LA LUCHA DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR CONTRA LAS REDES «PEER TO PEER» (P2P)*

por José Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA

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. TITULARES DE DERECHOS VERSUS OPERADORES P2P. 1. PLANTEAMIENTO. 2. SISTEMAS CENTRALIZADOS (NAPSTER). 3. SISTEMAS DESCENTRALIZADOS (KAZAA, EMULE...). 4. SISTEMAS A TRAVÉS DE ENLACES (BITTORRENT). 5. DERECHO ESPAÑOL. *i) La responsabilidad extracontractual. ii) La acción de enriquecimiento injusto. iii) El régimen de exoneración de responsabilidad de la LSSI. iv) Las futuras reformas de la LPI.* III. TITULARES DE DERECHOS VERSUS USUARIOS. 1. PLANTEAMIENTO. 2. TRATAMIENTO CIVIL. *i) Reproducción. ii) Comunicación pública.* 3. TRATAMIENTO PENAL. 4. IDENTIFICACIÓN DEL USUARIO: EL PAPEL DE LOS PROVEEDORES DE ACCESO. IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el momento en que empiezo a escribir estas líneas hay alrededor de 8.000.000 de personas¹ distribuidas por todo el globo que están haciendo uso de sistemas «peer to peer» —más conocidos por su acrónimo, P2P— y, de esta forma, comparten datos con un tamaño superior a los 10.000.000 GB (10 Petabytes)². Si a este hecho le añadimos que una abrumadora mayoría de los

* Este artículo es el reflejo (actualizado) en papel de la Ponencia que impartí en el Seminario «La obra audiovisual: creación, producción y explotación», dirigido por el Prof. Dr. Juan José MARÍN LÓPEZ, en la sede de la UIMP de Santander, y bajo el patrocinio de EGEDA, durante los días 9 a 13 de agosto de 2004.

¹ Esta es la cifra de usuarios conectados a redes «peer to peer» a cualquier hora del día según el informe «The true picture of Peer-to-Peer Filesharing», julio 2004, realizado por la empresa británica CacheLogic <www.cachelogic.com> a partir de datos recogidos entre enero y junio de 2004. En España, el número de personas que utilizaron programas «peer to peer» desde sus hogares fue de 2.159.427 durante el mes de marzo de 2004 y de 2.002.938 en junio de 2004, de acuerdo, respectivamente, con el primer y segundo informes del «Estudio de los usos de Internet en los hogares españoles», Entidad Pública Empresarial Red.es <www.red.es>. No obstante, las cifras en nuestro país probablemente son mayores debido, por una parte, a que estos dos informes únicamente contemplan el acceso a Internet en los hogares, pero no en los lugares de trabajo, centros de enseñanza, puntos de acceso público...; y, por otra, a que solamente se han incluido los datos de las dos aplicaciones «peer to peer» más utilizadas, cuando actualmente se está produciendo una migración a una nueva aplicación —BitTorrent—, lo que explicaría el supuesto descenso de usuarios entre marzo y junio de 2004 que reflejan los informes.

² «The true picture of Peer-to-Peer Filesharing», julio 2004, CacheLogic. En otras palabras, en la hipótesis de que toda esta información consistiese en canciones de un tamaño medio de 3,41 MB, los usuarios de redes P2P tendrían a su disposición una fantástica tienda *on-line*, abierta las 24 horas y gratuita, de tres mil millones de obras sonoras —aunque repetidas muchas de ellas—; y si los archivos fuesen exclusivamente películas de un tamaño medio de 682 MB, la oferta consistiría en quince millones de obras audiovisuales.

archivos que se ponen en circulación en las redes P2P son obras protegidas por el Derecho de autor³, no debe extrañar ni la preocupación de los titulares de derechos de autor ni el interés doctrinal que ha despertado la materia⁴. No obstante, antes de abordar la problemática jurídica que presentan los sistemas P2P, resulta interesante explicar de forma breve su nacimiento y principales características técnicas.

Desde la eclosión de Internet⁵ entre el gran público —aproximadamente, en 1995—, la forma en que los usuarios accedían a la información era la navegación por la Red⁶. Ésta se posibilita mediante la estructuración de los ordenadores que están conectados a Internet en dos grupos: por una parte, los servidores, que tienen almacenada la información; y, por otra, los clientes (u ordenadores de los usuarios), que acceden a la información almacenada en los servidores. En este escenario, en el que los intereses de los titulares de derechos de autor parecían garantizados si se tenía el control de los ordenadores-

³ En una encuesta realizada por la empresa *Jupiter Research* <www.jupiterresearch.com> en septiembre de 2004 sobre una muestra de 3.812 cibernautas de seis países europeos, el 15% de los encuestados respondieron que utilizaban las redes P2P para descargar música un mínimo de una vez al mes y el 7% contestó que lo hacía para descargar películas con idéntica periodicidad. De acuerdo con otro estudio de la misma empresa de mayo de 2004, en Estados Unidos el 10,40% de los internautas utiliza las redes P2P para intercambiar obras protegidas por el Derecho de autor (p. ej., canciones, películas, fotos...). En España, los porcentajes son incluso mayores. En la primera encuesta citada, un 28% de los internautas españoles respondió que utilizaba las redes P2P para descargar música una vez al mes o con mayor frecuencia y un 18% que lo hacía para bajar películas con la misma habitualidad. Mientras que según el último informe encargado por la SGAE al Centro de Investigación del Mercado Cultural (CIMEC), durante el año 2003 el volumen de obras descargadas en España a través de Internet —principalmente haciendo usos de sistemas P2P— alcanzó los doscientos millones de obras musicales y los veinte millones de obras audiovisuales, «Informe de Gestión y de Actividades SGAE 2003».

⁴ Sin ir más lejos, en el n.º: 16 de esta misma publicación, enero-abril 2004, se publicaron dos artículos referidos íntegra o parcialmente a los sistemas P2P, en concreto, CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», en especial, págs. 45 a 54; y 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 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», págs. 55 y ss. Entre la doctrina extranjera podemos destacar las siguientes contribuciones: GINSBURG, J. C., «News from the US - Developments in U.S. Copyright since the Digital Millennium Copyright Act (Part I)», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º: 196, abril 2003, págs. 127 y ss.; GINSBURG, J. C., «News from the US - Developments in U.S. Copyright since the Digital Millennium Copyright Act (Part II)», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º: 197, julio 2003, págs. 77 y ss.; STRICKLAND, L. S., «Copyright's Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? - Part I: The Battle over File Sharing», *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, octubre-noviembre 2003, págs. 7 y ss.; y NORDEMANN, J. B./DUSTMANN, A., «To Peer Or Not To Peer - Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internet-Piraterie», *Computer und Recht*, n.º: 5, 2004, págs. 380 y ss.

⁵ «Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación», Diccionario de la Real Academia Española, avance de la 23.ª ed.

⁶ Naturalmente, Internet ofrece otros servicios, como el acceso remoto a otras máquinas (p. ej., *Telnet*), la transferencia de archivos (p. ej., *FTP*), el correo electrónico (e-mail), los boletines electrónicos, las conversaciones en línea («chat»), la mensajería instantánea (p. ej., ICQ)... <<http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>>.

servidores, se produjeron las grandes reformas de la legislación supranacional sobre propiedad intelectual⁷.

A finales del año 1999 aparecieron en escena los sistemas P2P. El primero de ellos fue un programa llamado *Napster*, que irrumpió en la Red de forma desbordante, ganando un millón de usuarios mensualmente hasta alcanzar los 13.6 millones en febrero de 2001⁸. La gran aportación de este *software* consistió en convertir a los clientes (usuarios) en servidores. En otras palabras, en una red P2P cada ordenador es simultáneamente servidor y cliente, es decir, todos los usuarios que instalan una aplicación P2P en sus ordenadores tienen acceso a las carpetas compartidas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado la misma aplicación. De esta forma, pueden realizar búsquedas en dichas carpetas ajenas y descargar desde ellas archivos. Es decir, frente al modelo anterior, en el que los datos fluían en una sola dirección (servidor-cliente), con el *software* P2P los datos se intercambian entre los propios usuarios (cliente-cliente). Por ello, se habla de programas de intercambio⁹ de archivos («file sharing») entre pares, de «igual a igual» («peer to peer») o, incluso, de «amigo a amigo». Esta innovación tecnológica no entraba dentro de los planes del legislador ni, mucho menos, de los titulares de derechos de autor¹⁰, que como veremos comenzaron de inmediato una dura lucha ante los Tribunales para acabar o, cuando menos, poner coto a los sistemas P2P.

Los programas P2P posteriores a *Napster*, como *Kazaa* o *eMule*, han introducido dos importantes novedades. En primer lugar, *Napster* está limitado al intercambio de canciones, pues solamente permite localizar y descargar archivos *mp3*, que es un formato de compresión del sonido; mientras que los programas que le han sucedido son igualmente aptos para transmitir otro tipo de archivos¹¹. En segundo lugar, *Napster* cuenta con un sistema de búsqueda centralizado, mientras que en los programas P2P ulteriores dicho sistema está descentralizado. En el sistema centralizado la búsqueda se canaliza a través de unos pocos ordenadores centrales, dónde se almacena y actualiza continuamente la información sobre los ordenadores-usuarios que están conectados en cada momento a la red P2P y los archivos que comparten; mientras que en el sistema descentralizado la búsqueda se dirige a los ordenadores de otros usua-

⁷ Así, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la OMC, 1995; los Tratados de la OMPI sobre Derecho de autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996; e, incluso, puede ubicarse aquí, la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167 de 22.6.2001, p. 10) —en adelante, DDASI—, pues aunque se aprobó en 2001, su propuesta y debate se realizaron en buena medida de espaldas a los sistemas P2P, que no aparecieron hasta el fin de 1999.

⁸ <<http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>>.

⁹ Naturalmente no significa que cuando los usuarios descargan una canción procedente del ordenador de otro usuario, este último pierda su copia, sino que al utilizar el concepto «intercambio» se subraya el hecho de que la transmisión de archivos es o puede ser bidireccional.

¹⁰ GINSBURG, J. C., «News from the US - Developments... (Part I)», *op. cit.*, pág. 159.

¹¹ Principalmente, de texto (p. ej., *.doc*, *.txt*...), imágenes (*.jpg*, *.bmp*...), sonoros (p. ej., *.wav*...) y audiovisuales (p. ej., *.mpg*, *.avi*, *.mov*...).

rios¹², que a su vez la reenvían al de más usuarios y así sucesivamente, en progresión geométrica, hasta dar con el archivo buscado¹³. El sistema centralizado parece más sencillo de explotar económicamente, pero precisamente esta mayor facilidad de control supuso su talón de Aquiles en los Tribunales, como veremos.

Una vez dadas estas premisas técnicas podemos entrar en el estudio de las principales cuestiones jurídicas que el fenómeno de las redes P2P ha generado. Para hacerlo, seguiré el orden cronológico de las acciones emprendidas por los titulares de derechos con el fin de frenar la difusión de material protegido por el Derecho de autor en las redes P2P. En síntesis, las dos grandes batallas que han lidiado los titulares de derechos contra las redes P2P, que constituirán respectivamente los epígrafes segundo y tercero de este trabajo, son: las demandas contra los operadores P2P —centralizados y descentralizados—¹⁴; y las demandas frente a los usuarios de redes P2P, con el propósito de vaciar las redes de contenidos —respecto a estas últimas demandas adquieren una importancia vital las reclamaciones frente a los proveedores de acceso (p. ej., *Telefónica, Ono...*) para que identifiquen a aquellos de sus clientes que hacen uso de redes P2P—. Finalmente, en el cuarto epígrafe, expondré las perspectivas de desarrollo futuro.

II. TITULARES DE DERECHOS VERSUS OPERADORES P2P

1. PLANTEAMIENTO

Los titulares de derechos de autor hace mucho tiempo que disponen de la tecnología para explotar sus creaciones en Internet; sin embargo son reacios a lanzar sus productos en este mercado, pues carecen de las medidas tecnológicas necesarias para garantizar que no serán copiados y distribuidos de forma

¹² Frente a la unidad de los sistemas centralizados (primera generación), entre los sistemas descentralizados es posible establecer una subdivisión, aunque desde mi punto de vista es poco relevante a efectos jurídicos. Algunos sistemas descentralizados (segunda generación) dirigen la búsqueda indistintamente a cualquier ordenador que esté conectado a la red, por lo que si estos ordenadores intermedios (nodos) no transmiten la solicitud de información con rapidez, se producen cuellos de botella, que ralentizan el proceso. Otros sistemas descentralizados (tercera generación) seleccionan entre los ordenadores de los usuarios los ordenadores más potentes (Supernodos o «Ultrapereers») y les otorgan la función de ordenador central encargado de efectuar las búsquedas. Este último sistema tiene la misma eficiencia que los sistemas centralizados, pero su estructura es la de un sistema descentralizado, pues los Supernodos no son fijos ni están bajo control, sino que se eligen en cada momento de forma automática y son ordenadores de usuarios, que incluso es probable que desconozcan que están prestando este servicio a la red P2P.

¹³ Ver también GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, págs. 59 y 60.

¹⁴ En este artículo utilizaré la expresión «operadores P2P» en referencia a aquellas empresas que distribuyen *software* P2P e intentan sacar un provecho económico de esta actividad (ver notas al pie 18 y 37).

incontrolada¹⁵. Por ello, el primer objetivo de los titulares de derechos fueron los propios responsables del *software* —básicamente los explotadores del mismo—¹⁶, ya que «muerto el perro, muerta la rabia». Los dos procesos con mayor repercusión se han entablado en Estados Unidos, en primer lugar, frente a un sistema centralizado (caso *Napster*) y, posteriormente, contra varios sistemas P2P descentralizados (caso *Grokster*). Como la fundamentación jurídica y el sentido del fallo en estos casos fueron divergentes, los veremos por separado.

2. SISTEMAS CENTRALIZADOS (NAPSTER)¹⁷

Un total de dieciocho empresas discográficas —entre ellas, *A&M Records*, *Sony*, *Universal*, *Polygram* y *Warner Bros*— solicitaron ante los Tribunales no solo una indemnización, sino que se impusiese a *Napster*¹⁸ la obligación de cesar en su actividad de promover o colaborar con otros en la reproducción, descarga («downloading»), carga («uploading»), transmisión o distribución de obras musicales protegidas por el Derecho de autor sin el consentimiento de los titulares de derechos. El procedimiento no llegó a su fin, pues *Napster*, que había sufrido numerosas pérdidas fruto del devenir del proceso, fue adquirida por una de las empresas demandantes y ha pasado a ser un servicio de pago y bajo demanda, que solamente permite la descarga de obras licenciadas¹⁹. En todo caso, los dos autos en los que se decidió sobre la adopción de medidas cautelares son del máximo interés²⁰.

¹⁵ Como subraya XALABARDER, «¡Internet es la máquina de copiar más grande y perfecta del mundo!», XALABARDER PLANTADA, R., «Capítulo IV: Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millenium Copyright Act», en MORALES, F./MORALES, O. (coords.), *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Navarra, 2002, pág. 120.

¹⁶ Hasta dónde llega mi conocimiento, el único país en el que se ha perseguido al creador de un programa P2P —llamado *Winny*— es Japón <<http://en.wikipedia.org/wiki/Winny>>.

¹⁷ 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)*, n.º: 6, septiembre-diciembre 2000, págs. 65 y ss.

¹⁸ En lo sucesivo, utilizaré el término *Napster* en referencia a la empresa, domiciliada en California, que pretendía capitalizar el intercambio de archivos entre usuarios poniendo a disposición de los mismos el *software* necesario —también llamado *Napster*— para dicho intercambio y los servidores que realizaban las búsquedas de archivos. El modelo de negocio de *Napster* no está del todo claro, pues ni contaba con publicidad de terceros en su página ni cobraba por el *software* o por el uso del servicio. La empresa sostenía que su valor residía en la base de datos con los nombres y direcciones de los usuarios, mientras que otras voces apuntaban más bien a la creación de una clientela y una imagen de marca, sin perjuicio de la posibilidad de que *Napster* empezase a cobrar por sus servicios en cuanto hubiese alcanzado una masa crítica suficiente.

¹⁹ BUSTO LAGO, J. M., «La responsabilidad civil de los «Internet Service Providers» (ISPs) por la infracción en la Red de los derechos de propiedad intelectual», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º: 5, 2004, pág. 71.

²⁰ Del Juzgado de Distrito, Judge Patel's Opinion, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000), August 10, 2000 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/napster-trial.pdf>>; y de la Corte de Apelación, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), February 12, 2001 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/napsterop0212.pdf>>.

La defensa se fundamentaba sobre tres argumentos²¹, alternativos: en primer lugar, que no existía vulneración de los derechos exclusivos de los autores, pues los actos de los usuarios estaban amparados por la excepción del «fair use»; en segundo lugar, que no se daban los requisitos necesarios para aplicar las doctrinas de la infracción indirecta; y, finalmente, que en todo caso la actividad de *Napster* quedaría amparada por una de las exoneraciones de responsabilidad previstas para los prestadores de servicios intermediarios (puertos seguros o «safe harbors», § 512 *Copyright Act*).

