fonogramas. La defensa de *Amstrad* alegó que aunque era posible que los usuarios de la cadena hicieran copias de material protegido mediante el uso del grabador de cintas, esto no constituía fomento o «autorización» de la infracción y, además, esta tecnología permitía también a los usuarios realizar copias lícitas. El tribunal británico falló a favor del demandado. De esta sentencia deriva la doctrina jurisprudencial vigente en el Reino Unido del concepto de «autorización». En el derecho británico se entiende que «autorizar» significa permitir, o intentar permitir, de manera expresa o implícita, el *derecho* a realizar el acto infractor.³² Esta concepción es más restringida, puesto que requiere la existencia de una infracción directa. En cambio, a la luz de la doctrina *Moorhouse*, lo importante sería crear el riesgo de que la infracción pueda cometerse, pero no exige que efectivamente se haya cometido.

Frente a las dos posturas defendidas —interpretar el concepto de «autorización» del artículo 101 de la *Copyright Act* de acuerdo con la doctrina *Moorhouse*

³² Aunque a nuestros oídos suene un poco extraño, la sentencia efectivamente utiliza el término *derecho*, que no sería apropiado de acuerdo con nuestras instituciones jurídicas. Por intentar ser fieles al texto original, lo hemos traducido del modo que nos parece más adecuado, haciendo, eso sí, esta observación.

o con la doctrina Amstrad—, el Tribunal Federal de Australia optó por la primera de estas alternativas.

El Tribunal llevó la doctrina del caso Moorhouse a las plataformas P2P y determinó que Sharman Networks y los otros cinco demandados contra los que prosperó la demanda, eran responsables por «autorizar» la infracción. Su interpretación, sin embargo, no fue tan generosa como la que hizo el Tribunal Supremo en el caso Moorhouse. El juez Wilcox considera que dadas las diferencias fácticas entre este caso y el caso Sharman, para que esta doctrina sea aplicada correctamente al interpretar las disposiciones legales se requiere de «algo más»³³.

Recordemos que la *Copyright Act* australiana requiere la valoración de ciertos elementos fácticos que permitan considerar probada la intencionalidad de los demandados. En el ámbito digital, si los demandados simplemente han proporcionado la tecnología que funciona como mera conductora de una comunicación por la que se realiza el acto ilícito, no hay infracción indirecta. Si además han tenido conocimiento de la infracción, no han hecho nada para evitarla (teniendo los medios para hacerlo) e incluso la han fomentado, entonces estamos ante una «autorización».

Para el juez Wilcox, esos elementos que van más allá de haber facilitado la infracción se veían cumplidos tanto por acción como por omisión.

La actividad positiva realizada por los demandantes corresponde a la promoción que Sharman Networks hacía del *software* Kazaa, en concreto a través su campaña publicitaria *Únete a la revolución* que —según expresa el propio sitio Web de Kazaa— pretendía provocar cierto movimiento social. Pues bien, según el tribunal, este supuesto movimiento está basado en el intercambio de archivos, principalmente de música. En palabras del juez Wilcox: «Especialmente en gente joven, el material disponible en el sitio Web de la campaña «Únete a la revolución» habría transmitido la idea de que es *cool* (*guay*) desafiar a las compañías discográficas y su anticuada dependencia del *copyright*»³⁴. A esto habría que agregar comentarios y anuncios recurrentes que aparecían en el sitio Web Kazaa con un contenido similar.

La infracción se realiza además por omisión, al no haber establecido los proveedores de Kazaa ningún tipo de medida tecnológica que impida la puesta a disposición y descarga de material protegido. A este respecto, la defensa de los demandados alegó que en el contrato del usuario final de Kazaa establecía cláusulas que prohibían la utilización del programa de ordenador para el intercambio de material protegido, pero en el juicio se demostró que la inclusión de este tipo de cláusulas, así como las advertencias en el mismo sentido que se publican en el sitio Web Kazaa, son del todo ineficaces a la hora de evitar la infracción directa de *copyright* por parte de los usuarios. También quedó pro-

³³ *Something more* es la expresión usada en el texto de la sentencia.

³⁴ N. 405 de la sentencia.

bado en el procedimiento, que Kazaa contaba con los mecanismos técnicos para instalar un filtro que impidiese la descarga de ficheros musicales protegidos.

