

NAPSTER: «COPIAS ROBADAS», RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS Y OTROS INTERROGANTES PARA EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET

Por Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA
Becario FPI. CEDIB, Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. LA REVOLUCIÓN MUSICAL EN INTERNET: EL MP3. 2. WWW.NAPSTER.COM: PROBLEMAS JURÍDICOS RELACIONADOS. II. COPIA PRIVADA. III. ¿DISTRIBUCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA? IV. RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS. 1. LA LPI Y SU INTEGRACIÓN MEDIANTE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 2. EL DERECHO QUE VIENE: LA DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 3. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA. V. RESPONSABILIDAD DE LAS UNIVERSIDADES.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA REVOLUCIÓN MUSICAL EN INTERNET: EL MP3

Las innovaciones y nuevas posibilidades técnicas que ofrece la Red y, con ellas, los problemas jurídicos no planteados hasta la fecha se encontrarán de forma prevalente en las páginas más visitadas por los usuarios. Por ello no debe causar extrañeza que el creciente interés de la comunidad internauta por la música¹ haya privado de su antigua vigencia a la máxima: «las últimas novedades en Internet están en las páginas de contenido pornográfico».

El motor del auge del mercado musical en Internet lo constituye la posibilidad abierta a los particulares de descargar archivos de sonido en un tiempo razonable. Esto no se ha conseguido a través del aumento de la velocidad de las redes, sino gracias a la compresión de tales archivos por el MPEG Audio Layer-3, conocido popularmente como MP3².

La posibilidad técnica de cargar y descargar archivos de sonido —canciones y temas musicales, en general— en la Red abre un nuevo mercado para la ex-

¹ A. BARNET, «La música desplaza por primera vez al sexo como término más buscado en Internet», *La Vanguardia*, 23-1-2000.

² El MP3 es un algoritmo de codificación perceptual que permite la compresión de los archivos de sonido, reduciéndolos a entre una décima y doceava parte de su tamaño original (p. ej., 4 minutos de audio, que ocupan 40'3 Mb en formato Wave se convierten en 3'65 Mb al pasarlos a MP3). La aplicación del algoritmo no implica en la práctica pérdida de calidad de sonido, pues se limita a eliminar las frecuencias no perceptibles para el oído humano. Vid. <http://www.whatis.com>; <http://www.iis.fhg.de/amm/techinf/layer3/index.html> —página del Fraunhofer Institute, creadores del algoritmo—.

plotación de tales obras por sus autores; sin embargo, la piratería y la progresión geométrica de copias privadas son riesgos nada despreciables.

2. WWW.NAPSTER.COM: PROBLEMAS JURÍDICOS RELACIONADOS

No obstante, el uso de esta tecnología encontraba algunos impedimentos, pues los archivos musicales estaban dispersos en multiplicidad de sitios y no siempre era posible bajarlos de un servidor desde el cual la velocidad de descarga fuese la deseada³.

La solución a estos inconvenientes la ha aportado un software puesto a disposición del público de forma gratuita por la empresa Napster (www.napster.com). Este sistema, de funcionamiento similar a un chat, presenta la particularidad de permitir el intercambio de archivos MP3 entre los internautas, es decir, se trata de una bolsa de trueque o banco de datos integrado por los propios archivos de los usuarios que se encuentran on-line en un momento dado⁴.

Las ventajas que ofrece Napster a los usuarios son muchas: tras la conexión a uno de los servidores de Napster se tiene acceso a unas 500.000 piezas musicales, los archivos pueden ser localizados a través de una función de búsqueda introduciendo simplemente el nombre del cantante o el título de la canción, pueden descargarse varios archivos simultáneamente y se puede seleccionar el usuario desde el que la descarga del archivo sea más rápida.

Sin embargo, los problemas jurídicos que el uso de este software conlleva no son pocos —con independencia de si el sistema mismo es protegible como base de datos—. Desde la perspectiva del Derecho español, en primer lugar, se plantea si la copia privada realizada por los usuarios a partir de las canciones de otros usuarios queda cubierta por la excepción del artículo 31.2 de la LPI; en segundo lugar, cómo debe calificarse y cuál es el tratamiento legal que recibirá la facilitación de canciones protegidas por el Derecho de autor por los par-

³ Vid. J. SCHMIDT, «Legal, illegal, schau'n mer mal», *Magazin für Computer Technik*, 6/2000, pág. 88.

⁴ El hecho de que la música no se encuentre registrada en el servidor que facilita el software, sino en los ordenadores de los particulares, diferencia a este supuesto del caso «My.mp3.com», en el que la empresa MP3.com ha sido condenada en instancia recientemente. Dicho servicio consiste en el almacenamiento de CDs musicales en los ordenadores de MP3.com tras haber demostrado el cliente mediante la introducción del CD en el lector del ordenador que está en posesión del mismo —ya se trate del original o de una copia—. Los CDs almacenados pueden ser escuchados desde cualquier conexión a Internet. El usuario no realiza por sí mismo la copia, sino que ésta es hecha a priori por la empresa que ofrece el servicio —lo que agiliza sustancialmente el proceso—. A falta del texto de la sentencia, se puede leer la demanda presentada por la RIAA (Recording Industry Association of America) en: http://www.riaa.com/PDF/MP3_Complaint.pdf. Vid. «Las discográficas se cobran su primera victoria contra la música en Internet», *iBrujula*, 30.4.2000, <http://ibrujula.com/news/noticia.php?id=4326>; vid. «Musikindustrie gewinnt gegen MP3.com», *Heise Online*, 28.4.2000, <http://www.heise.de/newsticker/data/cp-28.04.00-000/>; y vid. «MP3.com wegen Urheberrechtsverletzung verurteilt — zur Freude der Plattenindustrie», *Financial Times Deutschland*, 2.5.2000.