En cuanto a la excepción del «**fair use**»²² (§ 107 *Copyright Act*) debe recordarse que legitima la utilización de una obra sin el consentimiento del autor cuando así se derive de la toma en consideración de los cuatro factores siguientes²³: la finalidad de la utilización, la naturaleza de la obra protegida, la parte utilizada y el efecto del uso en las ventas de la obra²⁴. Sin embargo, los Tribunales se mostraron contrarios a aplicar la excepción del «fair use» con base en los siguientes motivos: los actos realizados por los usuarios no transformaban la obra y tenían un carácter más bien comercial —en la medida en que se efectuaban a gran escala y de forma gratuita, ahorrándose de esta manera el precio de las canciones—; las obras transmitidas eran de entretenimiento, y no de divulgación científica; se copiaba la totalidad de las obras; y, finalmente, la actividad afectaba negativamente al mercado, tanto al actual en los comercios como al que pudiese desarrollarse en el futuro en Internet.

Ahora bien, aunque los usuarios de *Napster* realizasen acciones ilícitas, ello no conduce automáticamente a la condena de la empresa que controlaba el *software* P2P, pues las obras musicales no se almacenaban —reproducían— ni se ponían a disposición del público desde el servidor central. Los demandantes debían probar que nos encontrábamos frente a un supuesto de responsabilidad indirecta. La doctrina jurisprudencial estadounidense ha desarrollado en profundidad este tipo de responsabilidad, creando dos instituciones diferen-

²¹ En aras de la brevedad de este apartado, omito los razonamientos de la defensa que ocasionaron menos debate, como el hecho de que existía una licencia implícita; que las empresas discográficas pretendían crear un monopolio en la distribución *on-line* de las obras; y que no se había ocasionado daño a los titulares de derechos.

²² Ver LIND, R. C., *Copyright Law*, 1.ª ed., Durham, 1999, págs. 117 y siguientes; W. J. GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax Case* and Its Predecessors», 82 *Columbia Law Review*, 1982, págs. 1600 y siguientes; en nuestra doctrina, SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, 2000, págs. 242 y ss.

²³ El *common law* establece un sistema abierto en relación con las excepciones —aunque también recoja algunas de carácter específico, como la copia de seguridad de los programas de ordenador, § 117 *Copyright Act*—, mientras que el Derecho continental contempla un sistema cerrado, SAELLES CLIMENT, J. R., «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», *Revista General de Derecho*, n.º: 675, diciembre 2000, págs. 15094 y 15095.

²⁴ «(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work», fragmento del § 107 *Copyright Act*.

tes: el «**contributory infringement**» y el «**vicarious infringement**»²⁵. El «contributory infringer» debe reunir los tres elementos siguientes: una infracción directa, en este caso, por parte de un usuario; el conocimiento o motivos para conocer dicha infracción; y una contribución material; mientras que el «vicarious infringement» comprende estos elementos: la infracción directa; el derecho y la capacidad de controlarla; y un beneficio económico derivado de aquélla²⁶.

Ante esta argumentación, la defensa pretendió la aplicación de una regla, introducida en el Derecho de autor a raíz del caso *Betamax*²⁷, según la cual el productor de un artículo de primera necesidad (p. ej., una cámara, una fotocopidora...) no es responsable de las infracciones que se cometan con éste, siempre que sea apto para realizar un número considerable de usos lícitos («significant noninfringing uses»). A pesar de que la demandada alegó varios usos lícitos²⁸, la Jueza de Distrito desestimó el argumento *Betamax* con base en dos razonamientos cuyas aristas y desarrollo son cruciales para entender la problemática jurídica de las redes P2P. En primer lugar, la Jueza afirmó que el número de usos lícitos de *Napster* no era considerable, sino mínimo. En segundo lugar, la Jueza declaró que incluso en la hipótesis de que existiese un número considerable de usos lícitos, *Napster* ejercía un control continuado («ongoing control») sobre el servicio, en lo que se diferenciaba de los vídeos domésticos del caso *Betamax*, y ello impedía dotarle de la misma cobertura legal. La Corte de Apelación, como veremos más abajo, se distanció del Tribunal de instancia en el primer punto, pero mantuvo el segundo. Mientras la afirmación de que *Napster* no tenía un número considerable de usos lícitos, lo convertía en ilegal sin más, es decir, por el mero hecho de salir al mercado; la de que tenía la posibilidad de realizar un control, sólo lo haría responsable cuando fallase en esta labor²⁹.

²⁵ CARBAJO lo traduce como «colaboración o cooperación necesaria», CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 47. Ver también, LIND, R. C., *Copyright Law*, *op. cit.*, págs. 111 y ss. En nuestra doctrina, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 6, 2000, pág. 15.

²⁶ VON LOHMANN, F., «IAAL: What Peer-to-Peer Developers Need to Know about Copyright Law», septiembre 2004, <http://www.eff.org/IP//P2P/p2p_copyright_wp.php>.

²⁷ En este célebre caso se discutía la legitimidad de la fabricación y distribución de los aparatos domésticos de vídeo y la Corte Suprema estadounidense planteó la controversia en los siguientes términos: «The question is thus whether the *Betamax* [viedo tape recorders] is capable of commercially significant noninfringing uses», *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm>. Tras un proceso apasionante y revocando la decisión de la Corte de Apelación, la Corte Suprema se pronunció a favor de la legitimidad de los aparatos de vídeo, 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.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «El Derecho de autor ante las nuevas tecnologías (El caso *Betamax*)», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo X, 1984/85, págs. 17 y ss.

²⁸ En particular, los tres siguientes: «sampling», es decir, realizar copias temporales, a modo de muestra, antes de comprar el original; «space-shifting», es decir, descargarse archivos mp3 de canciones que ya se poseen en CDs de audio —formato .wav— para poder escucharlas en aparatos lectores de aquel tipo de archivos; y la difusión de obras de autores noveles o consagrados que autorizan la misma.

²⁹ Ver GINSBURG, J. C., «News from the US - Developments... (Part I)», *op. cit.*, pág. 183.

Por tanto, debe pasarse al análisis de los requisitos del «contributory» y «vicarious infringement». Respecto a aquél, el primer elemento —infracción indirecta—, lo constituyen los actos de los usuarios, a los que ya hemos visto que no les es de aplicación la excepción del «fair use»; el segundo elemento —el conocimiento de la infracción— también fue observado en ambas instancias, aunque la Corte de Apelación subrayó que solamente debía apreciarse cuando *Napster* tuviese un conocimiento concreto³⁰ de la existencia de obras no licenciadas en su red y que no era suficiente, como erróneamente había entendido la Corte de Distrito, el conocimiento genérico de que la aplicación servía para transmitir obras protegidas; y, el último —existencia de una contribución material— tampoco generó dudas, pues sin el apoyo de los servidores centrales de *Napster* los usuarios no podrían encontrar y descargar canciones con la facilidad con que lo hacían. En cuanto al «vicarious infringement», el primer elemento —infracción indirecta— coincide con el del anterior tipo de responsabilidad; el segundo elemento —derecho y capacidad de control— se consideró presente debido a que *Napster* era un sistema centralizado, es decir, con la capacidad de conocer los ficheros que tenía cada usuario y de desconectar a estos de la red³¹; y, por último, la presencia del tercer elemento —beneficio económico— también resulta evidente, pues aunque no se cobre a los usuarios por utilizar el servicio, se infringen derechos de autor como gancho para crear una «clientela» y una imagen de marca³².

El último argumento de la demandada consistió en acogerse a la defensa de los puertos seguros («**safe harbors**»)³³ o exoneración de responsabilidad prevista respecto a ciertos prestadores de servicios *on-line*, que fue introducida por la *Digital Millennium Copyright Act*³⁴ de octubre de 1998 en la § 512 de la

³⁰ Ante la reclamación de los demandantes de que *Napster* debía monitorizar la red e impedir el intercambio de los archivos protegidos por el Derecho de autor que encontrarse, la Corte de Apelación del Noveno Circuito respondió que dicha obligación de control a priorístico no existía, sino que eran los titulares de derechos sobre los que recaía la carga de notificar los archivos protegidos que se transferían sin autorización, y que sólo entonces se generaba el deber de *Napster* de bloquear el acceso a dichos archivos, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091 (9th Cir. 2001), March 25, 2002 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/napster032502opn.pdf>>. Esto condujo a un continuo estrechamiento del círculo para *Napster*, pues se vio obligado a implementar filtros que impidiesen el intercambio de los archivos cuya titularidad alegaban las demandantes. Dichas medidas ganaron progresivamente en magnitud y eficiencia, aunque sin llegar a satisfacer por completo las pretensiones de las empresas actoras, VON LOHMANN, F., «IAAL: What Peer-to-Peer Developers Need to Know...», *op. cit.*.

³¹ Por tanto, la moraleja que extraen los explotadores de sistemas P2P del caso *Napster* es que el uso de sistemas centralizados les llevará a su perdición en sede judicial, VON LOHMANN, F., «IAAL: What Peer-to-Peer Developers Need to Know...», *op. cit.*.

³² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», pág. 59.

³³ Ver GINSBURG, J. C., «News from US I», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º: 179, enero 1999, págs. 225 y ss.; en nuestra doctrina, XALABARDER PLANTADA, R., «Capítulo IV: Infracciones de propiedad intelectual...», *op. cit.*, págs. 130 y ss.

³⁴ Esta norma no es una ley independiente, sino que modificó la *Copyright Act* en aquellos extremos en los que era necesaria su actualización al nuevo entorno digital, por ejemplo, en lo relativo a la regulación de los prestadores de servicios de intermediación, o a las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

Copyright Act, homóloga en parte a los arts. 14 y siguientes de nuestra Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico³⁵ —en adelante, LSSI—. Naturalmente, la *DMCA* no contemplaba de forma directa los programas P2P —tampoco lo hace nuestra Ley—, que nacieron un año después de su aprobación. Sin embargo, *Napster* argumentó que debían aplicársele las reglas de exoneración previstas para los operadores de redes y proveedores de acceso —«provider's transmitting, routing, or providing connections», § 512(a)— o, en su defecto, las referentes a proveedores de enlaces o de instrumentos de búsqueda —«information location tools», § 512(d)—, que son menos permisivas que las anteriores. En una decisión preliminar³⁶, la Jueza de Distrito desechó la aplicación de aquéllas con base en el argumento de que las obras eran transmitidas directamente entre usuarios y no *a través* del sistema de *Napster*, como exige el precepto legal. La protección bajo el paraguas de los instrumentos de búsqueda fue igualmente denegada por la Jueza de Distrito, pues entendió que la demandada tenía conocimiento de la actividad infractora —ver § 512(d)(1)(A) y (d)(1)(B)—, pero la Corte de Apelación calificó esta cuestión de controvertida y aplazó su debate a la sentencia sobre el fondo del asunto, que nunca llegó.

En definitiva, tanto la Corte de Distrito como la de Apelación entendieron que había una apariencia de buen derecho en las pretensiones de la parte actora y, en consecuencia, impusieron cautelarmente a *Napster* la obligación de impedir la transmisión de las obras explotadas por las empresas demandantes.

3. SISTEMAS DESCENTRALIZADOS (KAZAA, EMULE...)

Mientras las empresas discográficas presenciaban la lenta agonía de *Napster*, los creadores de sistemas P2P trabajaban en su sucesor con un ojo puesto en los Palacios de Justicia. Esta nueva tecnología, que fue explotada por tres empresas —a saber, *Kazaa B.V.*, *Grokster* y *Streamcast*—³⁷, presentaba las dos no-

³⁵ Ver CLEMENTE MEORO, M. E., en CLEMENTE MEORO, M. E./CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en internet - Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, 2003, págs. 81 y ss.

³⁶ Judge Patel's Opinion, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 6243 (N.D. Cal. 2000), May 5, 2000 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/riaa/court512aruling.pdf>>.

³⁷ Estas empresas tenían en común la utilización de un mismo protocolo —conjunto de reglas formales que permiten la comunicación entre ordenadores (p. ej., http, ftp...)—, conocido como *FastTrack*. Esto permitía la conexión entre los usuarios de una red P2P y otra. A lo largo del proceso se produjeron algunos cambios: *Kazaa* fue adquirida por *Sharman Networks* y cesó en la defensa, por lo que fue declarada en rebeldía; *Grokster* continuó utilizando *FastTrack*, aunque explotándolo bajo su propio nombre; y *StreamCast* abandonó *FastTrack* y comenzó a utilizar un nuevo protocolo —*Gnutella*— y un software propio —*Morpheus*—. La forma de negocio de estas empresas, a diferencia de lo que sucedía con *Napster*, se basa en la publicidad. En palabras de la parte actora en el caso *Grokster*, los demandados «do not sell their software at all. They give it away on the Internet, encouraging users to download it onto home and office computers. The software enables Internet users to connect to a vast network of like-minded infringers seeking copyrighted works and offering their own copies of such works to others. It also creates an enduring link between the service and its users whenever they are logged on. Grokster and StreamCast make their money by capitalizing on these ongoing relationships to sell advertising. That is their business. Every time a

vedades ya mencionadas: en primer lugar, permitía el intercambio de cualquier tipo de archivo —no solamente ficheros *mp3*—; y, en segundo lugar, su sistema de búsqueda estaba descentralizado —no dependía de un ordenador central—. Los operadores P2P mencionados fueron nuevamente demandados, en esta ocasión, por un total de hasta veintiocho empresas discográficas y productoras cinematográficas, como *Metro-Goldwyn-Mayer*, *Paramount Pictures* y *Twentieth Century Fox*³⁸.

La perspectiva para *Grokster* y el resto de codemandadas no parecía muy halagüeña, pero fueron absueltas tanto en primera³⁹ como en segunda instancia⁴⁰.

user activates Grokster or StreamCast software, the user's computer automatically connects to a computer server that pumps advertising to the user's computer screen» (en cursiva en el original), ver nota al pie n.º: 50.

³⁸ En realidad, no era esta ocasión la primera vez que se discutía la legalidad de la distribución de un *software* P2P descentralizado ante los Tribunales. El honor le corresponde a la jurisdicción holandesa, frente a la cual se vieron las caras *Kazaa B.V.* —una de las empresas inicialmente demandadas en el caso *Grokster* - y *Buma/Stemra* —una entidad de gestión holandesa—. Curiosamente, la actora fue la empresa que distribuía el *software* P2P, pues exigía de la entidad de gestión que reanudase las negociaciones de cara a la concesión de una licencia para el uso de su repertorio. Sin embargo, la demandada solicitó en vía reconvenional que *Kazaa B.V.* actualizase su *software* de tal manera que fuese posible prevenir las infracciones de los derechos de autor. En primera instancia se condenó a la entidad de gestión a reanudar las negociaciones y al operador P2P a adoptar todas las medidas necesarias para impedir las infracciones de derechos de autor o, en su defecto, al pago de una multa por día de infracción de 100.000 florines —45.378 €—, hasta un total de 2.000.000 —907.560 €— (*Rechtbank Amsterdam*, 29 de noviembre de 2001 (traducción al inglés) <http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20011112_kazaa_complaint.html>). Sin embargo, el 28 de marzo de 2002 el Tribunal de apelación revisó la sentencia de instancia con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, el *software* distribuido por *Kazaa B.V.* no infringía ninguno de los derechos exclusivos de los autores, sino que en su caso eran los usuarios quienes realizaban los actos ilícitos; en segundo lugar, dicho *software* era utilizado para un número considerable de usos lícitos (p. ej., intercambio de documentos de texto, de chistes, de archivos entre comunidades de internautas que no quieren hacer uso de un servidor central —tales como fotógrafos autónomos, agentes de la propiedad inmobiliaria y ciudadanos que quieren publicar sus creaciones—, obras en las que se cuenta con la autorización del autor, que están dentro del dominio público, que no están protegidas por el Derecho de autor o cuya comunicación está permitida por uno de los límites establecidos en la Ley); y, por último, no es posible desde el actual estado de la técnica discernir entre las obras protegidas por el Derecho de autor y aquellas otras que no lo están y, en consecuencia, tampoco es posible implementar medidas de bloqueo de los archivos ilícitos, ni siquiera desconectando los servidores del operador P2P. Esto condujo a la absolución de *Kazaa B.V.* (*Gerechtshof Amsterdam*, 28 de marzo de 2002 (traducción al inglés) <http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html>; GUIBAULT, L., «Netherlands: Peer-to-Peer File Sharing and the Kazaa Case», *Computer und Recht International*, n.º: 3, 2002, págs. 89 y 90). El Tribunal Supremo holandés confirmó la sentencia del Tribunal de apelación con base en cuestiones procesales, por lo que dicha sentencia tiene una relevancia limitada en lo que ahora nos importa. Baste decir que el Tribunal Supremo declaró, entre otros extremos, que no era motivo de casación que el Tribunal de apelación no hubiese prohibido en su fallo el *software* distribuido por *Kazaa B.V.*, ya que la pretensión de la recurrente había sido más restringida, en concreto, la actualización del *software* (*Hoge Raad*, 19 de diciembre de 2003, <http://www.solv.nl/nieuws_docs/549Arrest%20Hoge%20Raad.doc>; KRIKKE, J., «The Netherlands: Peer to Peer Technology Kazaa», *Computer und Recht International*, n.º: 3, 2004, págs. 91 y 92).

³⁹ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), April 25, 2003, <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/mgm/mgmgrkster42503ord.pdf>>.

⁴⁰ *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, lo que resulta más sorprendente, sucedió en el mismo foro en que se había enjuiciado a *Napster* y con base en la interpretación que se había hecho entonces del caso *Betamax*. A continuación, expondré los tres pilares en los que se sustentó el aparente cambio de rumbo del Tribunal, que son: la existencia de un número considerable de usos lícitos; la falta de conocimiento en momento oportuno de actos ilícitos específicos; y la falta de control sobre los intercambios.

