

LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE EN EL CASO *GROKSTER*: LA MATIZADA CONDENA A LOS OPERADORES P2P.

Por José Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA *.
Becario Fundación «SA NOSTRA»
Profesor Ayudante de Derecho Civil
en la Universidad de las Islas Baleares
Miembro del Centro de Estudios de Derecho
e Informática de Baleares (CEDIB)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO GROKSTER. 1. PLANTEAMIENTO. 2. LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE LA CORTE DE DISTRITO Y DE APELACIÓN. 3. LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LA CORTE SUPREMA. 4. LOS DOS VOTOS PARTICULARES. III. PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de 1999 apareció el primer *software* que posibilitó el intercambio de archivos entre usuarios, más conocido como P2P —debido al acrónimo de su nombre en inglés, «*peer to peer*»—. Anteriormente a la aparición de esta tecnología, los contenidos que ofrecía la Red se almacenaban en exclusiva en ordenadores servidores, desde los que se consultaban y descargaban. Sin embargo, los programas P2P permiten a los internautas localizar y descargar ficheros desde los ordenadores de otros usuarios que se sirvan de un programa igual o compatible. Naturalmente, la información que se encuentra en el disco duro de cada particular resulta mucho más difícil de controlar que la que se halla en los ordenadores servidores. Atendiendo a lo anterior, no debe extrañar que en la práctica los sistemas P2P faciliten a sus usuarios el acceso gratuito a infinidad de canciones y películas o, visto desde una perspectiva jurídica, la infracción masiva de derechos de autor.

Los sistemas P2P pueden clasificarse en dos grandes categorías, en función de que la búsqueda o indización de los contenidos disponibles la realice un servidor central (sistema centralizado) o los propios ordenadores de los usuarios (sistema descentralizado). *Napster*, el primer sistema P2P que apareció en la Red, se valía del modelo centralizado; mientras que los sistemas P2P que le han sucedido, como *Grokster*, han adoptado el modelo descentralizado

* El autor quiere expresar su sincero agradecimiento al Profesor SÁNCHEZ ARISTI por las enriquecedoras observaciones que realizó sobre una versión preliminar de este comentario.

—con diferentes variantes, que aquí no interesan—. Por otra parte, también es cierto que los sistemas P2P pueden abarcar un determinado tipo de ficheros (p. ej., *Napster* únicamente permitía la búsqueda y descarga de archivos mp3, esto es, de archivos sonoros o, lo que es lo mismo, canciones) o un número más amplio (p. ej., *Grokster* no circunscribe su ámbito de actuación a las canciones, sino que también pueden realizarse búsquedas de textos, fotografías y películas).

En estas líneas, pretendemos explicar las claves del juicio que ha enfrentado en Estados Unidos a la industria discográfica y cinematográfica frente a tres empresas —*Grokster*, *Streamcast* y *Kazaa B. V.*— cuyo objeto es la explotación de sistemas P2P descentralizados. En cuanto a los sistemas centralizados, baste aludir a la suerte corrida por *Napster*¹, su principal exponente, que como *software* de distribución gratuita tuvo una vida intensa —en febrero de 2001 ya contaba con 26,4 millones de usuarios—², pero breve —el acoso judicial sufrido acabó en la bancarrota de la compañía, su venta en noviembre de 2002 y posterior conversión en un servicio de pago de descarga legal de archivos—. El talón de Aquiles de *Napster* radicó precisamente en su funcionamiento centralizado, pues éste le permitía el control de las infracciones del Derecho de autor, al que fue compelido por la Jueza que vio el caso. Eso sí, el declive de *Napster* coincidió con la eclosión de los nuevos sistemas P2P descentralizados. Según afirma la Corte Suprema estadounidense, hasta junio de 2005 habían sido descargadas más de 100 millones de copias de este *software*.

II. EL CASO GROKSTER³

1. PLANTEAMIENTO

Grokster y *StreamCast* —no nos referiremos a *Kazaa B. V.* porque en una fase muy temprana del proceso fue declarada en rebeldía—⁴ ponen a disposición del público un *software* que permite el intercambio de archivos entre usua-

¹ Ver LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º: 1, enero-marzo, 2001, págs. 65 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E., «Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible», *Actualidad Civil*, n.º: 31, agosto 2001, págs. 1109 y ss.; y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de autor en Internet», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, septiembrediciembre 2000, págs. 65 y ss.

² <<http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>>.