La forma de demostrar la viabilidad tecnológica de los filtros se basó en la existencia de éstos para contenidos pornográficos. Kazaa ofrece a sus usuarios la posibilidad de instalar filtros que impidan a menores de edad descargar contenidos para adultos. A su vez, el Senado de Estados Unidos envió un oficio a Sharman Networks sobre el intercambio de pornografía infantil en la red y del cual se hizo mención en el litigio australiano. Entre otros argumentos, la respuesta de los proveedores de Kazaa fue que su sistema de intercambio de archivos incluía filtros que evitaban el intercambio de pornografía infantil; es decir, según declaraciones de los propios proveedores de Kazaa, su sistema incluye medidas tecnológicas que permiten instalar filtros opcionales para que los padres impidan el acceso de sus hijos a pornografía y también para instalar filtros no opcionales que eviten el intercambio de material de contenido pedófilo. No había, por tanto, ninguna razón técnica para que Kazaa no instalase un filtro que detuviera el intercambio de archivos musicales protegidos.

De conformidad con lo anterior, el tribunal ordena que Sharman cese en la actividad contraria a lo dispuesto en el artículo 101, debiendo por tanto impedir a los usuarios australianos de Kazaa —en virtud del principio de territorialidad— realizar actos infractores del *copyright* de los demandantes, e indicando que en todo caso es imperativa la autorización de los derechohabientes. También considera el tribunal que el sistema Kazaa puede seguir siendo distribuido por Sharman siempre y cuando realice modificaciones que impidan la infracción de los derechos de los actores, a través de la realización de medidas que deben provenir de un acuerdo entre las partes y aprobado por el tribunal. Lo curioso —al menos desde la perspectiva española— es que el tribunal establece las posibles alternativas a seguir por Sharman: 1. a) que el *software* recibido por todo nuevo usuario de Kazaa incluya un filtro que excluya la posibilidad de que fonogramas protegidos sean enumerados en los resultados de búsqueda de los *blue files* (es decir, que se impida que provengan de carpetas compartidas), b) que toda versión futura del programa Kazaa incluya dicho filtro, c) que se haga la mayor presión posible sobre los actuales usuarios de Kazaa, a través de anuncios en su sitio Web que indiquen a los usuarios que deben actualizar su software con un nuevo programa que incluya el filtro; 2. a) que el componente TopSearch, en caso de que se solicite la búsqueda de un fonograma identificado, exponga como resultado un lista que incluya exclusivamente fonogramas que cuenten con perceptiva autorización, que exhiba advertencias contra las infracciones al *copyright* e indique claramente que el resultado de la búsqueda excluye copias ilícitas de fonogramas protegidos.

6. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO KAZAA EN AUSTRALIA Y EL PROCEDIMIENTO GROKSTER EN ESTADOS UNIDOS

Si bien el concepto de «autorización» existe en los países del *Commonwealth*, no ocurre lo mismo en el derecho norteamericano.

En Estados Unidos las teorías aplicables a la responsabilidad extracontractual de quienes colaboran o facilitan una infracción de *copyright* son las de *vicarious liability*, *contributory liability* y —desde la sentencia Grokster— *inducement liability*³⁵. Ninguna de estas teorías se corresponde exactamente con el concepto de «autorización» manejado en los países del *Commonwealth*³⁶. Además, la elaboración de estas doctrinas es eminentemente jurisprudencial, a diferencia de los países de tradición jurídica británica o derivada de la misma, donde el concepto base de infracción indirecta de *copyright*, está recogido en las leyes respectivas³⁷.

Pocos meses antes de que el juez Wilcox del Tribunal Federal de Australia se pronunciase en el litigio contra Sharman Networks Ltd., el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó sentencia en el caso Grokster-Streamcast. Lo interesante es ver que, aunque existen diferencias nada desdeñables entre la legislación y jurisprudencia sobre Propiedad Intelectual en Estados Unidos y en Australia, hay puntos de conexión entre los argumentos de ambos tribunales³⁸.