En primer lugar, ambas instancias apreciaron la existencia de un **número considerable de usos lícitos**⁴¹ —en torno al 10%—⁴² y, además, apuntaron que el examen de los mismos debía realizarse valorando los usos lícitos que devenirían en el futuro⁴³. No obstante, y de acuerdo con lo insinuado por la Corte de Apelación en el caso *Napster*, esto solamente exoneraba a los operadores P2P por el hecho de ponerlo a disposición del público, pero no necesariamente por su fracaso en el control de las transferencias ilícitas, lo que debía ser analizado desde la perspectiva de las teorías del «contributory» y «vicarious infringement».

En segundo lugar, se debía determinar si existía «**contributory infringement**». La discusión se centró en los requisitos del conocimiento y la contribución material, pues la existencia de actos directos de infracción se aceptaba pacíficamente. Respecto al conocimiento se realizó el siguiente planteamiento: el operador P2P con un número considerable de usos lícitos no es responsable por el mero hecho de contar con un conocimiento genérico de que su *software* servirá para infringir derechos de autor, sino que debe probarse que cuenta con un conocimiento específico sobre actos ilícitos concretos; además, no puede imponerse al operador P2P la obligación de monitorizar la red en búsqueda de actos ilícitos, sino que la carga de notificar la existencia de tales infracciones pesa sobre los titulares de derechos⁴⁴; y, finalmente, en los sistemas descentralizados, a diferencia de lo que sucedía con *Napster*, el operador P2P no puede hacer nada para impedir los actos ilícitos, es decir, el conocimiento sobre actos concretos de infracción le llega demasiado tarde, pues aunque desactivase todos sus ordenadores, en los que pone a disposición del público el *software*,

⁴¹ Las dos sentencias citan, sin distinguir entre género y especie, los siguientes ejemplos: obras no protegidas por el Derecho de autor, las obras de Shakespeare, obras que se encuentran bajo el dominio público, documentos gubernamentales, contenidos cuya distribución está autorizada, *software* libre, las canciones de más de 6.000 grupos musicales independientes e, incluso, se alude a tráilers de películas y a la utilización del software en países en los que es legal (?).

⁴² Ante la afirmación de los demandantes de que el 90% de los archivos intercambiados en las redes P2P promovidas por las demandadas eran obras tuteladas por el Derecho de autor, la Corte de Apelación del Noveno Circuito replicó que el 10% restante constituiría un volumen de cientos de miles de actos lícitos de intercambio.

⁴³ En este mismo sentido se había pronunciado la Corte del Noveno Circuito en el caso *Napster*, en contra de lo manifestado por el Juzgado de Distrito: «The district court improperly confined the use analysis to current uses, ignoring the system's capabilities. See generally *Sony*, 464 U.S. at 442-43 (framing inquiry as whether the video tape recorder is «capable of commercially significant noninfringing uses») (emphasis added). Consequently, the district court placed undue weight on the proportion of current infringing use as compared to current and future noninfringing use».

⁴⁴ Ver nota al pie n.º: 30.

los usuarios de la red P2P continuarían intercambiando archivos⁴⁵. En consecuencia, se desestimó la aplicación de la doctrina del «contributory infringement» a aquellas empresas que explotaban sistemas P2P descentralizados. A mayor abundamiento, el Tribunal consideró que tampoco se daba el requisito de contribuir materialmente a la realización de actos ilícitos, pues como acabamos de avanzar, el acto primero de distribución del *software* estaba amparado a decir del Tribunal por la existencia de un número considerable de usos lícitos y el posterior intercambio de archivos ilícitos entre los usuarios ocurría al margen del mantenimiento del servicio por parte de las codemandadas.

En tercer lugar, se dilucidó la cuestión del «**vicarious infringement**», respecto de la cual las partes solamente discrepaban sobre la presencia o no del «derecho y capacidad de control» del operador P2P. En opinión de ambas instancias, esta posibilidad no existía, pues el diseño y estructura del *software* lo hacían imposible. No obstante, las empresas demandantes arguyeron que podían implementarse mecanismos de control actualizando («upgrading») el *software*. Esta alternativa fue desestimada por el Tribunal como una forma de control aceptable por dos motivos: en primer lugar, no implicaba únicamente la introducción de filtros en los ordenadores de las codemandadas, como sucedió en *Napster*, sino la alteración del *software* en los ordenadores de los usuarios de la red P2P, lo que no era exigible —cuando menos, no era factible sin la colaboración de estos, habría que apuntar—; y, en segundo lugar, porque a decir de ambos Tribunales, no existía una obligación de crear el sistema P2P de tal forma que permitiera el control de los archivos transmitidos, sino que únicamente existía la obligación de ejercer ese control (p. ej., implementando filtros como *Napster*) cuando las características de la aplicación entregada a los usuarios lo permitieran. Por todo ello, el fallo fue exculpatorio.

En definitiva, los programadores de aplicaciones P2P habían logrado desarrollarlas de tal forma que superasen la prueba de la responsabilidad indirecta tal y como había sido fijada en el caso *Napster*. En otras palabras, se había creado voluntariamente⁴⁶ un *software* P2P que hacía «ojos ciegos» («blind eye») a las vulneraciones de los derechos de autor. Esto nos sitúa ante una pregunta fundamental: ¿existe la obligación de diseñar programas P2P que permitan el control del intercambio no autorizado de archivos? Ya hemos visto que los Jueces del caso *Grokster* no encontraron ningún fundamento legal o jurisprudencial.

⁴⁵ En palabras de la Jueza de Distrito, que reproduce la Corte de Apelación: «Plaintiffs' notices of infringing conduct are irrelevant if they arrive when Defendants do nothing to facilitate, and cannot do anything to stop, the alleged infringement». «If either Defendant closed their doors and deactivated all computers within their control, users of their products could continue sharing files with little or no interruption».

⁴⁶ Tanto *Grokster* como *StreamCast* solicitaban un nombre de usuario y contraseña cuando empezaron a funcionar, pero esta exigencia fue eliminada en cuanto dichas compañías fueron demandadas. En España, Pablo Soto, creador de *Blubster* —el *Napster* español—, declaró: «[y]o era un fanático de *Napster*. Supe desde el primer momento que iba a ser una revolución. Luego, cuando empezaron a bloquear servidores y artistas, pensé: Esto lo hago yo sin servidores», Revista *Rolling Stone*, n.º: 52, febrero 2004.

dencial en que apoyar dicha obligación, si bien aludieron a la posibilidad e, incluso, conveniencia de que el Congreso tomase cartas en el asunto⁴⁷.

Ahora bien, esta opinión no es unánime, sino que la Corte de Apelación del Séptimo Circuito falló en un supuesto idéntico en lo sustancial al caso *Grokster* contra un operador P2P descentralizado llamado *Aimster*⁴⁸. Esta sentencia adquiere especial relevancia porque la Corte Suprema no admitió a trámite el recurso frente a la misma⁴⁹ y, sin embargo, está pendiente su decisión respecto al recurso frente a la sentencia absolutoria del caso *Grokster*⁵⁰. Los dos argumentos vertebrales de esta resolución son los siguientes. En primer lugar, los sistemas P2P demandados no tienen un número considerable de usos lícitos. Para realizar el cómputo de usos lícitos desecha los futuros o potenciales —de lo contrario, cualquier sistema cumpliría este requisito— y toma en consideración el porcentaje de usos lícitos frente a los ilícitos, a diferencia de lo que hizo la Corte de Apelación del Noveno Circuito, que medía simplemente el número total de usos lícitos. En segundo lugar, incluso en la hipótesis de que un servicio tenga un número considerable de usos lícitos, será considerado responsable si facilita actos ilícitos y no toma medidas razonables —desde el punto de vista técnico y económico— para evitarlos. Esto se fundamenta en que ya no nos encontramos ante elecciones de «todo o nada»⁵¹ —lo permitimos o lo prohibimos—, como sucedía con el vídeo doméstico, sino que el avance tec-

⁴⁷ Así, el Juez de Distrito afirmaba lo siguiente: «[w]hile the Court need not decide whether steps could be taken to reduce the susceptibility of such software to unlawful use, assuming such steps could be taken, additional legislative guidance may be well-counseled»; y la Corte de Apelación, «the Supreme Court has admonished us to leave such matters to Congress». Por lo demás, llama la atención el elevado número de litigios referentes al Derecho de autor en que los Tribunales estadounidenses invocan el papel que debe jugar el Congreso, lo que revela el debate social de que son objeto, por ejemplo, «[w]e are not unsympathetic (...) to the need for legal tools to protect those [copy]rights. It is not the province of the courts, however, to rewrite the DMCA in order to make it fit a new and unforeseen internet architecture...», *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>>; o «petitioners forcefully urge that Congress pursued very bad policy (...). The wisdom of Congress' action, however, is not within our province to second guess», *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), January 15, 2003 <<http://www.supremecourt.gov/opinions/02pdf/01-618.pdf>>; o «[I]ike so many other problems created by the interaction of copyright law with a new technology, [there] can be no really satisfactory solution to the problem presented here, until Congress acts.» *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S., at 167 (dissenting opinion)...» (entrecomillado en el original), caso *Betamax* (ver nota al pie n.º: 27).

⁴⁸ *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), June 30, 2003 <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/7th/024125p.pdf>>.

⁴⁹ *Aimster, cert. denied*, 124 S. Ct. 1069 (2004).

⁵⁰ Petition for a writ of certiorari, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, October 8, 2004 <http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20041008_Grokster_final_petition.pdf>. La trascendencia del caso queda reflejada en el primer párrafo de la resolución: «[t]his is one of the most important copyright cases ever to reach this Court. Resolution of the question presented here will largely determine the value, indeed the very significance, of copyright in the digital era». Y los argumentos de la recurrente son hartamente contundentes: «it is both just and economically rational to impose liability on a defendant who knowingly furthers and profits from copyright infringement, especially when the defendant is in a position «to police carefully the conduct» of the direct infringer and chooses not to do so» (entrecomillado en el original).

⁵¹ GINSBURG, J. C., «News from the US - Developments... (Part I)», *op. cit.*, pág. 187; la misma en, «News from the US - Developments... (Part II)», *op. cit.*, págs. 101 y 103.

nológico permite adoptar soluciones mucho más matizadas, que deben ir encaminadas a mantener el equilibrio entre los titulares de derechos de autor y los empresarios de otras áreas del comercio que pueden entrar en conflicto con aquéllos.

En el orden legislativo, también pintan bastos. En el pasado período de sesiones (108th Congress) se introdujo en el Senado de los Estados Unidos una propuesta de ley, llamada **Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004** (S. 2560), que está hecha a medida para facilitar la condena de los distribuidores de sistemas P2P descentralizados⁵².

Todo ello indica que en Estados Unidos en el futuro próximo va a depositarse gran parte de la responsabilidad del control sobre los sistemas P2P en aquellas personas que pretendan explotarlos.

4. SISTEMAS A TRAVÉS DE ENLACES (BITTORRENT)

El último desarrollo de la tecnología P2P lo encarna el programa *BitTorrent*⁵³, que presenta dos notables diferencias técnicas con el resto de aplicaciones P2P. En primer lugar, para posibilitar el intercambio es necesario que un usuario («seed») que posee el archivo en su integridad (p. ej., una obra protegida por el Derecho de autor) cree un pequeño fichero *.torrent* en el que se informa de la ruta de acceso al archivo y del servidor central que gestiona esa ruta («tracker»). Es decir, a diferencia del resto de sistemas P2P, *BitTorrent* no incorpora un sistema de búsqueda de archivos, sino que esta información la da el fichero *.torrent*. Este fichero que facilita la ruta puede encontrarse en una página *web* o distribuirse a través del correo electrónico, pero para facilitar su búsqueda han proliferado las páginas en las que se ofrecen listas de cientos de enlaces a ficheros de este tipo. En segundo lugar, desde el momento en que comienza la descarga del archivo, el usuario («peer») que lo está descargando comparte con el resto de usuarios la parte ya reproducida, por lo que cuanto mayor es el número de usuarios que descargan un archivo, mayor es la velocidad de descarga, evitando de esta forma las colas de otros sistemas P2P⁵⁴.

⁵² El texto propuesto es el siguiente: «Section 501 of title 17, United States Code, is amended by adding at the end the following:

(g)(1) In this subsection, the term «intentionally induces» means intentionally aids, abets, induces, or procures, and intent may be shown by acts from which a reasonable person would find intent to induce infringement based upon all relevant information about such acts then reasonably available to the actor, including whether the activity relies on infringement for its commercial viability.

(2) Whoever intentionally induces any violation identified in subsection (a) shall be liable as an infringer.

(3) Nothing in this subsection shall enlarge or diminish the doctrines of vicarious and contributory liability for copyright infringement or require any court to unjustly withhold or impose any secondary liability for copyright infringement», <<http://www.copyright.gov/legislation/>>.

⁵³ En junio de 2004 *BitTorrent* fue la aplicación P2P más utilizada, acaparando el 53% del tráfico a través de este tipo de redes, «The true picture of Peer-to-Peer Filesharing», julio 2004, *CacheLogic*.

⁵⁴ <<http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>>.

En este nuevo escenario, los sujetos cuya conducta puede vulnerar los derechos de autor son: el servidor central que gestiona las rutas («tracker»), cuya posición es la de un operador P2P centralizado; el responsable de los enlaces a ficheros *.torrent* y, mediatamente, a los archivos (en su caso, a las obras), sobre el que volveré de forma incidental en el siguiente apartado; y los usuarios del sistema, tanto el «seed» como los «peers», a los que dedicaré el tercer epígrafe.

5. DERECHO ESPAÑOL

En nuestro país los titulares de derechos no han optado por demandar a los responsables de los sistemas P2P. No cabe duda de que dicha alternativa encuentra importantes trabas, tanto fácticas⁵⁵ como jurídicas⁵⁶, pues no es posible extrapolar sin más las «soluciones» estadounidenses. Sin embargo, teniendo en cuenta el número de internautas españoles que hacen uso de redes P2P y que, incluso, alguna de ellas está diseñada por españoles (p. ej., *Blubster*), parece oportuno valorar el marco que ofrece nuestro ordenamiento para perseguir la explotación de *software* P2P.

El principal obstáculo que encuentra la condena de los operadores P2P es que estos no realizan ningún acto de los reconocidos en exclusiva a los titulares de derechos, sino que simplemente ponen a disposición de los usuarios los medios para que realicen actos de reproducción y comunicación pública sin la preceptiva autorización. La LPI está construida en torno a la idea de que el control de las personas que realizan los actos de explotación de la obra es suficiente para garantizar la protección de los titulares de derechos. Esto se nos antoja más como una falta de previsión frente a las innovaciones tecnológicas, que como una decisión consciente⁵⁷. En consecuencia, el punto de partida de la LPI se muestra inadecuado para supuestos como el que es objeto de este trabajo⁵⁸.

⁵⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, pág. 62.

⁵⁶ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, págs. 48, 52 y 53. En contra, GARROTE, quien considera que «los operadores de los programas P2P y los usuarios [realizan de forma directa un acto de explotación]», GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, pág. 77, ver también págs. 61 y 103.

⁵⁷ No deja de ser cierto que la Declaración Concertada respecto del Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, de 20 de diciembre de 1996, que fue posteriormente recogida en el Considerando 27.º de la DDASI establece lo siguiente: «[q]ueda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna». Esto puede ser entendido como una voluntad de exonerar a los distribuidores de aplicaciones P2P (CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 52); sin embargo, más bien parece que esta declaración simplemente nos recuerda que la conducta descrita no constituye un acto de comunicación pública de forma personal y directa, sino que, en su caso, debería buscarse la existencia de responsabilidad indirecta («Seminaro regional de la OMPI sobre comercio electrónico y propiedad intelectual para países de América latina», Oficina Internacional de la OMPI, São Paulo (Brasil), 2 a 4 de agosto de 2000, pág. 7 <<http://www.mct.gov.br/sepin/Palestras/mdp-wctdoc1.pdf>>); ver también, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, págs. 23 y ss.).

⁵⁸ «No se corresponde con el sentido de la Ley [de Propiedad Intelectual] considerar como legitimados pasivos a aquellos que suministran los medios para que otros cometan (o con los que otros

Las vías que a mi parecer resultan más adecuadas para encauzar la responsabilidad de los operadores P2P son: la responsabilidad extracontractual; el enriquecimiento injusto por actos de competencia desleal; las obligaciones establecidas en la LSSI; y, por último, las próximas reformas de la LPI.

i) *La responsabilidad extracontractual*

La responsabilidad extracontractual no encuentra su sede legal en la LPI, sino en el art. 1902 del Código civil. En realidad, los derechos exclusivos reconocidos en la LPI no son más que especificaciones de supuestos de responsabilidad extracontractual⁵⁹. Por tanto, debemos plantearnos si cabe acudir a la norma general cuando la especial ha omitido la regulación de los actos de un tercero que solamente facilita el acto ilícito, pero no lo realiza. En contra de la aplicación del art. 1902 al supuesto que nos ocupa debe mencionarse la existencia de una solución expresa para dicha situación en el art. 51 de la Ley 11/1986 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad⁶⁰, lo que hace menos comprensible la omisión en la LPI. A pesar de ello, podemos hallar motivos suficientes favorables a la aplicación del art. 1902 del C.c.: en primer lugar, el art. 429 del C.c. establece que «[e]n casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial [de propiedad intelectual] se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad»; en segundo lugar, el argumento de autoridad, pues la doctrina nacional no ha puesto ninguna objeción a la aplicación del art. 1902 a conflictos enmarcados dentro del ámbito del Derecho de autor⁶¹; y, por último, el art. 51 de la Ley de Patentes puede ser aplicado análogicamente al Derecho de autor y no necesariamente a contrario.