³ El texto de las tres sentencias que recayeron en este caso se puede encontrar en las siguientes direcciones: sentencia de primera instancia, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (United States District Court, N.D. California 2003), April 25, 2003, <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/mgm/mgmgrokster42503ord.pdf>>; sentencia de apelación, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004), August 19, 2004, <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/mgm/mgmgrkstr81904opn.pdf>>; y sentencia de casación, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* (04-480), 545 U.S. ____ (2005), <<http://www.supremecourts.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf>>.

⁴ El cese en la defensa probablemente deba atribuirse a que poco después de iniciado el proceso *Kazaa B. V.* cedió el control sobre el protocolo que permitía el intercambio de archivos —*FastTrack*— a *Sharman Networks*, a la que en todo caso no son extensibles las decisiones

rios. Aunque estos operadores P2P distribuyen el *software* gratuitamente, no lo hacen de forma desinteresada, sino que vinculan el uso del mismo a la recepción por sus usuarios de mensajes publicitarios, por los que los operadores P2P obtienen pingües beneficios⁵. A decir de la Corte Suprema estadounidense, miles de millones de archivos son compartidos cada mes en los sistemas P2P gestionados por *Grokster* y *StreamCast* de los que aproximadamente un 90% son obras protegidas por el Derecho de autor y sin licencia para ser transmitidas.

La actuación de estos operadores P2P provocó que fueran demandados por veintiocho empresas discográficas y productoras cinematográficas —entre otras, *Metro-Goldwyn-Mayer*, *Paramount Pictures* y *Twentieth Century Fox*— por infracción de los derechos de autor. No obstante, la posible condena de *Grokster* y las codemandadas chocaba a primera vista con dos obstáculos. El primero es que las canciones o películas no están almacenadas en los ordenadores de estas empresas, que se limitan a distribuir el *software* que facilita la localización y descarga de los archivos desde el disco duro de sus usuarios. En otras palabras, *Grokster* y *StreamCast* no realizan actos de reproducción, distribución, comunicación al público o cualquier otro bajo el monopolio exclusivo de los titulares de derechos de autor, sino que son sus usuarios los responsables directos de la infracción⁶.

La objeción expuesta en el párrafo anterior puede vencerse a través de la responsabilidad indirecta, que en la jurisprudencia estadounidense se plasma en las figuras del «*contributory*» —inducir o alentar intencionalmente la infracción directa— y «*vicarious infringement*» —abstenerse de ejercer la facultad de controlar la infracción directa, al tiempo que se obtiene un beneficio económico—. No obstante, la aplicación de la responsabilidad indirecta era dudosa debido al segundo obstáculo, a saber, que los operadores P2P descentralizados no cuentan con servidores centrales que realicen la búsqueda de usuarios conectados y archivos disponibles, sino que su *software* hace que esta tarea la desempeñen los ordenadores de los usuarios que en cada momento estén conectados a su red. Esto impide el control de las transmisiones

adoptadas por los Tribunales en este caso, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (United States District Court, N.D. California 2003), April 25, 2003, págs. 4 y 6. *Kazaa B.V.* y su sucesora, *Sharman Networks*, han sido parte en otros dos litigios, uno anterior al caso *Grokster* y frente a la jurisdicción holandesa (*Hoge Raad*, 19 de diciembre de 2003) y otro posterior al fallo de la Corte Suprema estadounidense y frente a los Tribunales australianos (*Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242, 5 de septiembre de 2005). En el primer caso, el operador P2P fue favorecido por la decisión de los Tribunales, a diferencia del segundo en el que se le impuso la obligación de instalar filtros que impidieran o dificultaran el intercambio de archivos protegidos por el Derecho de autor, ver respectivamente GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P)», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, septiembre-diciembre 2004, pág. 34 y la reseña a la sentencia australiana que se publica en el presente volumen.

⁵ Según explica la Corte de Distrito, *StreamCast* tuvo en 2001 unos ingresos de 1.8 millones de dólares, que el año siguiente proyectaba cuadruplicar.

⁶ Naturalmente, los titulares de derechos de autor pueden optar por demandar a los usuarios de los sistemas P2P, como veremos más adelante.

y la identificación de las que efectivamente se llevan a cabo —al contrario de lo que sucede en los sistemas centralizados—. A pesar de ello, ¿es la actuación de las codemandadas ilícita?

2. LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE LA CORTE DE DISTRITO Y DE APELACIÓN

La defensa de las codemandadas aceptó, como resultaba evidente, que su *software* era empleado por los usuarios para infringir derechos de autor. No obstante, alegó que igualmente era utilizado para fines lícitos (p. ej., intercambio de obras con la autorización de sus autores o de material no protegido por el Derecho de autor). En otras palabras, las codemandadas sostenían estar explotando una nueva tecnología apta para desempeñar tanto actos lícitos como ilícitos y en ello fundamentaban su falta de responsabilidad. Este razonamiento empujaba al Tribunal hacia una decisión que debía encontrar el equilibrio entre fomentar la creación de obras originales a través de la protección del Derecho de autor y promover la innovación tecnológica mediante la limitación de la responsabilidad de los productores de nuevas tecnologías⁷.