Respecto a los usuarios de este tipo de programas, los dos tribunales hicieron una declaración vinculante sobre la actividad de los mismos en plataformas P2P descentralizadas o de segunda generación: ambos calificaron los actos realizados por los usuarios de los programas de intercambio de archivos como infracciones de *copyright*. También los dos órganos jurisdiccionales declararon que el hecho de distribuir el programa de ordenador por sí solo no era suficiente para considerar al distribuidor como responsable³⁹. Por el momento, para el derecho australiano la fuerza de estas declaraciones es menor dado que hay

³⁵ Las que podemos traducir como responsabilidad subsidiaria (*vicarious liability*), responsabilidad coadyuvante (*contributory liability*) y responsabilidad por inducción (*inducement liability*). Para que haya *vicarious liability* es necesario que se haya cometido una infracción directa, que el proveedor tenga el derecho y la capacidad para controlar la realización o no de dicha infracción y que perciba un beneficio económico por la misma. La *contributory liability* requiere de la existencia de una infracción directa, del conocimiento o, al menos, motivos por los que el presunto infractor indirecto debería saber de la realización de ésta y una contribución material a la infracción. Por último, la teoría de la *inducement liability* proviene del derecho de patentes y es la doctrina que ha sido incorporada por el Tribunal Supremo al resolver el caso Grokster. En esta sentencia el Alto Tribunal ha hecho una aplicación analógica de la teoría de la inducción; la misma tiene origen jurisprudencial, pero ha adquirido rango legal al ser incorporada en la *Patent Act*. Esta ley dispone que cualquiera que activamente induzca la infracción de una patente, será responsable como infractor (35. U.S.C.A. &271 b).

³⁶ Más de algún experto en *Copyright* estadounidense ha recalado que el concepto de *authorisation* de la *Copyright Act* australiana no se corresponde con el sentido que el mismo tiene en Estados Unidos. En este último país se entiende *authorisation* como el permiso otorgado por el titular del *copyright* en ejercicio de un derecho exclusivo, del mismo modo en que lo haríamos en España.

³⁷ Sin embargo, estos criterios tienen un origen jurisprudencial, pero fueron incluidos como tales en la reforma de la *Copyright act* realizada el año 2000.

³⁸ Sin embargo, el juez Wilcox no comparte expresamente esta opinión. Desde el punto de vista procesal, uno de los aspectos más curiosos —al menos para un jurista español— del procedimiento contra Sharman Networks es la instancia procesal en que el juez Wilcox acepta oír alegaciones sobre jurisprudencia Grokster. Al no existir una norma legal que establezca la responsabilidad del proveedor del programa de ordenador, sino que se trata de una elaboración eminentemente jurisprudencial, el juez Wilcox consideró que la doctrina Grokster estaba demasiado alejada del derecho australiano.

³⁹ Al hacer esta referencia he utilizado los términos distribuir y distribuidor porque se corresponden con la argumentación presentada en ambas resoluciones, puesto que son los conceptos que se usan

una apelación pendiente; sin embargo, la fuerza de las pruebas contra los proveedores de Kazaa permite vaticinar una sentencia confirmatoria.

Otro aspecto en común es el objeto de la controversia en los dos litigios: en ambos procedimientos la cuestión a dilucidar era si existía o no algún tipo de responsabilidad civil extracontractual por parte del proveedor del *software P2P* con el que se cometían estos actos infractores. El Tribunal Supremo de Estados Unidos analizó si Grokster y Streamcast contribuyeron a la infracción o fueron inductores de la misma. Por su parte, el Tribunal Federal de Australia se preguntó si Sharman Networks y los otros demandados habían «autorizado» la infracción.

Para determinar si la actividad de Kazaa estaba incluida dentro de algún supuesto de exención de responsabilidad, la parte demandada alegó que las operaciones de Sharman Networks encajaban en el supuesto del artículo 112E de la *Copyright Act*, que establece que una persona no «autoriza» la infracción por el mero hecho de proveer los medios usados por terceros para llevarla a cabo. Este supuesto de exención de responsabilidad es muy similar al que se establece respecto a los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso recogido en el artículo 14 de la LSSICE y que proviene del artículo 12 de la directiva 200/31/EC sobre Comercio Electrónico. En el caso Grokster, la parte demandada alegó que su actividad estaba contemplada dentro del supuesto de exención de responsabilidad del caso Sony, al que ya hemos hecho mención en el apartado 3.3. Ambos argumentos fueron rechazados⁴⁰.

Si bien el hecho de permitir el intercambio no es de por sí un motivo para considerar responsable a los proveedores del programa de ordenador, en las dos sentencias se enfatiza que hay otros hechos que hacen que tanto Sharman Networks como Grokster y Streamcast sean responsables.