Una vez aceptada la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, probablemente la primera intuición guía hacia la responsabilidad por hecho ajeno o indirecta (art. 1903 del C.c.), pues el operador P2P no realiza por sí mismo un acto prohibido por la LPI. Según la mejor doctrina⁶², la res-

cometan) la infracción de los derechos protegidos», CARRASCO PERERA, Á., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Madrid, 1997, pág. 1759.

⁵⁹ Como ha dicho algún Tribunal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 21 de julio de 2000 [JUR 2000/277208]), las acciones indemnizatorias previstas en la LPI son un supuesto específico de la «reclamación de daños y perjuicios basada en culpa extracontractual».

⁶⁰ «1. La patente confiere igualmente a su titular el derecho a impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando los medios a que el mismo se refiere sean productos que se encuentren corrientemente en el comercio, a no ser que el tercero incite a la persona a la que realiza la entrega a cometer actos prohibidos en el artículo anterior», art. 51 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de invención y modelos de utilidad.

⁶¹ Por todos, CARRASCO PERERA, Á., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., págs. 1761 y ss.

⁶² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Vizcaya, 1993, pág. 117.

ponsabilidad por hecho ajeno está compuesta por tres elementos: en primer lugar, una relación de dependencia o subordinación entre el agente y el responsable; en segundo lugar, la culpa del responsable en las funciones de supervisión o dirección; y, por último, y aquí estriba su importancia, la culpa se presume salvo prueba en contrario. La doctrina ha estudiado la aplicación de estos parámetros a los prestadores de servicios intermediarios de la LSSI (p. ej., proveedores de acceso, prestadores de alojamiento...), llegando a la conclusión de que no existe una relación de dependencia entre el prestador de servicios y el usuario ni culpa o negligencia de aquél por falta de control⁶³. Por tanto, los prestadores de servicios intermediarios estarán, en general, libres de responsabilidad por esta vía. Respecto a los operadores P2P puede llegarse a la misma conclusión, pues la relación de dependencia es realmente débil —no hay un solo *software* P2P en el mercado, sino multitud de ellos—⁶⁴.

Quizá resulte entonces procedente acudir al propio art. 1902 del C.c.. Los componentes de la responsabilidad civil (directa) son los siguientes: la conducta activa u omisiva del agente del daño, la culpa u otro criterio de imputación (p. ej., responsabilidad objetiva), el daño y la relación de causalidad entre ambos⁶⁵. La presencia del primer y tercer elementos no ofrece problema alguno, por lo que en los dos siguientes párrafos me limitaré a realizar alguna reflexión sobre la culpa y la relación de causalidad, respectivamente.

La culpa no puede fundamentarse en un deber general de supervisión, pues ello está excluido expresamente por el art. 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico⁶⁶, cuya aplicación sobre los operadores P2P parece clara⁶⁷. Entonces, la culpa de los operadores P2P centralizados radica en la no implementación de filtros o medidas de control, de acuerdo con el estado de la técnica⁶⁸ y tras la petición de los titulares de derechos

⁶³ PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información - Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red*, Navarra, 2002, págs. 236 y 237; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, págs. 60 y ss.

⁶⁴ A pesar de ello, CARRASCO PERERA se muestra a favor de la aplicación del art. 1903 C.c. sobre un sistema P2P centralizado —*Napster*—, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2001, págs. 267 y 268.

⁶⁵ Por todos, REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, 2ª ed., Cizur Menor, 2003, pág. 61.

⁶⁶ DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

⁶⁷ La no exigencia de esta conducta se justifica porque «sería imposible desde un punto de vista práctico y supondría una carga desproporcionada para los intermediarios y unos costes más elevados de acceso a los servicios básicos para los usuarios», Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, COM(2003) 702 final, Bruselas, 21 de noviembre de 2003 —en adelante, Informe DCE—, págs. 15 y 16; ver también, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, pág. 32.

⁶⁸ En la actualidad el control perfecto no existe, tanto por limitaciones técnicas como por el hecho de que colisionaría con el derecho a la intimidad y al intercambio libre de información, Informe DCE, págs. 16 —motivos tecnológicos— y 14 —colisión con otros derechos—. Ahora bien, también resulta indiscutible que existen formas conocidas y asequibles de ofrecer cierto control, por ejemplo, a través, de «medios tecnológicos para bloquear el acceso a determinados servicios y actividades» (CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 52) o bien uti-

afectados. En el caso de los operadores P2P descentralizados la respuesta debe ser más matizada, pues su culpa puede apreciarse en dos momentos —y en dos grados— diferentes. En un primer momento, el operador P2P ha optado por un sistema descentralizado —de difícil control—, en perjuicio de uno centralizado —de control más sencillo—. No es que la empresa no pueda controlar razonablemente, sino que no quiere hacerlo en absoluto. En otras palabras, se sitúa consciente y premeditadamente en una situación de irresponsabilidad⁶⁹. En un segundo momento, tras la reclamación de los titulares de derechos, los operadores P2P descentralizados deberían actualizar su *software* de manera que facilitase el control, es decir, pasar a un sistema centralizado, que permite la implementación de filtros. Esto no impediría que los usuarios que ya hubiesen descargado el *software* P2P descentralizado —y no lo actualizarasen— pudiesen seguir intercambiando archivos sin posibilidad de control, pero sí que minimizaría los actos ilícitos respecto a los futuros usuarios —y a los antiguos que actualizarasen el *software*—. En el primer momento estamos frente a una culpa leve, aunque desde mi punto de vista es fundamento suficiente para una reclamación por daños y perjuicios, máxime si tenemos en cuenta que es de conocimiento público la utilización masiva de los sistemas P2P para infringir derechos de autor. En el segundo momento, el de actualización del *software*, la culpa es grave y parece garantizado el éxito de una hipotética demanda.

En relación a la causa del daño, REGLERO observa acertadamente que «del conjunto de hechos antecedentes habría de considerar como causa en sentido jurídico (con potencialidad suficiente para la imputación del daño) sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar «a priori», y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), la producción de un resultado (dimensión *positiva* de la causa adecuada). O formulado a la inversa, a la hora de imputar el daño debe suprimirse del curso causal aquellos antecedentes que de forma estadísticamente muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismo, al resultado final (dimensión *negativa* de la causa adecuada)»⁷⁰. Desde esta perspectiva, la relación de causalidad entre la distribución del software P2P y los daños a los titulares de derechos parece incuestionable⁷¹. La única objeción sería que a la producción del daño debe contribuir la conducta de un tercero —el usuario—, que podría romper la re-

lizando aplicaciones P2P centralizadas, que cuentan con todas las ventajas de un sistema descentralizado —entre ellas, permitir el libre flujo de información— y carecen de muchas de sus desventajas jurídicas.

⁶⁹ La doctrina penal de la *actio libera in causa*, expresamente recogida en los arts. 20.1 y 2 del Código Penal, da respuesta a esta situación: «[T]odas las categorías de la Teoría del Delito van referidas al momento de la comisión del hecho. (...) La *actio libera in causa* constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica», MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 2002, págs. 390 y 391.

⁷⁰ REGLERO CAMPOS, L. F., *op. cit.*, pág. 311.

⁷¹ Si bien es cierto que un informe de la Universidad de Harvard mantiene que los daños que causan las redes P2P son inexistentes o insignificantes, «The Effect of File Sharing on Record Sales - An Empirical Analysis» <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>, marzo de 2004.

lación de causalidad⁷². Sin embargo, como apunta CAVANILLAS, «una excepción al poder de interferencia causal del hecho de tercero se encuentra en aquellos casos en los que en la causa antecedente se localiza una culpa consistente en provocar, favorecer o no impedir (deber de vigilancia) el hecho de tercero»⁷³. Y esto es precisamente lo que ocurre en la actuación de los operadores P2P.

ii) *La acción de enriquecimiento injusto*

La acción de enriquecimiento injusto con base en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —en adelante, LCD— puede ser una solución alternativa a la anterior. El Derecho de la competencia cuenta con dos notables ventajas sobre el Derecho de autor⁷⁴: en primer lugar, es aplicable sobre cualquier acto que se lleve a cabo en el mercado con fines concurrenciales⁷⁵ (art. 2.1 de la LCD), mientras que el Derecho de autor únicamente es de aplicación sobre las infracciones de los derechos de explotación de la obra; y, en segundo lugar, las acciones contra los actos de competencia desleal «podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización» (art. 20.1 de la LCD), mientras que en el caso de la LPI el único legitimado pasivamente es el infractor directo⁷⁶. Por tanto, el amparo de la LCD resulta idóneo para conductas que, sin ser infractoras de la LPI, suponen actos contrarios a las exigencias de la buena fe (p. ej., el aprovechamiento de esfuerzos ajenos)⁷⁷.

Entre las acciones derivadas de la competencia desleal (art. 18 de la LCD) figura la acción de enriquecimiento injusto, cuyos elementos son: en primer lugar, el enriquecimiento por parte del demandado, que puede consistir tanto en un aumento patrimonial como en una ausencia de disminución; en segundo lugar, el empobrecimiento del actor, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante; en tercer lugar, la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; y, por último, la falta de causa del despla-

⁷² A este respecto ver la explicación de REGLERO sobre la doctrina de la «prohibición de regreso», REGLERO CAMPOS, L. F., *op. cit.*, págs. 316 y ss.

⁷³ CAVANILLAS MÚGICA, S., «Capítulo III. Responsabilidad civil», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.), *La responsabilidad de los Servidores de Acceso y Alojamiento en Internet en la LSSICE: Análisis multidisciplinar*, en prensa.

⁷⁴ La relación entre Derecho de la competencia desleal y Derecho de autor se caracteriza por la «complementariedad relativa», es decir, ni son siempre acumulables, ni la aplicación de una normativa excluye automáticamente la otra, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pág. 82.

⁷⁵ Naturalmente, el hecho de que los titulares de derechos se dediquen a la explotación de sus obras y los distribuidores de programas P2P a la difusión del mismo, no es óbice para la aplicación de la LCD, que en su Preámbulo manifiesta que el Derecho de la competencia desleal «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado».

⁷⁶ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, págs. 27 y 28.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, Á., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 1763.

zamiento patrimonial⁷⁸. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual, en la acción por enriquecimiento injusto no se requiere mala fe o negligencia del enriquecido, como reiteradamente ha mantenido nuestro Tribunal Supremo⁷⁹.

Todo ello convierte a la LCD en un instrumento idóneo frente a los operadores P2P, siempre y cuando se trate de empresas que buscan un beneficio económico con la distribución del *software* y, por tanto, actúen en el mercado con fines concurrenciales.

iii) *El régimen de exoneración de responsabilidad de la LSSI*

Siendo cierto lo dicho hasta aquí, debemos ahora reparar en que la LSSI establece un régimen de exoneración de responsabilidad —y no pocas obligaciones—⁸⁰ respecto de ciertos prestadores de servicios de intermediación. Por ello, resulta determinante saber si los operadores P2P deben o no ser encuadrados en dicha categoría.

Los prestadores de servicios de intermediación dotados de una regulación especial y, más beneficiosa, son: los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14); los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos («caching») (art. 15); los prestadores de servicios de alojamiento («hosting») (art. 16); y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17). La mejor ubicación de los operadores P2P es este último precepto⁸¹, en el que se encuadran: «los **prestadores de servicios de la sociedad de la información** que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos...» (la negrita es mía). A pesar del tenor literal de este precepto, si realizamos una interpretación sistemática, las garantías del mismo no pueden extenderse sobre cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información⁸² (p. ej.,

⁷⁸ Por todos, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, Volumen II*, 9.ª ed., 3.ª reimpresión, Madrid, 2003, págs. 526 y 527.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1999; Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1985.

⁸⁰ Ver CAVANILLAS MÚGICA, S., «Capítulo II. Deberes de los intermediarios en la LSSICE», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.), *La responsabilidad de los Servidores de Acceso y Alojamiento en Internet en la LSSICE: Análisis multidisciplinar*, en prensa.

⁸¹ Así lo ha entendido nuestra doctrina, que trata la jurisprudencia estadounidense sobre operadores P2P desde la perspectiva del art. 17 de la LSSI. Así, BUSTO LAGO, J. M., «La responsabilidad civil de los «Internet Service Providers»...», *op. cit.*, págs. 70 y 71; MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, págs. 47 y 48. Preocuparse por la aplicabilidad o no del precepto relativo a los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14) es baladí, pues incluso en la hipótesis de que se respondiese afirmativamente, no decaería el sometimiento a las normas más rigurosas que afectan a los instrumentos de búsqueda (art. 17). Esto es así debido a que un único proveedor de servicios puede desempeñar actuaciones que lo sitúen en varios regímenes simultáneamente.

⁸² Según el Anexo de la LSSI, se entenderá por «c) «Prestador de servicios» o «prestador»: persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información» y por «a)

una tienda de libros *on-line*), sino que solamente alcanzan a los prestadores de servicios de intermediación⁸³. Esto es así porque en el párrafo segundo del art. 13, que encabeza la Sección 2.^a «Régimen de responsabilidad», se establece lo siguiente: «[p]ara determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de **intermediación**, se estará a lo establecido en los artículos siguientes» (la negrita es mía), es decir, los de dicha sección.

La cuestión estriba entonces en determinar si los operadores P2P son prestadores de servicios de intermediación o no. A decir de algún autor, los motores de búsqueda no son intermediarios, pues su función se asemeja más a la de un proveedor de contenidos⁸⁴. No obstante, CLEMENTE matiza que sí tendrán el carácter de servicios de intermediación cuando se presten «poniendo a disposición de los destinatarios motores de búsqueda (*search engines*)»⁸⁵. Como hemos visto, los operadores P2P centralizados ponen a disposición del público el *software* P2P y los servidores que gestionan el instrumento de búsqueda —si se desconecta el servidor, la red P2P desaparece—; mientras que los operadores P2P descentralizados, únicamente ponen a disposición del público el *software*

«Servicios de la sociedad de la información» o «servicios»: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática. 6.º El video bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual». Además, la Exposición de Motivos aclara que «[s]e acoge, en la Ley, un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de video o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico».

⁸³ Un «servicio de intermediación» es aquel «servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información». En particular, «[s]on servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de **instrumentos de búsqueda**, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet» (la negrita es mía), letra b) del Anexo de la LSSI.

⁸⁴ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, pág. 48.

⁸⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, *op. cit.*, pág. 16 y 103.

y, posteriormente, envían publicidad a los usuarios —si se desconecta el servidor, la red P2P continúa—. Aquéllos ofrecen un servicio continuado, mientras que estos últimos solamente facilitan un producto. Por tanto, los primeros son prestadores de servicios de intermediación, mientras que los segundos no.

En rigor, los operadores P2P descentralizados ni siquiera son (en el momento relevante, es decir, el del intercambio de archivos) prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por ejemplo, el *software* P2P lo podríamos comprar en un quiosco y nada cambiaría. Por tanto, incluso en la hipótesis de que realizásemos una interpretación literal del art. 17 e incluyésemos a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información en su seno⁸⁶, tampoco merecerían los distribuidores de *software* P2P descentralizado la protección de dicho precepto. El segundo elemento del art. 17 se refiere a que los prestadores de servicios «faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos...». De acuerdo con esto, los que en su caso estarían protegidos serían los usuarios cuyos ordenadores funcionan —con o sin su conocimiento— como motores de búsqueda⁸⁷.

En consecuencia, para los operadores P2P descentralizados será de plena y directa aplicación lo dicho más arriba respecto a las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto. En cambio, los operadores P2P centralizados estarán exentos de responsabilidad en las condiciones que fija el

⁸⁶ Un número importante de autores no se deja «convencer» por la interpretación auténtica de «servicios intermediarios» que ofrece la letra b) del Anexo de la LSSI (ver nota al pie n.º: 83) y mantiene que el art. 17 será de aplicación sobre los prestadores de servicios sean o no intermediarios, así CLEMENTE MEORO, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, op. cit., pág. 103; PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, op. cit., pág. 245; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», op. cit., pág. 100; MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», op. cit., pág. 48. Sin embargo, otros autores sí califican a enlaces y motores de búsqueda como servicios de intermediación, BUSTO LAGO, J. M., «La responsabilidad civil de los «Internet Service Providers»...», op. cit., pág. 72; CONDE BUESO, I. y DÍEZ LÓPEZ, I., en CREMADES, J./DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. (coords.), *La nueva Ley de Internet - Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, 2003, págs. 260 y 261. Desde mi punto de vista, la categoría de intermediarios debe extenderse tanto sobre aquellos que ofrecen infraestructuras y son imprescindibles para el funcionamiento de la Red (p. ej., proveedores de acceso, operadores de redes, prestadores de servicios de alojamiento) —intermediarios básicos— como sobre aquellos otros que no son imprescindibles, pero facilitan el uso de otros servicios o el acceso a la información (p. ej., los prestadores de servicios de copia temporal o «caching» ofrecen infraestructuras, pero no son indispensables para el funcionamiento de la Red; los operadores P2P centralizados ofrecen un caso análogo al anterior; y los enlaces facilitan el acceso a la información, sin ni siquiera proveer de infraestructuras) —intermediarios avanzados—. Los operadores P2P descentralizados no caben en estas categorías porque su servicio es puntual y, por tanto, son meros proveedores de contenidos. Ver PAYERAS CAPELLÀ, M./CAVANILLAS MÚGICA, S., «Capítulo I. Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.), *La responsabilidad de los Servidores de Acceso y Alojamiento en Internet en la LSSICE: Análisis multidisciplinar*, en prensa.