La Corte Suprema estadounidense se había visto en una disyuntiva similar poco más de veinte años atrás, cuando tuvo que decidir la licitud o no de los aparatos de vídeo doméstico en el caso *Sony*⁸ —también conocido como caso *Betamax*—. Una parte de la industria audiovisual demandó a dicha empresa por producir magnetoscopios que facilitaban reproducciones no autorizadas. En aquella sentencia se interpretó la teoría de la responsabilidad indirecta —en concreto, del «*contributory infringement*»— para aplicarla al caso. Tras largos debates⁹, se consolidó para el Derecho de autor estadounidense una regla que provenía del Derecho de patentes («*staple article of commerce doctrine*» o doctrina de productos de uso corriente) y que ha permanecido inmutable desde entonces: la distribución comercial de un producto capaz de un número considerable de usos lícitos («*capable of substantial noninfringing uses*») no dará lugar a responsabilidad indirecta por los actos ilícitos que con él se cometan, salvo que el distribuidor tenga conocimiento de actos ilícitos concretos y no actúe para evitarlos.

Con base en dicho precedente, tanto la Corte de Distrito como la de Apelación competentes en el caso *Grokster* analizaron si el producto explotado por las codemandadas era capaz de un número considerable de usos lícitos y conclu-

⁷ LICHTMAN D./LANDES W., «Indirect liability for copyright infringement: an economic perspective», *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 16, Number 2, Spring 2003, pág. 401 y otros allí citados.

⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), <<http://laws.findlaw.com/US/464/417.html>>.

⁹ Se ha sabido tiempo después que al principio de las discusiones la mayoría de los miembros del Tribunal era favorable a dictar sentencia condenatoria, aunque finalmente se impuso el fallo exculpatorio por un solo voto de diferencia, GOLDSTEIN, P., *El copyright en la sociedad de la información*, (trad. M. L. LLOBREGAT HURTADO), 1.ª ed. traducida, Alicante, 1999, págs. 138 y ss.

veron que efectivamente era así. A pesar de que se entendió probado que el número de usos ilícitos rondaba el 90%, la Corte de Apelación subrayó que el otro 10% comportaba un volumen de cientos de miles de transmisiones lícitas. Una vez clarificado que la mera distribución del *software* no era de por sí ilícita, ambas instancias estudiaron si las codemandadas eran responsables de no haber impedido las concretas infracciones del Derecho de autor de las que tenían conocimiento. Nuevamente el pronunciamiento fue favorable a los operadores P2P, pues se entendió que el conocimiento de la comisión de actos ilícitos llegaba a estos demasiado tarde para poder evitarlos. Debido a su sistema descentralizado, en el momento en que las transmisiones ilícitas se producen, los ordenadores de las codemandas ya son ajenos a las mismas —ni almacenan obras protegidas por el Derecho de autor, ni controlan los índices que permiten localizar y descargar las obras—. La única posibilidad que tendrían los operadores P2P para impedir o restringir las infracciones sería alterar el *software* instalado en los ordenadores de los usuarios, pero esto no es a decir de ambas instancias jurídicamente exigible¹⁰ ni técnicamente posible sin la colaboración de los propios usuarios.

Las dos Cortes de instancia también se plantearon la posibilidad de que las codemandadas fuesen responsables de acuerdo con la teoría del «*vicarious infringement*», que requiere la presencia de tres elementos: la infracción directa —en nuestro caso, realizada por los usuarios—; un beneficio económico derivado de la misma; y el derecho y capacidad de controlar a los infractores. La presencia de los dos primeros elementos parece evidente y así lo consideraron las Cortes de instancia. Por el contrario, no se apreció la existencia del tercer elemento y, en consecuencia, el fallo fue desestimatorio. Ambas Cortes argumentaron que en los sistemas P2P descentralizados, después de distribuido el *software*, sus operadores pierden la capacidad de control. Incluso en la hipótesis de que desactivasen todos sus ordenadores, en los que ponen a disposición del público el *software*, los usuarios de la red P2P continuarían intercambiando archivos.

3. LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LA CORTE SUPREMA

La decisión de la Corte Suprema estadounidense era esperada con impaciencia y curiosidad. En concreto, la expectación era máxima en torno al modo en el que el máximo Tribunal (re)interpretaría la sentencia del caso

¹⁰ En otras palabras, no existe una obligación de fabricar el producto de tal forma que permita el control de las infracciones al Derecho de autor —principio que rememora la «inexistencia de obligación general de supervisión» de los prestadores de servicios intermediarios del art. 15 Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico—, sino que una vez puesto el producto en el mercado debe analizarse si supera los tests de responsabilidad indirecta. Este enfoque es compartido en buena medida por la Corte Suprema, que admite que «un Tribunal no podría apreciar responsabilidad indirecta por el mero hecho de que se observase una falta de actuación para prevenir la infracción, si el dispositivo fuese capaz de realizar un número sustancial de usos lícitos. Una declaración en tal sentido pondría en peligro el puerto seguro establecido en el caso *Sony*», *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* (04-480), 545 U.S. ___ (2005), pág. 22, nota al pie núm. 12.

*Sony*¹¹. No obstante, cuando el 27 de junio de 2005 la Corte Suprema emitió su fallo, evitó entrar en el análisis de lo que suponía ser capaz de un «número considerable de usos lícitos» y lo aplazó para mejor ocasión —«*for a day when that may be required*»—¹².

La Corte Suprema estadounidense casó la sentencia de instancia porque de acuerdo con el parecer unánime de los nueve miembros del Tribunal, ésta había extraído conclusiones erróneas del caso *Sony*. Los tribunales de instancia del caso *Grokster* consideraron que cuando un producto contaba con un número considerable de usos lícitos, su fabricante no podría incurrir en modo alguno en responsabilidad indirecta por «*contributory infringement*», con la única excepción de que éste tuviese conocimiento de actos ilícitos concretos y no actuase para evitarlos. A decir de la Corte Suprema, esta lectura era restrictiva en exceso porque impediría apreciar responsabilidad indirecta con base en otras teorías, por ejemplo, en el caso de que se pudiese probar por cualquier otro medio que el fabricante tenía el propósito de provocar infracciones al Derecho de autor.

Tras realizar esta aclaración, la Corte Suprema subrayó que la responsabilidad por «*contributory infringement*» debe abarcar cualquier acto que contribuya intencionalmente a inducir o alentar infracciones directas, es decir, será responsable de los actos cometidos por terceros todo aquel que distribuya un producto con la finalidad de promover su uso para infringir el Derecho de autor. Esta responsabilidad por inducción a cometer actos ilícitos fue apreciada por el Tribunal en el caso *Grokster* a raíz de los tres hechos siguientes:

- En primer lugar, la voluntad manifiesta de los operadores P2P codemandados de ocupar el vacío que *Napster*, el sistema P2P centralizado obligado a

¹¹ Varias voces reclamaban elevar el listón por encima del «*capable of substantial noninfringing uses*», es decir, realizar una interpretación más estricta de la regla establecida en el caso *Sony*. Así los demandantes en su solicitud de casación frente a la Corte Suprema defendían que debería apreciarse responsabilidad si «*the primary or principal use of a product or service is infringing*», *Brief for Motion Picture Studio and Recording Company Petitioners*, pág. 31 <<http://www.copyright.gov/docs/mgm/mprs.pdf>>; en el mismo sentido se afirmó que «*[i]f the defendant's product is overwhelmingly used for infringing purposes, and the viability of the defendant's business depends on the revenue and consumer interest generated by such infringement, such evidence alone suffices to support liability under Sony*», *Amicus Curiae Brief of the United States Solicitor General's Office in support of petitioners*, pág. 5 <<http://www.copyright.gov/docs/mgm/mgm-grokster-brf-04-480.pdf>>; y, finalmente, se sugirió que resultaba razonable abogar por la existencia de responsabilidad indirecta si el demandado podría eliminar o reducir sustancialmente el número de infracciones sin disminuir significativamente la cantidad o calidad de usos lícitos, LICHTMAN D./LANDES W., «*Indirect liability for copyright infringement: an economic perspective*», *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 16, Number 2, Spring 2003, pág. 398. En contra de lo anterior se ha sostenido que el estándar fijado en el caso *Sony* debe ser mantenido por varias razones, a saber, porque elevarlo pondría en peligro avances tecnológicos valiosos para la sociedad, porque la existencia de diversos modelos de negocio en el ámbito digital reduce o elimina la necesidad de cambiar el estándar, y por último porque existen otras soluciones (p. ej., la introducción de procedimientos sumarios para resolver las infracciones, o de una remuneración compensatoria sobre las redes P2P) menos nocivos que un cambio del estándar, *Amicus Curiae Brief of Law Professors Fisher, Zittrain, and Palfrey in support of respondents*, págs. 3 y ss. <<http://www.copyright.gov/docs/mgm/fisher-law-profs.pdf>>.