Primero, que ambas partes demandadas han realizado una actividad de fomento de la infracción directa a través de comunicaciones en sus respectivos sitios *Web* y de sus campañas publicitarias⁴¹. Segundo, que en ambos casos era técnicamente viable instalar filtros para evitar el intercambio de material protegido y que, sin embargo, no se hizo. Tercero, que a través de la infracción masiva de *copyright* estas empresas conseguían cuantiosos ingresos por publicidad.

en el derecho estadounidense y australiano. Sin embargo, en Europa, aunque se trata de una distribución en un sentido económico, de acuerdo con la Directiva 2001/29/CE, sobre la sociedad de la información, no lo es: la distribución sólo puede ser de soportes tangibles y, por lo tanto, en el ámbito *online* sería un acto de puesta a disposición de un programa de ordenador. De ahí que anteriormente los hubiese calificado como proveedores del *software* y no como distribuidores del mismo.

⁴⁰ Sin embargo, en primera instancia y en apelación, los órganos jurisdiccionales que conocieron del caso Grokster sí consideraron que la actividad de Grokster y Streamcast estaba subsumida dentro del supuesto de exención de responsabilidad de la jurisprudencia Sony. El Tribunal Supremo consideró que la doctrina Sony no era aplicable dadas las diferencias fácticas con el caso Grokster y elaboró —para establecer la responsabilidad del proveedor— la teoría de la inducción a la que ya hemos hecho referencia.

⁴¹ Streamcast realizó una campaña expresamente dirigida a captar antiguos usuarios de Napster: anunciaba que a través de su programa podrían seguir intercambiando archivos, como lo hacían con Napster antes de la sentencia judicial.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Uno de los principales problemas que plantean las acciones legales contra los proveedores de programas P2P radica en la ausencia de mecanismos efectivos de protección a nivel internacional. Empresas como Sharman Networks Ltd. ofrecen productos y servicios de intercambio de archivos en un mercado global. Los usuarios de los programas P2P están dispersos por todo el mundo, por lo que resulta inviable una respuesta judicial acorde con su alcance internacional. Muchos de los agentes que participan dentro de un operador de este tipo de plataformas no residen en un mismo Estado, sino que están distribuidos por distintos países elegidos premeditadamente, de acuerdo al foro más beneficioso para cada actividad concreta.

En materia de derechos de autor y derechos conexos, las únicas normas internacionales al respecto son el artículo 5.2 del Convenio de Berna, los artículos 11 y 14.2 del TDA y 18 y 23.2 del TIEF y el artículo 41.1 de los ADPIC, pero la obligación internacional que emana de ellos se limita a la protección jurídica que deben imponer los Estados firmantes frente a las usurpaciones ilícitas, sin ofrecer solución cabal a realidades como las que actualmente se viven a través de la difusión de obras y prestaciones protegidas en la red. Esta ausencia de una protección uniforme a nivel internacional hace que, en la práctica, algunas empresas opten por constituirse en países donde no se cumplan los estándares mínimos establecidos por estos tratados. Este es el caso de Vanuatu, donde se registró Sharman Networks Ltd.

Afortunadamente para la industria discográfica, la administración central de Sharman Networks Ltd. está en Australia, país cuya *Copyright Act* establece un limitado criterio de aplicación extraterritorial que ha permitido al juez apreciar la magnitud de la infracción a nivel internacional, pese a que las medidas coercitivas que el tribunal puede adoptar estén sometidas al principio de territorialidad⁴². No obstante, el alcance técnico de la incorporación de filtros y la incitación de los usuarios a que actualicen el programa Kazaa para obtener una versión que impida la infracción, puede tener repercusiones más allá de las fronteras australianas. En este sentido, resulta también interesante atender al efecto que en el mercado ha tenido el proceso Grokster: aunque a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento australiano, la valoración de los hechos se limita a las descargas producidas en Estados Unidos, al ser éste el mayor mercado tanto legal como ilegal de descarga de contenidos a través de Internet, sus efectos inevitablemente repercuten en los mercados extranjeros. De hecho, a partir de la sentencia Grokster, se ha iniciado una cadena de cierres de empresas proveedoras de productos y servicios *peer to peer* establecidas en territorio estadounidense pero cuyo ámbito de acción era internacional. Otros, como BitTorrent, han comenzado negociaciones con las industrias productoras de material protegido para cambiar el giro de sus negocios, pasando así de poner a disposición *software* que facilita la infracción de *copyright* a ser agentes activos en la distribución de contenidos autorizados.

⁴² En Australia el derecho de comunicación al público abarca a una audiencia tanto fuera como dentro de Australia. Además, a diferencia de lo que ocurre con la infracción directa, el concepto de «autorización» no se limita a actos realizados dentro de Australia.