⁸⁷ Naturalmente esta exoneración no alcanzaría a los actos de reproducción o puesta a disposición del público de esos mismos usuarios y de que la LSSI no regula los servicios que no constituyan una actividad económica (letra a) del Anexo de la LSSI; en la doctrina, por todos, CLEMENTE MEORO, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, op. cit., pág. 11).

art. 17 de la LSSI, a saber, cuando: «a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente». Solamente cuando no se dé alguno de estos dos requisitos, podrá acudir a las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto⁸⁸.

Un aspecto conflictivo es el concepto de «conocimiento efectivo». La LSSI lo ha definido de forma extraordinariamente restrictiva⁸⁹, por lo que una parte de la doctrina apuesta por una interpretación «expansiva» de la expresión, que admite formas de conocimiento efectivo distintas del conocimiento de una resolución que declare la ilicitud de los datos⁹⁰. No obstante, se ha mostrado con buenos argumentos que la interpretación «expansiva» choca en buena medida con el propósito del legislador⁹¹ y, además, coloca al prestador de servicios de intermediación en la incómoda situación de realizar el juicio sobre la licitud o no de los contenidos, es decir, en la disyuntiva de censurar o correr el riesgo de ser responsable. Por su parte, la jurisprudencia menor ya ha tenido tiempo de aplicar la doctrina del «conocimiento efectivo» tal y como la quiso el legislador⁹² y también de desatender por completo su existencia⁹³.

⁸⁸ «Si el prestador del servicio (...) ha desatendido alguno de los deberes de diligencia fijados, no podrá beneficiarse de la exención. Esto último no determina de por sí la atribución de responsabilidad: supone simplemente que el prestador podría llegar a ser declarado responsable. Pero tal imputación no derivará simplemente de hecho negativo de no haber cumplido los requisitos para quedar exento, sino del dato positivo y previo de concurrir los elementos exigidos por el derecho común para atribuir la responsabilidad», PEGUERA POCH, R., «Capítulo I: La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», en MORALES, F./MORALES, O. (coords.), *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Navarra, 2002, págs. 36 y 37.

⁸⁹ «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», art. 17.1 2.º de la LSSI.

⁹⁰ PEGUERA POCH, R., «Capítulo I: La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», *op. cit.*, pág. 48.

⁹¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., «Capítulo II. Deberes de los intermediarios en la LSSICE», *op. cit.*

⁹² Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, a 7 de marzo de 2003 (caso *ajoderse.com*), fuente <<http://www.bufetalmeida.com>>. En este caso la página www.ajoderse.com «contiene una colección de hiperenlaces a otras páginas de Internet (...) relacionadas con la posibilidad de visualizar las señales de TV de pago». Sin embargo, el Juez argumentó que «al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 de la Ley 34/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que (...) procede decretar el Sobreseimiento Provisional de la misma, sin perjuicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito».

⁹³ Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid, a 1 de agosto de 2003 (caso *edonkeymania.com*), en poder del autor. La Jueza ordenó el cierre temporal del sitio www.edonkeymania.com por tener «alojados enlaces para obtener copias de aproximadamente 21.000 archivos, que (...) corresponden a productos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual». Además, en el mismo auto

En mi opinión, la fórmula adoptada por el legislador no es en general desatinada. Si un titular de derechos quiere retirar o bloquear la información, deberá pasar por el tamiz del Juez, para que la libertad de expresión no se vea en peligro. Sin embargo, esta solución peca de exceso de celo en algunos supuestos, como se pone de relieve en el establecimiento de enlaces a contenidos ilícitos —recuérdese el funcionamiento de *BitTorrent*—. Cuando una persona ofrece un enlace a un contenido ilícito no puede cobijarse bajo el paraguas de la neutralidad tecnológica, pues adopta una decisión consciente de la que es responsable⁹⁴. Otra cosa sería que el enlace fuese anterior y *a posteriori* se introdujese en la página enlazada el contenido ilícito —supuesto que quizás tenía en mente el legislador—⁹⁵. Del mismo modo, quien explota un *software* P2P descentralizado, máxime cuando se niega a actualizarlo, es consciente de que contribuye a acrecentar el daño de los titulares de derechos.

iv) *Las futuras reformas de la LPI*

Por último, volveremos la vista sobre las futuras reformas de la LPI. En lo que aquí interesa, las dos novedades más relevantes que se avecinan son: 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» (nuevo art. 141.6 según el Borrador de Anteproyecto de Reforma de la LPI —en adelante, BALPI 2004—⁹⁶); y la prohibición de la fabricación, distribución, etc. de cualquier producto o servicio que sirva para eludir una medida tecnológica eficaz de protección de una obra (nuevo art. 160.2 según el BALPI 2004).

«se constata la existencia de indicios racionales de la perpetración de un delito contra la Propiedad Intelectual del Art. 270 del Código Penal, que origina un gran perjuicio económico a los titulares de los derechos de propiedad intelectual...».

⁹⁴ Este razonamiento se mantuvo en el caso *DeCSS*, en el que una conocida revista de la comunidad *hacker* puso a disposición del público en su sitio *web* un programa que permitía descifrar los DVDs y, con ello su copia, así como enlaces a otras páginas que reproducían el programa. Tras una primera resolución judicial en la que se obligaba a la revista a retirar tanto el programa en sí como los enlaces (*Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (*Southern District of New York* 2000), August 17, 2000 —enmendado, September 6, 2000— <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dvd/dvdopinion.pdf>>), la demandada se negó a eliminar estos últimos, en lo que calificó como un «acto de desobediencia cívica». La Corte de apelación ratificó la sentencia de instancia y sostuvo que a pesar de que la medida podía suponer una restricción para la libertad de expresión, debía ello aceptarse por causa de las nuevas necesidades que imponía Internet, dónde no siempre es posible dirigirse directamente contra el infractor originario (*Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429 (2nd Cir. 2001) November 28, 2001 <<http://laws.lp.findlaw.com/2nd/009185.html>>).

⁹⁵ La distinción me la sugirió el Profesor CAVANILLAS MÚGICA.

⁹⁶ España está todavía pendiente de transponer la DDASI a Derecho interno, a pesar de que el plazo de transposición expiraba el 22 de diciembre de 2002. Por ello, la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento frente a nuestro país ante el Tribunal de Justicia, a fin de que éste declare la infracción del deber de transposición, Recurso interpuesto el 29 de enero de 2004 contra el Reino de España por la Comisión de las Comunidades Europeas (DO C 71 de 20.3.2004, p. 13). Hasta la fecha, el único punto de referencia al que podemos acudir para pronosticar los futuros cambios en nuestra legislación son tres Borradores de Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual: de noviembre de 2002 y enero de 2003 y, por último, un Borrador del se-

La primera novedad recoge la obligación impuesta en el art. 8.3 de la DDASI de que los Estados miembros velen «por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor»⁹⁷. Hasta la fecha las acciones contra los intermediarios, como hemos visto, solamente se pueden fundamentar en preceptos ajenos a la LPI, lo que perjudica la eficacia y homogeneidad de la norma. Por ello y antes de nada, la reforma deberá ser aplaudida, máxime cuando se establece de forma expresa que esta medida podrá adoptarse «aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción» (art. 138 del BALPI 2004). No obstante, su alcance podría ser mayor en un triple sentido.

En primer lugar, esta modificación se introduce entre las medidas cautelares, cuando probablemente debería preverse otro tanto respecto de las decisiones sobre el fondo. Por una parte, es cierto que la DDASI únicamente alude a los intermediarios en lo que a adopción de medidas cautelares se refiere. Sin embargo, la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual⁹⁸, más conocida como Directiva Antipiratería, prevé la posibilidad de adoptar dos tipos de medidas contra los intermediarios: cautelares (art. 9.1 a) de la Directiva Antipiratería) y definitivas (art. 11 de la Directiva Antipiratería)⁹⁹. Frente al incumplimiento del mandamiento judicial «podrá reaccionar el titular de los derechos solicitando las medidas de remoción (...) y el abono de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios»¹⁰⁰. En cualquier caso, de la provisionalidad a la firmeza hay sólo un paso, por lo que si el legislador español no incorporase la posibilidad de una condena de cesación contra los intermediarios en el marco de la LPI, ésta encontraría base legal suficiente en el resto de cuerpos que ya hemos estudiado.

En segundo lugar, el legislador cuenta con una inmejorable oportunidad para declarar que los intermediarios pueden ser objeto no ya de la acción de cesación, lo que resulta obligado, sino de la de indemnización por daños y perjui-

gundo semestre de 2004, al que todavía no se le ha dado publicidad desde la página *web* del Ministerio, pero que ya manejan las entidades de gestión y las asociaciones de internautas <<http://www.internautas.org/index.php?op=2&id=2520>>.

⁹⁷ «Sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero. Esta posibilidad debe estar abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares» (la negrita es mía), Considerando 59.º de la DDASI.

⁹⁸ DO L 195 de 2.6.2004, p. 16.

⁹⁹ Esta protección no sustituye, sino que se suma a la prevista en el art. 8.3 de la DDASI, como queda de manifiesto en los artículos 9, 11 y en el Considerando 23.º de la Directiva Antipiratería.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ GOZALO, A., «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 14, mayo-agosto 2003, pág. 76.

cios. No hacerlo relegaría a esta acción al resto de apoyos legales que hemos sugerido más arriba —lo que no es muy grave, salvo en lo que al plazo de prescripción se refiere— e invitaría a realizar una peligrosa e indeseada interpretación a contrario: si se permite expresamente la solicitud de acciones de cesación contra los intermediarios y nada se dice sobre las indemnizatorias, es porque se quieren excluir.

En tercer lugar, quizá proceda preguntarse si la futura LPI utilizará el mismo concepto de «intermediario» que la LSSI. En mi opinión, esto no tiene porque ser así. La LSSI pretende brindar seguridad jurídica a aquellos sujetos —y solamente a éstos— que prestan infraestructura o herramientas necesarias para el desarrollo de Internet, mientras que la LPI persigue la protección de los titulares de derechos contra «quienes están en mejor situación» de poner fin a un acto ilícito. Por tanto, el concepto de «intermediario» en la LPI debería corresponderse con este objetivo y, probablemente, sobrepase al contemplado en la LSSI.

La segunda novedad es la prohibición de los dispositivos, productos o componentes y servicios que sirvan para la elusión de una medida tecnológica de protección de los derechos de autor¹⁰¹. En particular, los titulares de derechos podrán ejercitar acciones de remoción e indemnización contra aquéllos que: «a) sea[n] objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tenga[n] una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección¹⁰², o c) esté[n] principalmente concebido[s], producido[s], adaptado[s] o realizado[s] con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección» (art. 160.2 del BALPI 2004). Las tres reglas son esenciales para el tratamiento de los sistemas P2P, de hecho fundamentaron la decisión en el caso *Aimster*, y las dos últimas serán decisivas en la resolución definitiva del caso *Grokster*. No obstante, este precepto no será de aplicación a los sistemas P2P debido a que se refiere únicamente a la elusión de medidas tecnológicas de protección y no a la contribución a otros actos ilícitos, como la reproducción o comunicación pública de las obras. Si el legislador desea que estos criterios sean igualmente aplicables a los operadores P2P debería declararlo expresamente, pues de lo contrario la interpretación analógica se nos antoja, por lo menos, cuestionable.

¹⁰¹ Esta norma proviene del art. 6 de la DDASI y encuentra su homóloga estadounidense en la § 1201 [«Circumvention of copyright protection systems»] de la *Copyright Act*. No obstante, el estudio de las mismas queda más allá de los límites de este trabajo. Para una exposición breve y clara de dicho régimen, XALABARDER PLANTADA, R., «Capítulo IV: Infracciones de propiedad intelectual...», *op. cit.*, págs. 123 y ss; en la doctrina estadounidense, GINSBURG, J. C., «News from US I», *op. cit.*, págs. 150 y ss.

¹⁰² Este segundo inciso recuerda mucho a la doctrina del caso *Betamax*. No obstante, hay dos diferencias. En primer lugar, aquí se prohíben los mecanismos —o servicios— con un uso comercial lícito limitado; mientras que allí se permite la explotación de mecanismos con un número considerable de usos lícitos («significant noninfringing uses»). En mi opinión, la divergencia es más aparente que real, fruto de la perspectiva opuesta desde la que están redactadas ambas normas —la prohibición y la autorización, respectivamente—. Tanto una como otra sitúan el punto en el que empieza la licitud de los mecanismos o servicios aptos para eludir la protección en un lugar indeterminado entre los usos lícitos por encima de lo meramente anecdótico —aproximadamente un 10%— y algo por debajo de una mayoría de usos lícitos —aproximadamente un 40%—.

III. TITULARES DE DERECHOS VERSUS USUARIOS

1. PLANTEAMIENTO

Los resultados de los titulares de derechos en su enfrentamiento contra los operadores P2P han sido de signo contradictorio, cosechando tanto reveses como éxitos. Sus perspectivas de éxito en las acciones judiciales frente a Tribunales estadounidenses son esperanzadoras, pero no necesariamente se extenderá esa jurisprudencia sobre el resto del mundo¹⁰³. Además, la victoria hoy contra un operador P2P ni obliga a otro distinto ni mucho menos garantiza el mismo resultado en el futuro, máxime cuando las innovaciones tecnológicas son continuas y éstas pueden cambiar el tratamiento jurídico. En síntesis, transcurridos cinco años desde el nacimiento de las aplicaciones P2P, y a pesar de los denodados esfuerzos de los titulares de derechos contra los operadores de este tipo de tecnología, las redes de intercambio de archivos entre particulares presentan a día de hoy un estado de salud envidiable. Por ello, los titulares de derechos han decidido desplazar su punto de mira hacia un nuevo objetivo: los usuarios¹⁰⁴.

2. TRATAMIENTO CIVIL

No creo que plantee ninguna duda que los usuarios que participan en una red P2P están realizando dos tipos de actos que la LPI reserva en exclusiva a los titulares de derechos de autor: la reproducción (art. 18 de la LPI) y la comunicación pública (art. 20 de la LPI)¹⁰⁵.

i) *Reproducción*

Ahora bien, teniendo en cuenta que muchos de los programas P2P permiten al usuario limitarse a la reproducción —descargar canciones—, sin necesidad de

¹⁰³ Recuérdese que los Tribunales holandeses se han pronunciado a favor de la legalidad de la explotación de sistemas P2P descentralizados (ver nota al pie n.º: 38).

¹⁰⁴ Esta medida fue adoptada por primera vez en septiembre de 2003 por la *Recording Industry Association of America (RIAA)*, Asociación de la Industria Discográfica Estadounidense, y desde entonces se ha plasmado en auténticos aluviones de demandas —unas 6.200 hasta noviembre de 2004—, que en ocasiones acaban con acuerdos extrajudiciales por los que el usuario se obliga a indemnizar a la asociación con sumas importantes («Is Illegal File Sharing Declining?», *PC World*, 11 de noviembre de 2004 <<http://blogs.pcworld.com/staffblog/archives/000310.html>>.). La estrategia ha sido extendida a varios países europeos —Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Italia y Reino Unido— por la *International Federation of the Phonographic Industry (IFPI)*, Federación Internacional de la Industria Fonográfica (nota de prensa del 7 de octubre de 2004 <<http://www.ifpi.org/site-content/press/20041007.html>>). Finalmente, la industria cinematográfica estadounidense amenaza con subirse al mismo carro, según se desprende de las declaraciones del Presidente de la *Motion Pictures Association of America (MPAA)*, Asociación de la Industria Cinematográfica Estadounidense (nota de prensa del 11 de noviembre de 2004 <<http://www.mpa.org/MPAAPress/>>).

¹⁰⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, págs. 60 y 61.

poner a disposición del resto de usuarios las que tiene almacenadas en el disco duro, debemos plantearnos si dicha reproducción está cubierta por la excepción de copia privada (art. 31 2.º de la LPI)¹⁰⁶.

En Derecho comparado se ha planteado la siguiente discusión, que es previa al examen de los elementos del art. 31 2.º de la LPI, ¿puede cobijarse bajo el paraguas de la excepción de copia privada una reproducción hecha a partir de un acto ilícito (de comunicación pública, generalmente)? Esta pregunta ha recibido respuestas divergentes. El legislador alemán, aprovechando la transposición a su Derecho interno de la DDASI, ha establecido que: «están permitidas las copias aisladas de una obra realizadas por una persona natural para uso privado en cualquier soporte (...), siempre que no sea utilizado para realizar la reproducción un modelo producido de forma manifiestamente ilícita» (§ 53 Abs. 1 S. 1 de la *Urheberrechtsgesetz*)¹⁰⁷. En cambio, en Canadá el *Copyright Board*¹⁰⁸ ha declarado que «[t]here is no requirement in Part VIII [of the Copyright Act: Private Copying] that the source copy be a non-infringing copy. Hence, it is not relevant whether the source of the track is a pre-owned recording, a borrowed CD, or a track downloaded from the Internet»¹⁰⁹. Ni nuestra

¹⁰⁶ Aunque el texto del BALPI 2002 —similar a la redacción antigua— y el del BALPI 2003 —similar a la DDASI— difieran en su literalidad, son prácticamente idénticos en el fondo, SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 14, mayo-agosto 2003, pág. 37. En el BALPI 2004 se toma algo de las dos redacciones anteriores y se introduce la obligación de que el copista realice la copia para «su» uso privado.