¹² *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* (04-480), 545 U.S. ____ (2005), pág. 17.

cerrar sus puertas, estaba a punto de dejar en el mercado. Esto quedó demostrado por la existencia de múltiples correos internos que abundaban en este objetivo, por la utilización por ambas empresas de *software* encaminado a captar antiguos usuarios de *Napster*, por la adopción de medidas para que fuesen dirigidos a sus páginas aquellos que introdujesen el concepto «*Napster*» en cualquier buscador; e, incluso, por la similitud entre el nombre de una de las codemandadas, *Grokster*, y *Napster*.

- En segundo lugar, la ausencia total de iniciativas para desarrollar filtros u otros mecanismos que disminuyesen el número de transmisiones de obras protegidas por el Derecho de autor. *StreamCast* rechazó la oferta de otra compañía para controlar las infracciones y llegó a bloquear a otras entidades en la creencia de que estaban intentando dicho control.
- En tercer lugar, el interés en que crezca sea como sea su número de usuarios, pues esto permite a ambas empresas obtener mayores beneficios en concepto de publicidad. Y, como declara con sorna el Tribunal, los usuarios están más interesados en la lista de éxitos musicales que en el «Decamerón» o en las obras de Shakespeare.

Si bien la propia Corte Suprema reconoció que cada uno de estos elementos individualmente considerado podría resultar insuficiente para determinar la existencia de responsabilidad en el caso enjuiciado, la suma de todos ellos le llevaron a apreciar que las codemandadas indujeron a cometer infracciones de los derechos de autor y, en consecuencia, eran responsables¹³. Con base en lo anterior, devolvió los autos a la Corte de Apelación, a fin de que se dictase una nueva resolución conforme con las consideraciones realizadas, que en el momento de redacción de estas líneas todavía no ha recaído.

4. LOS DOS VOTOS PARTICULARES

El fallo estimatorio satisfizo a buen seguro a los titulares de derechos. Sin embargo, probablemente, esta satisfacción no fue completa. Como he avanzado, la Corte Suprema evitó pronunciarse sobre la doctrina sentada por ella misma en el caso *Sony*. Esto provoca que si en el futuro no resulta posible probar que un operador P2P es responsable por inducir a la infracción, deberá volverse a discutir cuál es el significado de que un producto —en nuestro caso, el *software* P2P— es capaz de un «número considerable de usos lícitos». La delimitación de esta fórmula indeterminada entraña algunas dificultades, por ejemplo, ¿debe atenderse al número total de usos lícitos o debe valorarse el porcentaje de usos lícitos frente al de usos ilícitos? y ¿deben tomarse en consideración los usos lícitos potenciales o futuros?

¹³ La apreciación de responsabilidad con base en la teoría del «*contributory infringement*» hizo innecesario el análisis del «*vicarious infringement*», como indica la propia Corte Suprema, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* (04-480), 545 U.S. ___ (2005), pág. 13, nota al pie núm. 9.

Un voto particular a la sentencia de la Corte Suprema sobre el caso *Grokster*, redactado por la Jueza Ginsburg y respaldado por otros dos magistrados, manifestó que el número de ficheros lícitos presentes en los sistemas P2P de las codemandadas era meramente anecdótico (p. ej., la Biblia, los discursos del Presidente Bush o las películas que algún autor desconocido permitía distribuir libremente). Además, estos magistrados subrayaron que si bien el número total de usos lícitos podía ser elevado, ello no obstaba a que el porcentaje de usos ilícitos fuese infinitamente superior. De acuerdo con todo ello, el producto explotado por las codemandadas no alcanzaba un número considerable de usos lícitos y las empresas que lo explotaban deberían responder incluso en la hipótesis de que no hubiesen inducido a cometer infracciones directas.

No obstante, un segundo voto particular, cuyo ponente es el Juez Breyer y que firmaron otros dos magistrados¹⁴, mantuvo la posición contraria¹⁵. En éste se sostuvo, por una parte, que un 10% de usos lícitos —el admitido por las demandantes— sí satisfaría el número considerable de usos lícitos exigidos en el caso *Sony*; y, por otra, que también debían valorarse los posibles usos futuros del producto, es decir, si era de esperar un aumento de sus usos lícitos, como a decir de estos magistrados sucedía con *Grokster* y *StreamCast*. En definitiva, este segundo voto particular refrendaba la opinión de la Corte Suprema en cuanto a la existencia de responsabilidad indirecta por inducir a cometer infracciones, pero disintía al igual que las Cortes de instancia del primer voto particular respecto a la exigencia de responsabilidad a las codeemandadas por distribuir un producto carente de un número considerable de usos lícitos.