¹⁰⁷ «Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern (...), soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird», § 53 [Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch] *UrhG*, según la redacción dada por la *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, de 10 de diciembre de 2003 (*Bundesgesetzblatt*, 2003, Teil I, n.º: 46, pág. 1774 y ss.). Ver la fundamentación del nuevo inciso en *Unterrichtung des Bundesrat, BT-Drucksache 15/1066*, 27 de mayo de 2003 <<http://dip.bundestag.de/btd/15/010/1501066.pdf>>. En la doctrina, NORDEMANN, J. B./DUSTMANN, A., «To Peer Or Not To Peer...», *op. cit.*, pág. 381. Sin embargo, la redacción de la Ley alemana presentaba alguna duda sobre la licitud de las copias privadas realizadas a partir de un modelo producido lícitamente, pero comunicado al público de forma ilícita (p. ej., descargar de un sitio de pago bajo demanda una canción —reproducción lícita— en mi carpeta compartida con el resto de usuarios de la red P2P —comunicación ilícita—). Por ello, en el nuevo proyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual alemana se prohíben, no ya las copias privadas realizadas a partir de modelos producidos de forma manifiestamente ilícita, sino también los modelos puestos a disposición del público del mismo modo («... soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird», en cursiva el añadido propuesto), *Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, 27 de septiembre de 2004 <<http://www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/129.pdf>>, ver páginas 52 y 53 para la fundamentación. Por su parte, la legislación italiana impide de manera general que la excepción de copia privada se aplique respecto a las obras puestas a disposición del público —lícita o ilícitamente— de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el modo que elija, art. 71-*sexies comma* 3 de la *Legge sul Diritto d'autore*, de 22 de abril de 1941, n.º: 633.

¹⁰⁸ La función de esta Comisión consiste en establecer, imperativamente o a petición de parte interesada, las licencias que deben ser pagadas para la utilización de obras protegidas por el Derecho de autor, cuando la gestión de las mismas corresponde a una entidad de gestión colectiva. El *Copyright Board* también tiene la facultad de supervisar acuerdos entre usuarios y organismos licenciarios cuando el titular de los derechos no puede ser localizado, ver <<http://www.cb-cda.gc.ca/>>.

¹⁰⁹ Informe del *Copyright Board* canadiense *Private Copying 2003-2004*, 12 de diciembre de 2003 <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>>, pág. 20.

legislación actual ni los proyectos de reforma arrojan luz sobre la licitud de las copias privadas realizadas a partir de un ejemplar ilícitamente producido o difundido, por lo que debemos acudir a los criterios que ofrece el art. 31 2.º de la LPI.

Los cuatro grandes interrogantes que determinan el alcance de la excepción de copia privada son: ¿cuándo el uso es «privado»?; ¿quién debe considerarse «copista»?; ¿qué se entiende por utilización «colectiva»?; y ¿«lucrativa»?¹¹⁰. Además, la excepción no entrará en juego respecto a las obras no divulgadas, ni afectará a los programas de ordenador (arts. 31 2.º y 99 a) de la LPI) ni bases de datos electrónicas (art. 34.2 a) de la LPI).

El primer requisito parece exigir que la utilización de la copia se restrinja a la esfera íntima —no necesariamente a la estrictamente personal— de aquél que la realiza¹¹¹. Sorprendentemente se toman en consideración los actos de disfrute de la obra, que generalmente son libres. En todo caso, este primer requisito excluye del ámbito de la excepción aquellas copias que al tiempo que se realizan, incluso antes de haber reproducido el archivo en su integridad, se ponen a disposición del resto de usuarios de la red P2P¹¹².

El segundo elemento permite varias interpretaciones, siendo las tres más repetidas que copista es: la persona que realiza efectivamente la copia; la que posee las máquinas y explota el comercio; o la que encarga su realización¹¹³. Cualquiera que sea la interpretación correcta, el usuario de una red P2P encaja más o menos cómodamente en el concepto de copista, máxime cuando algunos autores entienden que las tres acepciones posibles de copista no se excluyen, sino que se suman¹¹⁴.

El tercer requisito prohíbe la utilización colectiva de la obra. A fin de evitar el solapamiento con el primer requisito —uso privado— se ha mantenido con acierto que el carácter colectivo debe examinarse en relación a la actividad de reproducción y no respecto a la utilización de la copia una vez realizada¹¹⁵. Esto

¹¹⁰ Por todos, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 602; CASAS VALLÉS, R., «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi Civil*, 1993, Tomo 1.º, pág. 2003.

¹¹¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 602 y 603.

¹¹² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, pág. 60.

¹¹³ LLEDÓ YAGÜE, F., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Madrid, 1989, pág. 497.

¹¹⁴ GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º: 614, 1993, pág. 202. En el BALPI 2004 se introduce la obligación de que el copista realice la copia para «su» uso privado, por lo que excluye con carácter general la aplicación de la excepción a las reproducciones realizadas por tercero, incluso cuando no se trate de un establecimiento comercial (p. ej., un amigo).

¹¹⁵ GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *op. cit.*, pág. 207. En el mismo sentido, Fundamento Jurídico 4.º de la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2000 [ARP 2000/291].

excluiría del ámbito de la excepción las copias realizadas en lugares públicos (p. ej., cibercafés, aulas de ordenadores en centros de enseñanza...) ¹¹⁶.

El último elemento es el carácter lucrativo. Su interpretación ha dado lugar a un intenso debate doctrinal y social, en buena medida debido a las repercusiones penales, que veremos en el siguiente epígrafe. El listón que fija cuando estamos frente a una utilización lucrativa puede situarse a tres niveles ¹¹⁷: el más bajo comienza con las copias que realiza aquel que ya tiene la obra original, pues concibe el lucro como la diferencia entre el coste de un nuevo original y la copia realizada (copias suplementarias); el intermedio entiende que es lucrativa la copia que obtenemos a partir de un ejemplar ajeno, pues nos ahorra el precio de un ejemplar licenciado (copias sustitutivas); y el más elevado califica de lucrativa la copia cuyo destino es la venta (copia pirata). En mi opinión, la primera interpretación es demasiado rigurosa, pues vacía de contenido la excepción de copia privada ¹¹⁸. En el otro extremo, parece claro que no caben dentro de la excepción las copias que se utilizan para obtener un rendimiento patrimonial ¹¹⁹. El problema lo plantea la categoría intermedia, que resulta ser la propia de las redes P2P. La admisibilidad de estas copias debe ser abordada desde la interpretación teleológica.

El fundamento de la excepción de copia privada no es único, sino que aúna varios intereses (p. ej., acceso a la cultura, fines científicos, protección de la intimidad) ¹²⁰. No obstante, el más comúnmente repetido por la doctrina es la imposibilidad de control ¹²¹. Si la copia no se puede controlar, todo lo que puede garantizar el legislador es la remuneración compensatoria por la misma ¹²². Este

¹¹⁶ CASAS VALLÉS, R., «La fotocopia y su régimen jurídico», *op. cit.*, pág. 2006. El BALPI 2003 preveía la introducción de un nuevo párrafo en el art. 31 que consolidaría esta teoría: «A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior [excepción de copia privada] de este apartado no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas mediante equipos, aparatos y materiales puestos a disposición del público ni las obtenidas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público o sean objeto de distribución mediante precio». Si bien, la consagración de la teoría en el segundo apartado del art. 31.2 comportaría automáticamente la necesidad de buscar una nueva interpretación a lo que debe entenderse por «utilización colectiva», pues no es posible que el legislador excluya dos veces una misma cosa.

¹¹⁷ CASAS VALLÉS, R., (Ponente), «Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, en poder del autor, pág. 10; el mismo, «La fotocopia y su régimen jurídico», *op. cit.*, pág. 2006.

¹¹⁸ GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *op. cit.*, pág. 207. En contra, SERRANO GÓMEZ, E., «Napster y la propiedad intelectual...», *op. cit.*, pág. 1112.

¹¹⁹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 605.

¹²⁰ Por todos, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 600. SÁNCHEZ ARISTI añade a los que tradicionalmente cita la doctrina, el derecho de propiedad privada y de la libertad personal de los usuarios de las obras, en «La copia privada digital», *op. cit.*, págs. 14 y 15.

¹²¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 600; CASAS VALLÉS, R., «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi Civil*, *op. cit.*, pág. 1999; CARBAJO CASCÓN, F., «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º: 2, 2003, pág. 53.

¹²² El hecho de que los discos duros de los ordenadores personales no estén cargados con la remuneración compensatoria, no es óbice para dejar de aplicar la excepción. La remuneración

control debería ser posible desde una triple perspectiva: la tecnológica, la legal —no colisión con otros derechos (p. ej., intimidad)— y la económica. Las debilidades¹²³ de que adolecen estos tres frentes conducen a la conclusión de que la excepción de copia privada prevista en el ámbito analógico continúa siendo igualmente aplicable en el digital¹²⁴ y, además, abarca tanto las copias suplementarias como las copias sustitutivas¹²⁵.

Si bien resulta muy aconsejable que se valore antes la posibilidad de control, nadie puede negar al legislador la facultad de erradicar o restringir la excepción de copia privada. En este sentido, debe hacerse referencia a la «prueba de las tres fases» o «three steps test» (art. 40 bis de la LPI)¹²⁶ y al amparo jurídico que se da a las medidas tecnológicas de protección (art. 6 de la DDASI y arts. 160 y 161 del BALPI 2004). En cualquier caso, el alcance real de la prueba de las tres fases es ciertamente difuso¹²⁷ y la futura protección de las medidas tecnológicas anticopia no afectará a los usuarios que descargan archivos en las redes P2P, pues estos no participan en la elusión¹²⁸, si es que ha existido.

compensatoria no es una condición que fije el art. 31 2.º de la LPI, sino una mera posibilidad. Ver Informe del *Copyright Board* canadiense *Private Copying 2003-2004*, 12 de diciembre de 2003, pág. 21.

¹²³ En el Informe DCE de la Comisión se afirma que en «los informes y estudios sobre la eficacia de las aplicaciones de bloqueo y filtrado parecen indicar que todavía no existe una tecnología infalible, que proporcione una eficacia total para bloquear o filtrar información ilícita y nociva, y que, al mismo tiempo, impida que se bloquee información totalmente lícita, lo que constituye una violación de la libertad de expresión», pág. 16. En el mismo sentido, Informe del *Copyright Board* canadiense *Private Copying 2003-2004*, 12 de diciembre de 2003, pág. 12. Respecto al análisis económico del Derecho resulta imprescindible la lectura del artículo de GÓMEZ POMAR, F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *op. cit.*, págs. 165 y ss.

¹²⁴ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 52.

¹²⁵ CASAS VALLÉS, R., (Ponente), «Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, en poder del autor; pág. 11. No obstante, se ha puesto de manifiesto que de las afirmaciones del caso *Napster* puede colegirse que el Tribunal entendió que las copias sustitutivas estaban fuera del ámbito de la excepción, ESTEVE PARDO, M.ª A., *Contratos multimedia*, Madrid, 2003, pág. 282.

¹²⁶ La «prueba de las tres fases» se incorporó al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (1886) en la Conferencia de Estocolmo de 1967 y nuestro legislador la introdujo parcialmente en la LPI a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE (...) sobre la protección jurídica de las bases de datos. Asimismo, se recoge en el art. 5.5 de la DDASI. En síntesis, consiste en una excepción a las excepciones de los derechos de autor, haciendo depender la eficacia de éstas últimas de un triple examen: en primer lugar, las excepciones solamente podrán alcanzar a determinados casos concretos; en segundo lugar, no deberán atentar a la explotación normal de la obra; y, en tercer lugar, no deberán perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del autor. Ver FICSOR, M., «How much of what? The «three-step test» and its application in two recent WTO dispute settlement cases», (trad. A. MUNOZ), *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º: 192, abril 2002, págs. 111 y ss.

¹²⁷ Aunque es teóricamente posible que los Jueces utilicen la «prueba de los tres pasos» para restringir una excepción, no tengo conocimiento de que esto haya sucedido hasta la fecha. En el mismo sentido, CASAS VALLÉS, R., (Ponente), «Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, en poder del autor, pág. 38.

ii) *Comunicación pública*

El segundo derecho que se ve comprometido por los usuarios es el de comunicación pública, en su manifestación de puesta a disposición del público. Tras las vacilaciones iniciales¹²⁹, la DDASI ubicó en el derecho de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras (...) de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija» (art. 3.1 de la DDASI y art. 20.2 i) del BALPI 2004). El encuadramiento de los usuarios de redes P2P en este precepto es más que claro¹³⁰.

La respuesta es tan uniforme a escala internacional, que llama la atención que un Juez canadiense haya mantenido lo siguiente: «[t]he mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2P service does not amount to distribution. Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out the copies or advertising that they are available for copying. No such evidence was presented by the plaintiffs in this case»¹³¹. No obstante, en la propia sentencia se insinúa que el sentido del fallo habría sido otro si Canadá hubiese implementado a su Derecho interno el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de diciembre de 1996, que en su art. 10 recoge el derecho de puesta a disposición del público. Por ello, la solución canadiense no es extrapolable a nuestro país, en el que la doctrina acepta de forma unánime que el derecho de puesta a disposición del público encuentra acomodo sin dificultades en el derecho de comunicación pública del art. 20 de la LPI»¹³².

3. TRATAMIENTO PENAL

En los países de nuestro entorno son continuas las noticias que llegan desde ámbitos legislativos y jurisdiccionales en relación con la tipicidad de los actos realizados por los usuarios de redes P2P, lo que da muestra de la preocupación social que despierta esta cuestión. A título de ejemplo, el legislador italiano ha producido durante el primer semestre de 2004 hasta tres textos —a saber, *Decreto-legge*, de 22 de marzo de 2004, n.º: 72¹³³, conocido popularmente como

¹²⁸ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 51.

¹²⁹ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, págs. 18 y 19; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el Derecho de autor», *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, n.º: 2, mayo-agosto 1999, págs. 91 y 92.

¹³⁰ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, págs. 48 y 49; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, págs. 60 y 61.

¹³¹ *BMG Canada Inc. V. John Doe* (2004 *Federal Court* 488), 31 de marzo de 2004 <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/2004/2004fc488.shtml>>.

¹³² MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea...», *op. cit.*, pág. 19. Ver también la SAP de Madrid, de 13 de noviembre de 2003 [JUR 2004\88888] (caso *Weblisten*).

¹³³ *Gazzetta Ufficiale* n.º: 69, de 23 de marzo de 2004.

Decreto Urbani; la *Legge*, de 21 de mayo de 2004, n.º: 128¹³⁴, vigente en el momento de redacción de este trabajo; y el *Disegno di Legge* N. 2980¹³⁵, de 31 de mayo de 2004— en los que se regula expresamente el régimen sancionador aplicable a los usuarios de redes P2P¹³⁶. Por motivos de espacio no puedo entrar en detalle en dicha normativa, pero sí que trazaré sus dos líneas generales: la imposición de multas por la participación en sistemas P2P¹³⁷ y la mera exigencia de obtener un provecho («per trarne profitto») —y no de ánimo de lucro («a fini de lucro») — para que sean de aplicación las penas más graves, de hasta cuatro años de cárcel. Estas novedades fueron duramente contestadas por los usuarios, por lo que ya existe un texto prelegislativo en el que se prevé su dulcificación¹³⁸.

En otros países de nuestro entorno ya han recaído sentencias que condenan a usuarios de redes P2P en sede penal, en particular, en Francia¹³⁹ y Alemania¹⁴⁰. Sin embargo, debemos situar estas resoluciones en su contexto. La fundamentación en Derecho positivo de dichos fallos se encuentra en lo esencial en el art. L 335-2 del *Code la Propriété Intellectuelle*¹⁴¹ y en el pára-

¹³⁴ *Gazzetta Ufficiale* n.º: 119, de 22 de mayo de 2004.

¹³⁵ *Disegno di Legge* N. 2980, de 31 de mayo de 2004, *Senato della Repubblica, XIV Legislatura*.

¹³⁶ En el *Decreto-legge*, de 22 de marzo de 2004, se habla de «programmi di condivisione di file fra utenti»; mientras que en la *Legge*, de 21 de mayo 2004, se utiliza la expresión «sistema di reti telematiche».

¹³⁷ El *Decreto-legge*, de 22 de marzo de 2004, sancionaba con 1.500 euros a aquellos usuarios de aplicaciones P2P que sin ánimo de lucro pusiesen a disposición del resto de usuarios obras cinematográficas o se limitasen a acceder a dichas obras mediante el mismo sistema; y la *Legge*, de 21 de mayo 2004, sustituyó este sistema por una multa en caso de incumplimiento de un deber de nueva creación, consistente en acompañar cualquier acto de puesta a disposición del público de una obra en un sistema de redes con un aviso indicando que se han cumplido todas las obligaciones que impone el Derecho autor.

¹³⁸ «In particolare, l'approvazione alla Camera di un emendamento probabilmente non sufficientemente meditato aveva condotto, all'articolo 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, in materia di protezione del diritto d'autore, alla sostituzione dell'espressione «a fini di lucro» con l'altra «per trarne profitto». I due termini, solo apparentemente simili, sono tuttavia giuridicamente assai diversi, sì che è emerso il fondato timore che con la nuova dizione le fattispecie penali previste dal citato articolo 171-ter, comma 1, e comma 2, lettera a-bis, potessero essere ingiustamente applicate anche a condotte tenute per uso personale, contravvenendo con ciò pienamente lo spirito della modifica parlamentare (...). Il presente disegno di legge si propone pertanto di tenere fede a quell'impegno, ripristinando l'originaria espressione «a fini di lucro» che sicuramente vale ad escludere la sanzionabilità penale di comportamenti tenuti per uso personale, perseguiti, invece, ai sensi delle disposizioni contenute nell'articolo 174-ter della stessa legge n. 633 del 1941», *Disegno di Legge* N. 2980, de 31 de mayo de 2004, *Senato della Repubblica, XIV Legislatura*.

¹³⁹ Seis internautas fueron condenados por intercambiar películas a través del programa P2P *Kazaa*, aunque también mediante correo tradicional, a penas de entre uno y tres meses de cárcel —eso sí, exentos de cumplimiento— y al pago de indemnizaciones de entre 2.000 y 5.818 euros, *Tribunal de Grande Instance* de Vannes, 29 de abril de 2004 <<http://juriscom.net/documents/tgivan-nes20040429.pdf>>.

¹⁴⁰ Un joven alemán fue condenado por la descarga y comunicación pública de 272 canciones a través del programa P2P *Kazaa* a una pena de 80 días multa, con cuota diaria de 5 euros, *Amtsgericht Cottbus*, 6 de mayo de 2004, <<http://www.aufrecht.de/3253.html>>.

¹⁴¹ «Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit», art. L 335-2 del *Code la Propriété Intellectuelle*. Es decir, «[t]oda edición de escritos, composiciones musicales, dibujos,

grafo 106 Abs. 1¹⁴² de la *Urheberrechtsgesetz*. Tanto la legislación francesa como la alemana se diferencian de la española en la forma y en el fondo: en cuanto a la forma, las leyes de propiedad intelectual de aquellos dos países incorporan preceptos de contenido punitivo, lo que nuestra LPI deja por completo en manos del Código penal; y en cuanto al fondo, dichos preceptos prevén la imposición de sanciones independientemente de la existencia de ánimo de lucro¹⁴³, al contrario de lo que sucede en nuestro Código penal.

En nuestro Derecho, la redacción dada al art. 270 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, preceptúa que: «[s]erá castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

A partir de la lectura de este precepto puede adivinarse con facilidad que la discusión sobre el carácter delictivo de los actos realizados por los usuarios de redes P2P gira alrededor del concepto de «ánimo de lucro». Una primera consideración que debe realizarse es que los actos ilícitos efectuados por el usuario son dos: la reproducción y la comunicación pública. Respecto a esta última resulta francamente difícil apreciar lucro alguno, salvo en el supuesto de que la aplicación P2P exija al usuario que pongan sus obras a disposición de los usuarios como condición para descargar otras¹⁴⁴. Y en cuanto al acto de re-

cuadros o cualquier otra creación, impresa o grabada en su totalidad o en parte, vulnerando las leyes y reglamentos relativos a la propiedad de los autores es una violación de la propiedad intelectual y toda violación de la propiedad intelectual es un delito». Debe aclararse que el término «contrefaçon» es de difícil traducción y que puede equivaler a infracción, acto de piratería o usurpación de marca o, en general, a cualquier violación de la propiedad intelectual. En el segundo apartado del mismo precepto se prevén las penas para este delito, que el art. 34 I de la *Loi* n.º 2004-204, de 9 de marzo de 2004 (*Journal Officiel*, de 10 de marzo de 2004), ha agravado desde los 2 años de privación de libertad y multa de 150.000 euros anteriores a su entrada en vigor hasta los tres años de privación de libertad y 300.000 euros.

¹⁴² «Wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft», parágrafo 106 Abs. 1 de la *Urheberrechtsgesetz*. Es decir, «el que reproduzca, distribuya o comunique públicamente una obra o una transformación de la misma en supuestos diferentes a los permitidos legalmente o sin la autorización de los titulares de derechos, será castigado con penas de privación de libertad de hasta tres años o multa».

¹⁴³ Así lo declara expresamente el *Tribunal de Grande Instance* de Vannes (ver nota al pie n.º: 139) al afirmar que «el carácter gratuito de los intercambios no es óbice para la aplicación del art. L 335-2 de la Ley de propiedad intelectual. Éste será tenido en cuenta solamente para fijar las penas de los inculpados». En el texto original, «notamment le caractère gratuit des échanges ne fait pas obstacle à l'application de l'article L 335-2 du Code de la Propriété Industrielle. Il en sera tenu compte seulement pour la fixation des peines des prévenus».

¹⁴⁴ CASAS considera que se trata de un supuesto que plantea dudas, CASAS VALLÉS, R., (Ponente), «Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, en poder del autor, pág. 7. En un supuesto análogo, en el que un individuo acudió a un mercado con copias de juegos y programas de orde-

producción, ya he avanzado más arriba que en mi opinión las copias de sustitución que realizan los usuarios de redes P2P no son lucrativas. En otras palabras, el ahorro que supone copiar la obra a partir de un ejemplar ajeno en lugar de adquirirla no satisface el requisito del carácter lucrativo, máxime si tenemos en cuenta el principio de última *ratio* o intervención mínima¹⁴⁵ del Derecho penal. Por tanto, solamente deben castigarse en sede penal las conductas más graves, es decir, aquéllas en las que se obtiene un rendimiento patrimonial a costa de los titulares de derechos.

En todo caso, los usuarios de redes P2P no deberían relajarse por completo, pues los Jueces y Magistrados de lo penal se han mostrado titubeantes en lo que a la delimitación del ánimo de lucro se refiere. Algunas sentencias apuestan por la teoría defendida en el párrafo anterior¹⁴⁶, pero otras sugieren una interpretación mucho más laxa del ánimo de lucro, que comprende «cualquier beneficio, ventaja o utilidad que persiga el agente»¹⁴⁷.

4. IDENTIFICACIÓN DEL USUARIO: EL PAPEL DE LOS PROVEEDORES DE ACCESO

Aunque el éxito de una demanda contra los usuarios de una red P2P que ponen obras a disposición del público está garantizado, el obstáculo que deben salvar los titulares de derechos será descubrir quienes son esos usuarios. La identificación del usuario pasa por despejar dos incógnitas, a saber, desde qué ordenador se comunican —y/o reproducen— las obras y quién está utilizando ese ordenador.

nador, el Tribunal entendió probado que dicha persona tenía la finalidad de obtener «una contraprestación (aunque ésta fuera conseguir a cambio reproducciones de otros programas)», por lo que el fallo fue condenatorio, SAP de Barcelona, de 31 de julio de 2001 [JUR 2001\325663].

¹⁴⁵ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 50.

¹⁴⁶ Así, la STS, de 27 de febrero de 1992 [RJ 1992\1358], que lo identifica con la «existencia de una infraestructura negocial»; o la SAP de Madrid, de 28 de diciembre de 2001 [JUR 2002\147396], que en un litigio contra los dueños de un comercio en el que se realizaban copias de CDs musicales mantiene que «sería impune la actuación del cliente, pero no la de las personas que desarrollan una actividad empresarial presidida por la obtención de un beneficio económico». También son abundantes, aunque no lleguen en igual proporción a las bases de datos de jurisprudencia, las sentencias en las que se absuelve al propietario de un comercio de productos informáticos, que está en poder de copias de videojuegos o programas de ordenador, pero no se llega a demostrar que éstas estaban destinadas a su comercialización, por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo de lo Penal Baleares, Palma de Mallorca, de 30 marzo de 2001 [JUR 2001\142814], posteriormente ratificada por SAP de Baleares, de 23 de noviembre de 2001 [ARP 2002\89]. Incluso, un grupo de sentencias afirma que no existe ánimo de lucro en los establecimientos comerciales que realizan reproducciones de obras protegidas por el Derecho de autor para terceros, cuando estos últimos aportan el original. En este sentido, la SAP de Madrid, de 10 de mayo de 2002 [ARP 2002\593] y la SAP de Valladolid, de 19 de abril de 2000 [ARP 2000\2302]. CASAS pone luz en este embrollo al afirmar respecto a la primera de estas dos sentencias que «en vez de hacer una interpretación correcta de la legislación de propiedad intelectual y refugiarse —para evitar la condena— en el principio de intervención mínima del Derecho penal, desestimó la querrela con argumentos tan sorprendentes como erróneos», CASAS VALLÉS, R., (Ponente), «Respuesta al Cuestionario ALAI 2003», junio 2003, en poder del autor, pág. 34.

¹⁴⁷ Esta doctrina fue desarrollada inicialmente para los delitos de robo y hurto, STS, de 15 de noviembre de 1982 [RJ 1982\7135]; en el mismo sentido, STS, de 21 de abril de 1989 [RJ 1989\3494].

La respuesta al primer interrogante es fácil de obtener, por lo menos, técnicamente. Cualquier transmisión de datos en Internet («packet») incluye, además del contenido que sea, la dirección IP¹⁴⁸ del ordenador al que se dirige y la dirección IP del ordenador desde el que sale, de la misma forma que una carta tiene destinatario y remitente. Los titulares de derechos pueden recurrir a varios métodos para «recolectar» direcciones IP, entre los que se encuentran: la utilización de *sniffers*, que son programas que analizan el tráfico en una red, pudiendo capturar datos; la propia participación con ordenadores muy potentes en redes P2P descentralizadas, de tal manera que dichos ordenadores se convierten en Supernodos¹⁴⁹ y acceden así a la dirección IP de los ordenadores conectados y a los archivos compartidos por cada uno¹⁵⁰; o la simple introducción en el campo de búsqueda de una aplicación P2P del título de cualquier obra o autor, de tal forma que aparezcan los usuarios que tienen a disposición del público los archivos que se corresponden con esta búsqueda¹⁵¹ y mediante la descarga de los mismos —basta iniciarla— se obtienen sus direcciones IP.

No obstante, alguna de estas conductas técnicamente posibles es al mismo tiempo legalmente reprobable, hasta el punto de que los datos así obtenidos podrían estar viciados para su aportación en una hipotética demanda. En concreto, el segundo inciso del art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que: «[n]o surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» y el secreto de las comunicaciones lo es (art. 18.3 de la Constitución española). Los dos caminos para evitar este defecto invalidante son: la autorización judicial, que no será concedida si el Juez considera que se trata de un mero ilícito civil¹⁵²; o

Y posteriormente extendida sobre los delitos de propiedad intelectual, por ejemplo, en la SAP de Córdoba, de 12 de junio de 2002 [ARP 2002\520] y en la SAP de Málaga, de 6 de noviembre de 2003 [ARP 2004\64].

¹⁴⁸ La dirección IP («Internet Protocol») es un número único asignado por el proveedor de acceso (p. ej., *Terra*, *Wanadoo*, *RedIRIS*...) —de forma fija o dinámica— a todo ordenador que se conecta a Internet, a fin de identificarlo y permitir de este modo la comunicación, es decir, es como el carné de identidad de cada ordenador. El proveedor de acceso a Internet normalmente conserva un fichero con la dirección IP —fija o dinámica— asignada al usuario, el número de identificación del mismo, la fecha, la hora y la duración de la asignación de dirección.

¹⁴⁹ Ver nota al pie n.º: 12.

¹⁵⁰ WALDEN, I., «Forensic Investigations in Cyberspace for Civil Proceedings», *International Review of Law Computers & Technology*, Volume 18, n.º: 2, julio 2004, pág. 284.

¹⁵¹ En el supuesto de que los titulares de derechos coloquen su obra en la red P2P para después demandar a aquellas personas que la descargan podría objetarse que nos encontramos frente a un supuesto de autorización implícita. GARROTE lo defiende respecto a las copias en la memoria RAM, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en internet - La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, 2.ª ed., Granada, 2003, págs. 338, 355 y 356.

¹⁵² «La legitimidad de la intervención telefónica, en cuanto restringe el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, exige la existencia previa de verdaderos indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiere comprobar y de la probabilidad de su existencia. Necesario es también que la resolución judicial se halle motivada suficientemente, con explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales; y que haya proporcionalidad en la medida, es decir, que se adopte en caso de delitos graves en los que por las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción», STS, de 12 de julio de 2004 [2004\4199], entre otras muchas.

la propia participación en la comunicación¹⁵³. Por ello, debe desecharse rotundamente la utilización de *sniffers*, que incluso puede ser perseguida penalmente (art. 197 del Código penal); debe desecharse igualmente la información obtenida por los titulares de derechos como Supernodos, pues interceptan los datos aprovechándose de su papel de intermediarios¹⁵⁴ —tampoco un cartero puede guardar un registro de los paquetes que pasan por sus manos—; y, en cambio, es perfectamente lícita la utilización de los datos conseguidos a través de la mera realización de búsquedas en redes P2P.

Una vez que el titular de derechos tiene la dirección IP del ordenador que realiza el acto ilícito debe ponerle nombre y apellidos, es decir, debe averiguar quién lo está utilizando. Para ello debe localizar al proveedor de acceso que ha asignado esa dirección IP, lo que es realmente simple¹⁵⁵, y a continuación debe solicitar a dicho proveedor que revele la identidad del usuario que tenía asignada la dirección IP en el momento en que se realizó el ilícito, lo que como veremos presenta más dificultades. En concreto, las dos preguntas que se plantean son: ¿tienen los proveedores de acceso la obligación de conservar los datos de conexión?; y ¿tienen el deber de facilitárselos a los titulares de derechos?

En primer lugar, la única norma en nuestro ordenamiento que establece la obligación del proveedor de acceso de conservar los datos de conexión necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión es el art. 12 de la LSSI. No obstante, este mismo precepto prevé que el contenido exacto del deber de retención de datos se determinará a través de su normativa de desarrollo, no pudiendo en ningún caso conservarse los mismos durante un período superior a doce meses. En otras palabras, hasta que no se apruebe el Decreto correspondiente, los proveedores de acceso no tienen el deber de conservar información alguna, pero sí de eliminarla en el período máximo de doce meses¹⁵⁶. Sin embargo, este plazo perentorio ha sido al parecer involuntariamente derogado por el art. 38.3 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, del que se deriva la posibilidad de conservar los datos por un período de hasta quince años¹⁵⁷. Nótese que la LGT establece una mera facultad a favor de los prestadores de servicios, y no un deber, como sucede en la LSSI.

¹⁵³ También es reiterada la jurisprudencia que declara que «no es preciso autorización judicial para proceder a la grabación de una conversación por uno de los que intervienen en ella», STS, 5 de julio de 2004 [2004\4138] y otras allí citadas.

¹⁵⁴ Respecto a la legislación británica afirma lo contrario WALDEN, en «Forensic Investigations in Cyberspace for Civil Proceedings», *op. cit.*, pág. 284.

¹⁵⁵ Invito al lector a que introduzca su dirección IP —si no la conoce, esta página se la facilitará: <<http://www.whatismyip.com>>— en el campo de búsqueda de la siguiente página *web*: <<http://sunny.nic.com/cgi-bin/whois>>. Acto seguido aparecerán su proveedor de acceso y los datos de contacto del mismo.

¹⁵⁶ GRIMALT SERVERA, P., «Capítulo VIII. Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.), *La responsabilidad de los Servidores de Acceso y Alojamiento en Internet en la LSSICE: Análisis multidisciplinar*, en prensa.

¹⁵⁷ Este precepto, que afecta a proveedores de acceso y operadores de redes (art. 1.2.º de la LGT), prevé lo siguiente: «[L]os datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el pla-

En segundo lugar, y siempre que el proveedor de acceso cuente con los datos necesarios para la identificación del usuario, surge la cuestión de si tiene el deber de comunicar esos datos al titular de derechos que los solicita y en qué condiciones debe hacerlo. La legislación estadounidense prevé un procedimiento de identificación del infractor en la § 512(h) [«Subpoena to Identify Infringer»] de la *Copyright Act*, por el cual el titular de derechos podrá reclamar de un prestador de servicios la identificación del supuesto infractor mediante la presentación de una instancia («subpoena») que reúna los siguientes requisitos: (1) una copia de una notificación anterior al prestador de servicios en la que se describa el material que se considera ilícito¹⁵⁸; (2) el contenido de la petición, es decir, la identificación del usuario; y (3) una declaración jurada de que dicha información solamente será utilizada para proteger los derechos reconocidos en la Ley de propiedad intelectual.

Los Tribunales estadounidenses ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de utilizar este procedimiento frente a los proveedores de acceso en el caso *Verizon*¹⁵⁹, en el que precisamente se perseguía la identificación de dos usuarios de redes P2P. La sentencia de la Corte de apelación¹⁶⁰, que ya es firme¹⁶¹, niega que el deber de identificar a los usuarios afecte a los provee-

zo para la impugnación de la factura del servicio [15 años, art. 1964 del C.c.] o para que el operador pueda exigir su pago [5 años, art. 1966 3.ª del C.c.], art. 38 a) de la LGT. Los plazos que resultan de la aplicación de dicha norma son excesivos, máxime si se tiene en cuenta que su finalidad es la protección de la intimidad de los usuarios. *De lege ferenda* debería considerarse la adopción de un plazo de prescripción más breve para este tipo de acciones y la consiguiente obligación de eliminar los datos en un tiempo razonable. En esta línea, el legislador alemán establece tanto en el § 6 Abs. 7 de la *Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz –TDDSG)*, en su redacción de 14 de diciembre de 2001, como en el § 97 Abs. 3 de la *Telekommunikationsgesetz (TKG)*, en su redacción de 22 de junio de 2004, que el prestador de servicios debe eliminar los datos de tráfico antes de que transcurran seis meses desde el envío de la factura, salvo que ésta no sea satisfecha en su totalidad o se discuta su validez.