Asimismo, el segundo voto particular analizó la necesidad o no de interpretar de forma más estricta la regla establecida en el caso *Sony* —recordemos, la explotación de productos que sirven para infringir derechos de autor no deriva necesariamente en responsabilidad, cuando dichos productos sean capaces de un número considerable de usos lícitos—. Así, los magistrados firman-

¹⁴ Desde que se dictó sentencia en el caso *Grokster* dos miembros de la Corte Suprema han causado baja: el Presidente Rehnquist falleció en septiembre y la Jueza O'Connor ha presentado su renuncia, estando pendiente de ser sustituida en el momento de redacción de este comentario. Rehnquist firmó el voto particular en el que se sostenía la ausencia de un número sustancial de usos lícitos en *Grokster*, mientras que O'Connor era firmante del voto particular que defendía lo contrario. En consecuencia, la disputa continúa en tablas.

¹⁵ BREYER ya se había mostrado crítico con la supremacía a ultranza del Derecho de autor en su época de Profesor universitario —incluso con anterioridad al caso *Sony*—. En este sentido realizaba afirmaciones tan actuales como que el Derecho de autor puede conducir a precios superiores a los necesarios para asegurar la producción, puede imponer elevados costes de transacción y puede ayudar a una empresa o grupo de empresas a limitar la competencia en el ámbito de una determinada industria. Uno, continuaba diciendo BREYER, debe conocer los hechos relativos a una industria concreta antes de poder valorar los costes y beneficios asociados a la protección del Derecho de autor, BREYER, S., «The uneasy case for Copyright: a study of copyright in books, photocopies, and computer programs», *Harvard Law Review*, Volume 84, December 1970, Number 2, pág. 351. Por ello, no sorprende que en su voto particular afirme con contundencia que la regla del caso *Sony* ha logrado proteger a los empresarios, en su labor de introducir nuevas y valiosas tecnologías en el mercado, frente a la responsabilidad por infracción de derechos de autor.

tes de este voto particular realizaron las tres reflexiones siguientes: en primer lugar, la interpretación no estricta de la regla *Sony* ha contribuido al desarrollo tecnológico; en segundo lugar, una interpretación más estricta dificultaría a los promotores de nuevas tecnologías alcanzar el número mínimo de usos lícitos y, por tanto, la exoneración de responsabilidad; y, por último, resulta cuando menos dudoso que los posibles beneficios que una interpretación más estricta tendría para los titulares de derechos de autor compensasen los perjuicios en la producción y desarrollo de nuevas tecnologías. Por todo ello, en el segundo voto particular se defendió que la interpretación de la regla *Sony* continuase siendo laxa.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La primera enseñanza del caso *Grokster* es que los sistemas P2P en sí mismos, centralizados o descentralizados, entran dentro de la legalidad. En este extremo coinciden incluso los tres magistrados más próximos a los intereses de los titulares de derechos de autor que firmaron el primer voto particular. Esto no debe hacer olvidar que son utilizados para infringir derechos de autor. ¿Cuáles son las reacciones posibles frente a estas ilicitudes?

A corto plazo las tres vías principales de actuación que se abren a los titulares de derechos son las demandas: frente a los usuarios; frente a los prestadores de servicios intermediarios (p. ej., prestadores que realizan copias temporales —«caching»—, servicios de alojamiento...); o frente a las empresas que, como las codemandadas, explotan sistemas P2P. Los usuarios de las redes P2P que ponen a disposición del público obras protegidas por el derecho de autor están vulnerando el derecho de comunicación pública y las demandas que se presenten frente a los mismos serán estimadas sin excepción¹⁶. No obstante, esta alternativa resulta ciertamente laboriosa, pues los infractores se cuentan por millones y están distribuidos por todo el planeta¹⁷. En cualquier caso, tanto en Estados Unidos como en países de nuestro entorno (p. ej., Francia, Alemania...) se han interpuesto demandas de este tipo por sus efectos disuasivos.

La segunda posibilidad es reclamar a los prestadores de servicios intermediarios que intervienen en la transmisión que impidan la misma o, en su defecto, que respondan por no hacerlo¹⁸. En la práctica no se han producido reclama-

¹⁶ La cuestión es más controvertida cuando hablamos de meras reproducciones o de procesos en la vía penal, aunque en estos supuestos parece que existen argumentos bastantes para sostener la ausencia de responsabilidad de los usuarios, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes «peer to peer» (P2P)», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 18, septiembre-diciembre 2004, págs. 51 y ss; APARICIO VAQUERO, J. P., «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del Derecho vigente», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, en prensa.