¹⁵⁸ Esta notificación debe reunir multitud de elementos que son detallados en la § 512(c)(3)(A) de la *Copyright Act*: «To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site. (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material. (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted. (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed».

¹⁵⁹ Ver GUIBAULT, L., «Vous qui téléchargez des oeuvres de l'Internet, pourrait-on savoir qui vous êtes?», *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, n.º : 18, 2004, págs. 15 y ss.

¹⁶⁰ *Recording Industry Ass'n of America v. Verizon Internet Services*, 351 F.3d 1229 (*District of Columbia Circuit* 2003), December 19, 2003 <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/dc/037015a.pdf>>.

¹⁶¹ Lamentablemente, la denegación del recurso de casación no está fundamentada, *Certiorari denied* (...) 03-1579 *Recording Ind. Assoc. v. Verizon Internet Services, Inc.* with 03-1722 *Verizon Internet Services, Inc. v. Recording Ind. Assoc.*, October 12, 2004.

dores de acceso¹⁶², restringiéndolo a los prestadores de servicios de alojamiento; copia temporal («caching»); y proveedores de enlaces o instrumentos de búsqueda. La fundamentación de la sentencia descansa en que uno de los elementos que debe reunir la notificación previa a los prestadores de servicios —ver párrafo anterior, (1)— es «[l]a identificación del material pretendidamente ilícito y que debe ser retirado o cuyo acceso debe ser bloqueado...» (§ 512(c)(3)(A)(iii) de la *Copyright Act*) y como los proveedores de acceso no pueden retirar el material ni bloquear el acceso al mismo —si no es denegando por completo el acceso a Internet a su cliente, lo que según la sentencia es una medida distinta y no querida por el legislador—, tampoco puede realizarse frente a ellos una instancia que cumpla las exigencias del procedimiento sumario de la § 512(h) a fin de que identifiquen al infractor. Este fallo parece querer frenar las revelaciones en masa y con muy pocas garantías —no es necesario demostrar una infracción, sino simplemente alegarla— de la identidad de los usuarios a través del procedimiento de la § 512(h), pues ello va en detrimento del derecho a la intimidad de los mismos. Ahora bien, nadie pone en duda que en el marco de una acción judicial y tras la debida valoración de las pruebas, el Juez puede ordenar al proveedor de acceso —el único con los datos para hacerlo— que colabore en la identificación del infractor¹⁶³.

Por otra parte, en el Reino Unido los titulares de derechos cuentan con el apoyo de la doctrina jurisprudencial de la «*Norwich Pharmacal*» Order¹⁶⁴, que afirma lo siguiente: «if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers». Esta antigua regla cobra una dimensión inesperada en el escenario de las telecomunicaciones, como muestran recientes decisiones judiciales¹⁶⁵. Si

¹⁶² Sin embargo, las dos sentencias de primera instancia de las que motivaron este procedimiento sí habían impuesto al proveedor de acceso la obligación de identificar a los supuestos infractores, con base en el argumento de que ello satisfacía mejor la finalidad de las modificaciones introducidas en la DMCA, que es lograr un equilibrio entre el interés de los prestadores de servicios de ver limitada su responsabilidad y de los titulares de derechos de autor a defender sus intereses, ver *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003), January 21, 2003 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/verizon/inreverizon12103opn.pdf>>; y *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 257 F. Supp. 2d 244 (D.D.C. 2003), April 24, 2003 <<http://www.dcd.uscourts.gov/03-ms-0040.pdf>>.

¹⁶³ *Verizon* mantuvo desde el comienzo del litigio que los titulares de derechos de autor deberían presentar «John Doe actions», es decir, demandas frente a un desconocido, a fin de que en el seno de un procedimiento judicial el derecho a la intimidad de sus usuarios se viese salvaguardado. Sin embargo, esta vía ralentizaría notablemente las acciones de la RIAA, que naturalmente prefería identificar a los (supuestos) infractores incluso con anterioridad a la presentación de una hipotética demanda.

¹⁶⁴ Que debe su nombre a la decisión de la *House of Lords* en *Norwich Pharmacal Co. v. Cusoms & Excise Commissioners* [1974] AC 133, y en la actualidad se ha visto incorporada a las *Civil Procedure Rules* at 31.18 «Rules 31.16 and 31.17 do not limit any other power which the court may have to order (a) disclosure before proceedings have started; and (b) disclosure against a person who is not a party to proceedings».

¹⁶⁵ Para el estudio de la regla y de la jurisprudencia que la aplica, WALDEN, I., «Forensic Investigations in Cyberspace for Civil Proceedings», *op. cit.*, págs. 278 y 279.

bien es cierto, que la *House of the Lords* ha advertido que la doctrina enunciada «is an excepcional one and one that is only exercised by the courts when they are satisfied that it is necessary that it should be exercised»¹⁶⁶.

En nuestro ordenamiento, el proveedor de acceso tiene vedada la entrega voluntaria de los datos de carácter personal de un usuario, como la IP¹⁶⁷, sin el consentimiento del interesado (art. 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal —en adelante, LOPDCP—), salvo que el destinatario sea un Juez o Tribunal en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (art. 11.2 de la LOPDCP). No obstante, debemos plantearnos en qué condiciones puede la autoridad judicial obtener esos datos.

El deber de identificar al usuario por parte del proveedor de acceso se fundamenta en el art. 12 de la LSSI, al que ya nos referimos al tratar el deber de retención de los datos, y que en su apartado tercero prevé lo siguiente: «[l]os datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran». El tenor de este apartado apunta claramente a que la intención del legislador es restringir la utilización de los datos a los supuestos en que concurra un ilícito penal¹⁶⁸. En mi opinión, el legislador ha sido en exceso garantista con los derechos de los usuarios¹⁶⁹ y ha creado un régimen que supone una amnistía *de facto* para los infractores.

Las dos alternativas que sugerimos para superar el reducido alcance del art. 12.3 son las siguientes. En primer lugar, cabe realizar una interpretación (algo forzada) del mismo, según la cual, si bien la finalidad de la conservación de los datos son las investigaciones criminales, nada impedirá que un Juez los requiera con otros fines dignos de protección (p. ej., persecución de ilícitos civiles graves, como la puesta a disposición sin autorización de 100 o más obras). En segundo lugar, en el cuarto párrafo del art. 12.2 de la LSSI se permite la utilización de los datos para los fines «indicados en el apartado siguiente [infracciones penales] u otros que estén permitidos por la Ley». Aunque parece que el legislador está más bien pensando en los usos internos del propio pres-

¹⁶⁶ *Ashworth Security Hospital v. MGN Limited*, [2002] 4 All E.R. 193, at para. 57, 27 de junio de 2002 <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020627/ash-2.htm>>.

¹⁶⁷ La Agencia Española de Protección de Datos ha calificado la dirección IP como dato personal, Carácter de dato personal de la dirección IP. Informe 327/2003, julio 2004 <<https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=390>>.

¹⁶⁸ GRIMALT SERVERA, P., «Capítulo VIII. Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos», *op. cit.*.

¹⁶⁹ Si la protección del derecho a la intimidad puede menguar en función de los propios actos (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1985, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen), no parece desorbitado que una Ley otorgue al Juez la facultad de exigir los datos necesarios para la identificación de quien muy probablemente ha cometido un ilícito civil.

tador de servicios (p. ej., cobro de facturas), también es posible que esta previsión permita la aprobación de una Ley¹⁷⁰ —cuya existencia desconozco— que faculte a los Jueces para solicitar la identificación de un supuesto infractor más allá de los procedimientos penales.

Además de la identificación del usuario, los titulares de derechos reclamarán la retirada del archivo que consideran ilícito. La única forma en la que el proveedor de acceso puede satisfacer esa pretensión es dando de baja al usuario de su conexión a Internet. Esta obligación no figura en el art. 14 de la LSSI [Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso], sino que con carácter general la recoge el art. 8 [Restricciones a la prestación de servicios]. No obstante, esta medida tiene un carácter extraordinario y está prevista para supuestos en los que esté en riesgo el orden público, la salud pública, el principio de igualdad o la juventud y la infancia (art. 8.1 de la LSSI). Si a esto añadimos, que debe ser adoptada siguiendo criterios de proporcionalidad¹⁷¹ (art. 8.3 de la LSS), no considero que sea aplicable al caso que nos ocupa.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONCLUSIÓN

El destino de los sistemas P2P resulta difícil de pronosticar, pues en él influyen variables de carácter social, económico, técnico y, por supuesto, jurídico. A continuación, aludiré a aquellos factores que en mayor medida determinarán la evolución de las redes P2P.

En primer lugar, la transmisión de archivos protegidos por el Derecho de autor a través de las redes P2P no es algo que esté censurado por la conciencia social. Al contrario, son los intentos por controlar esta actividad lo que es vis-

¹⁷⁰ Quizá su adopción viene incluso impuesta por el art. 7 de la Directiva Antipiratería, que dispone lo siguiente: «[L]os Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que: (...) c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras...». Nótese que la versión definitiva de la Directiva ha sustituido la expresión «con fines comerciales» (art. 9 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, COM(2003) 46 final, Bruselas, 30 de enero de 2003) por «a escala comercial», lo que facilita su aplicación a las redes P2P, GUIBAULT, L., «Vous qui téléchargez des oeuvres de l'Internet...», *op. cit.*, pág. 28.

¹⁷¹ El principio de proporcionalidad está compuesto por tres elementos: «que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta—», STC, de 20 de mayo de 2002 [RJ 2002\123]. En nuestro caso, retirar el acceso a Internet a un usuario de una red P2P es una medida poco eficaz, ya que podrá volver a contratar otro proveedor de acceso; y exorbitante, pues en la actualidad el acceso a Internet y sus aplicaciones es esencial para el completo desarrollo de la libertad de información y otros derechos fundamentales, mientras que la infracción de los derechos de autor puede ser reparada a través de una indemnización económica.

to como una actuación injusta y egoísta. La única forma de combatir dicho estado de opinión es a través de la educación cívica¹⁷². En esta línea, tanto el Ministerio de Cultura español como el Ministerio de Justicia alemán han lanzado recientemente sendas campañas de información bajo los lemas «Ahora la ley actúa» y «Kopien brauchen Originale»¹⁷³. Naturalmente, este método requiere de algún tiempo para dar resultados, aunque si se pretende que estos sean duraderos debería apostarse por la información y la concienciación social, que no pasa necesariamente por la criminalización de los ciudadanos (falsa, en buena medida), con frases del tipo: «[l]a difusión de contenidos ilegales en Internet es un delito castigado incluso con la cárcel» o la imputación a las redes P2P de que están fomentando la pornografía infantil (no en mayor medida que las cámaras fotográficas, por cierto).

En segundo lugar, la posibilidad de descargar películas y canciones sin pagar más que el importe de la factura telefónica es un hábito muy ventajoso económicamente y no parece fácil invertir esta tendencia, como dicen los estadounidenses, «*you can't put the genie back in the bottle*». Sin embargo, el usuario de redes P2P se ve bombardeado por *adware* (*software* que hace aparecer ventanas de publicidad), *spyware* (*software* que recopila información sobre el usuario), virus, archivos falsos que en lugar de reproducir la canción o película deseada emiten ruidos estridentes o la voz del autor maldiciendo a los usuarios¹⁷⁴, etc... En el otro lado de la balanza, los servicios ofrecidos bajo demanda por los titulares de derechos (p. ej., *Apple's iTunes*, *RealNetworks' Rhapsody* o *CinemaNow*) son eficientes, seguros y cada vez más baratos. La suma de estos dos factores puede invertir el resultado del análisis coste-beneficio para los usuarios.

Las repercusiones de la vertiente económica de las redes P2P tienen otra manifestación en los modelos de explotación. Las demandas presentadas frente a sistemas P2P tienen en común el hecho de que detrás de ellas había una empresa que estaba explotando el sistema. Sin embargo, algunos de los programas P2P (p. ej., *Morpheus*, *BitTorrent*) pertenecen a la categoría de *software* libre, es decir, su código fuente es accesible a los usuarios y además pueden reproducirlo, modificarlo y volverlo a distribuir lícitamente. En otras palabras, las aplicaciones P2P ya no precisan de una empresa que las sustente para sobrevivir. Por ello, si bien es cierto que como hemos visto las perspectivas de éxito de los titulares de derechos frente a los operadores P2P están prácticamente garantizadas, desde el momento en que las aplicaciones P2P se distribuyan sin el propósito de obtener un beneficio económico, la localización de los responsables será tarea poco menos que imposible¹⁷⁵.

En tercer lugar, los titulares de derechos han intentado blindar sus obras mediante la implementación de medidas tecnológicas de protección frente al ac-

¹⁷² CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 54.

¹⁷³ «Las copias precisan de originales», <<http://www.kopien-brauchen-originale.de/>>

¹⁷⁴ «Madonna swears at music pirates», *BBC News*, 22 de abril de 2003 <<http://www.bbc.co.uk>>.

¹⁷⁵ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 53.

ceso, la reproducción o la puesta a disposición del público no consentidas. No obstante, la fiabilidad de estas medidas presenta hasta la fecha notables debilidades¹⁷⁶. La única forma de dotarlas de cierta seguridad pasa por la adopción de medidas bilaterales, es decir, tanto en el soporte como en el aparato lector (p. ej., ordenadores, lectores de CDs, etc...), pero ello choca con las reticencias de los usuarios a perder ese ámbito de libertad y con los intereses de las empresas productoras de *hardware*, que se verían obligadas a fabricar un producto más caro y menos atractivo.

Además de la dificultad de proteger los datos, otros elementos juegan a favor de los usuarios de redes P2P. En primer lugar, la aparición de programas P2P que encriptan los datos transmitidos en la red (p. ej., *Freenet*), por lo que es más difícil localizar a los infractores. En segundo lugar, el aumento progresivo del ancho de banda, lo que hace más rápidas las descargas. Y en tercer lugar, la continua innovación de los métodos de comunicación entre usuarios (p. ej., los foros en los que un usuario solicita una obra y el resto de usuarios responden a esta petición ofreciéndole un enlace o introduciendo por sí mismos la obra en el buzón del solicitante).

En cuarto lugar, los aspectos jurídicos se manifiestan, por una parte, en las acciones judiciales de los titulares de derechos, y, por otra, en las posibles reformas legislativas. Las primeras tienen un claro efecto disuasorio para los participantes en redes P2P. No obstante, también es cierto que muchos de los usuarios se encuentran en «paraísos» del Derecho de autor, no tanto porque se cuestione la posibilidad de interponer demandas en el país de manifestación del resultado dañoso (cualquiera) —y no en el de producción del acto generador (el del infractor)—¹⁷⁷, como por la dificultad de que las posibles sentencias condenatorias produzcan efectos en un Estado distinto a aquél en el que fueron dictadas¹⁷⁸.

Por último, las medidas legislativas deben servir de colofón a todo lo anterior, pero en ningún caso debe pensarse que por sí solas lograrán regularizar la situación¹⁷⁹. Las posibilidades de actuación que tiene el legislador inciden en los tres puntos siguientes: en primer lugar, establecer de forma clara la responsabilidad (o irresponsabilidad) de los operadores P2P y de la mera producción del *software* P2P; en segundo lugar, prever procedimientos para obligar a los proveedores de acceso a identificar a los infractores; y, en tercer lugar, aun-

¹⁷⁶ Ver nota al pie n.º: 123.

¹⁷⁷ FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., «Capítulo IX. Competencia judicial internacional y ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual de los intermediarios básicos de Internet», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.), *La responsabilidad de los Servidores de Acceso y Alojamiento en Internet en la LSSICE: Análisis multidisciplinar*, en prensa; XALABARDER PLAN-TADA, R., «Derechos de autor: ley aplicable y jurisdicción competente en la era digital», <<http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0105020/xalabarder.html>>.

¹⁷⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p...», *op. cit.*, pág. 62.

¹⁷⁹ LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Propiedad intelectual y sociedad de la información», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º: 3, julio-septiembre, 2002, pág. 433.

que no la compartamos, crear sanciones penales que castiguen a los infractores incluso cuando falte el ánimo de lucro (o lo que es lo mismo, cuando existe ánimo de lucro en sentido amplio). En última instancia, y si todo ello fracasa, solamente restará la introducción de un régimen análogo al de la copia privada, es decir, de remuneración compensatoria¹⁸⁰, que gravaría a los fabricantes de discos duros, pero quizá también a otros beneficiados por las redes P2P (p. ej., proveedores de acceso). Esta solución solamente sería aceptada a regañadientes por los titulares de derechos, que por el momento no cejan en su lucha contra la transmisión de archivos protegidos por el Derecho de autor en las redes P2P.

¹⁸⁰ CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *op. cit.*, pág. 54; WEINSTOCK NETANEL, N., «Impose a Noncommercial Use Levy to allow free peer-to-peer file sharing», *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 17, n.º: 1 Fall 2003, págs. 35 y ss.