¹⁷ Sobre la problemática de lograr la eficacia de las decisiones en el extranjero, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado en Internet*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2002, págs. 318 y ss.

¹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/

ciones frente a los intermediarios que realizan copia temporal de los datos o servicios de alojamiento. Probablemente esto se debe a motivos técnicos y jurídicos. En cuanto a los primeros, en el caso de las copias temporales no es técnicamente posible predecir en que ordenador se almacenarán y una vez sucedido esto ya es demasiado tarde para evitar la transmisión; y en el caso de los servidores de alojamiento frecuentemente estarán instalados en países extranjeros, sobre los que es más difícil la obtención y ejecución de las sentencias. En lo jurídico, es necesario que un órgano competente declare la ilicitud de los datos antes de proceder contra los prestadores (arts. 15 y 16 LSSI), lo que impone la necesidad de obtener previamente una resolución favorable contra los usuarios u operadores P2P. Por el contrario, tiene una gran relevancia práctica el papel de los prestadores de servicios de acceso, pues son estos los que poseen la información para identificar a los usuarios supuestamente infractores. No obstante, resulta dudoso que los Tribunales españoles vayan a obligar a los proveedores de acceso a revelar esta información cuando sean instados a ello, máxime cuando los intereses en juego sean la intimidad de los usuarios y un mero ilícito civil¹⁹. Sin la identidad de los usuarios, los titulares de derechos no podrían perseguir la actuación ilícita de los mismos frente a los Tribunales²⁰.

La tercera alternativa con la que cuentan hoy en día los agraviados es demandar a los operadores P2P que, como los protagonistas del caso estudiado, busquen enriquecerse favoreciendo la comisión de actos contrarios al Derecho de autor. Esta vía presenta igualmente dificultades, pues el Derecho de autor, tanto español como extranjero, no está construido para perseguir a los infractores indirectos y esto obliga a acudir a teorías complejas apenas sometidas a la jurisprudencia hasta la fecha. Hemos visto que el Tribunal estadounidense requirió la presencia cumulativa de tres requisitos para apreciar responsabilidad por inducir a la infracción directa. En mi opinión, en nuestro país la acción contra los operadores P2P podría articularse a través de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto²¹. Este último

2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 16, enero-abril 2004, págs. 75 y ss.

¹⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes «peer to peer» (P2P)», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, septiembre-diciembre 2004, págs. 59 y ss.

²⁰ Una Corte de apelación estadounidense rechazó la petición de los titulares de derechos a que los proveedores de acceso revelasen la identidad de aquellos de sus clientes cuya conducta era supuestamente ilícita, *Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, 351 F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003), December 19, 2003 <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/dc/037015a.pdf>>; y la Corte Suprema no admitió a trámite los recursos de casación frente a dicha sentencia, *Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, certiorari denied*, 125 S. Ct. 309 (October 12, 2004) y *Verizon Internet Services, Inc. v. Recording Industry Association of America, Inc., certiorari denied* 125 S. Ct. 347 (October 12, 2004). No obstante, esto no impide en Estados Unidos la persecución de los usuarios ante los Tribunales, pues en dicho país existe la posibilidad de presentar demandas frente a John y Jane Doe, es decir, frente a personas cuya identidad se desconoce o se oculta.

²¹ He tenido ocasión de estudiar con algún detalle esta cuestión en, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes «peer to peer» (P2P)», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, septiembre-diciembre 2004, págs. 39 y ss.

no requiere siquiera que el causante actúe negligentemente, sino que es suficiente la presencia de los siguientes requisitos: enriquecimiento del demandado; empobrecimiento del demandante; relación de causalidad entre ambos; y falta de una causa del desplazamiento patrimonial.

A medio o largo plazo el futuro es más incierto. Las demandas contra usuarios y operadores P2P probablemente contendrán el problema, pero no lo resolverán. Por ello, debe recurrirse a otras soluciones de tipo social, económico, tecnológico y legislativo. En primer lugar, deben adoptarse medidas de sensibilización²², que abunden en la idea de que la producción cultural se resiente si desaparecen los incentivos para los creadores. Como explicaba una campaña del ejecutivo alemán, «las copias precisan de originales»²³.

En segundo lugar, los modelos para explotar las obras deben renovarse. Uno de los motivos que impulsan a los usuarios a acudir a las redes P2P es que el mercado les obliga a adquirir un CD de 18 euros cuando ellos están interesados en una sola canción. Si el acceso legal a las obras fuese fácil y su precio razonable, probablemente resultaría más atractivo que la descarga de archivos ilícitos con el riesgo de que tras una larga espera la canción esté incompleta o el ordenador se infecte con un virus o se acabe ante los Tribunales...

En tercer lugar, las medidas tecnológicas de protección de las obras deben continuar perfeccionándose. Seguramente éstas nunca serán efectivas al 100%, pero sí controlarán la actuación del usuario medio²⁴ o, como se ha dicho en alguna ocasión, ayudarán a las personas honradas a continuar siendo honradas.

En cuarto lugar, el poder legislativo tiene ante sí un abanico de posibilidades, algunas más cercanas y fáciles de implementar que otras, para adaptar el Derecho de autor al nuevo entorno. Una primera medida, ciertamente plausible, es la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección — de lo contrario su elusión sería lícita—, que se introducirá en España con la transposición de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información (art. 160 del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real

²² Ver el Plan Integral para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, Consejo de Ministros, 8 de abril de 2005, <http://www.mcu.es/gabipren/notas/2005/abril/cul_08_piratas.pdf>. Ver también APARICIO VAQUERO, J. P., «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del Derecho vigente», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, en prensa.

²³ <<http://www.kopien-brauchen-originaire.de>>.

²⁴ Esta idea preside la reciente sentencia australiana en el caso *Kazaa*, en la que, como condición para poder seguir explotando sus sistemas, se obliga a los operadores P2P a rediseñar su *software* de tal forma que permita la instalación de filtros, *Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242, 5 de septiembre de 2005, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2005/1242.html>. No obstante, resulta cuando menos dudoso hasta qué punto puede un Tribunal imponer que el desarrollo de una nueva tecnología se haga depender de los intereses de control de los autores, ver nota al pie núm. 10.

Decreto Legislativo 1/19996, de 12 de abril)²⁵. Otra vía de aumentar la eficacia de la protección será la posibilidad de solicitar cautelarmente «[l]a suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual» (art. 141.6 del Proyecto de Ley por el que se modifica el TRLPI). Asimismo, se ha planteado la introducción de un tercer criterio para fijar la indemnización al titular de derechos perjudicado —alternativo al beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, y a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación (art. 140 TRLPI)—, a saber, «los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita» (art. 140.2 c) del Anteproyecto de Ley por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales complementarias para la aplicación de diversos Reglamentos comunitarios)²⁶. Si este criterio fuese aplicable a las infracciones indirectas cometidas por los operadores P2P, contribuiría de forma notable a facilitar la determinación de la cuantía de la indemnización.

Otras medidas posibles resultan más problemáticas y no parece que vayan a ser adoptadas en un futuro cercano. Por una parte, podría obligarse a los fabricantes de productos aptos para la audición o visualización de obras (p. ej., ordenadores, reproductores DVD...), a que implementasen mecanismos que únicamente permitiesen la reproducción de obras licenciadas, como ya hacen algunas consolas de videojuegos. Naturalmente, esto llevaría a unos productos más caros y con menos prestaciones, por lo que debe esperarse la oposición de la industria tecnológica y de los usuarios, y requeriría de un arduo período de transición. Por otra parte, el legislador podría asumir las infracciones que se cometen como un mal inevitable y compensarlas con un canon análogo al previsto para la copia privada, que en este caso debería recaer sobre los fabricantes de ordenadores y proveedores de acceso²⁷. Téngase en cuenta que del mismo modo que los fabricantes de aparatos y materiales que permiten realizar copias aumentan las ventas de sus productos debido a la reproducción de obras protegidas y pagan un canon por ello, los proveedores de acceso hacen su servicio más atractivo con las transmisiones de material protegido en la Red. En todo caso, hasta la fecha el legislador se mantiene a la expectativa y deja que sean los actores del mercado los que lleguen a soluciones de compromiso, como los acuerdos ASIMELEC en nuestro país.

²⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 44-1, de 26 de agosto de 2005.

²⁶ <http://www.aladda.org/docs/Anteproyecto_Antipirateria.pdf>.

²⁷ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, septiembre-diciembre 2004, pág. 54; NETANEL, W. N., «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing», *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 17, Number 1, Fall 2003, págs. 35 y ss. Véase también la propuesta de algunas entidades de gestión francesas, mayo de 2005, <<http://www.spedidam.fr/actu/pdf/PetitionP2P.pdf>>.