ticulares; en tercer lugar, cuál es la responsabilidad de la empresa que ha creado y posibilita la descarga del software y el funcionamiento del sistema, pero que no pone a disposición del público por sí misma obra alguna; y, por último, si puede exigirse responsabilidad a las Universidades que permiten el uso de sus ordenadores conectados a Internet para que sus estudiantes descarguen archivos mediante el Napster⁵.

II. COPIA PRIVADA

El artículo 31.2 de la LPI establece que «las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor (...) para uso privado del copista⁶ y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Partiendo del cumplimiento de tales requisitos, sobre los que la doctrina ya se ha pronunciado con creces, voy a centrarme en la legalidad o no de la copia realizada a partir de «copias robadas».

La cuestión se reduce a determinar si la licitud de la copia privada pasa por el empleo para la obtención de la misma de un original o copia al que el particular tenga acceso sin contravención alguna de las normas de Derecho de autor (p. ej., mediante la adquisición del CD en la tienda de discos, pero no mediante la descarga de un archivo MP3 colgado de la Red sin licencia alguna)⁷.

Una primera respuesta podría afirmar que de una vulneración del Derecho de autor, aunque sea cometida por un tercero, no puede surgir una copia lícita. Además, ello respondería al sentir social. No obstante, el artículo 31.2 no exi-

⁵ Este cuarto interrogante no es fruto del capricho del autor de estas líneas, sino del desarrollo del proceso ante los Tribunales norteamericanos. Pues tras el planteamiento de la demanda presentada por la RIIA (Recording Industry Association of America) contra Napster un gran número de Universidades bloquearon de propia iniciativa el acceso al programa y algunas de las que no lo hicieron fueron incluidas en su lista de demandados, junto a la empresa creadora del software, por el grupo heavy *Metallica*.

⁶ La condición de «copista» del usuario que se descarga un archivo MP3 es más que clara, pues no sólo es el destinatario final de la misma, sino que en definitiva es él quien realiza la copia —él da la orden y graba el archivo en su propio ordenador—, pese a que debe admitirse que se vale del software creado por un tercero, vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 2.ª ed., 1997, pág. 604. Otros autores entienden que dentro del concepto de copista caben también el titular de los aparatos con que se realiza la reproducción y la persona que la encarga (vid. C. ROGEL VIDE, «Nuevos estudios sobre propiedad intelectual», 1.ª ed., 1998, pág. 54 y F. GÓMEZ POMAR, «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 206), pero sobre ello volveré más adelante.

⁷ En Alemania la jurisprudencia se ha pronunciado contra la licitud de la copia cuando ésta se logra a partir de la reproducción de objetos robados (vid. KG GRUR 1992, págs. 168 y 169, *Dia-Kopien*) y la doctrina ha señalado que no es necesario que el copista sea propietario del original o ejemplar utilizado para realizar la copia (vid. U. LOEWENHEIM, en «Urheberrecht Kommentar», (coord. G. SCHRICKER), 2.ª ed., 1999, pág. 841 y W. NORDEMANN, en «Urheberrecht Kommentar», (coord. W. NORDEMANN), 9.ª ed., 1998, pág. 419). Entre estos dos supuestos extremos se encuentran los casos que aquí nos interesan, es decir, aquéllos en que el particular aprovecha la vulneración por un tercero de las normas de Derecho de autor para obtener una copia privada.

ge expresamente tal condición y, por otra parte, la opinión popular se halla muy influida por los intereses de las empresas discográficas. En consecuencia, es preciso un análisis más profundo de la ratio legis del precepto y de los grupos de intereses en juego.

El primer sector lo constituyen los propios autores —y los titulares de derechos afines—, a los que el artículo 20.1 b) de la CE les reconoce el derecho a la producción y creación artística. La protección de sus derechos morales y patrimoniales por la LPI tiene como objetivo incentivar y garantizar que el desarrollo de tal actividad sea lo más extenso posible.

No obstante, existen supuestos en que la oposición a otros derechos y la concurrencia de determinadas circunstancias justifican el establecimiento de excepciones a los derechos del autor. Éste es el caso de la copia privada —reproducción de obras por particulares para su utilización en la esfera privada—, cuyo motivo original era la escasa repercusión de la actividad de los particulares sobre los intereses económicos de los derechohabientes⁸. Sin embargo, este argumento decayó con la proliferación de medios que permiten la reproducción rápida y en gran cantidad de obras protegidas (p. ej., máquinas reprográficas, vídeos, ordenadores...), máxime cuando éstos son fácilmente asequibles para los particulares⁹. Un nuevo argumento es la facilitación al ciudadano del conocimiento de la cultura, que debe prevalecer sobre una tutela a ultranza de los derechos de explotación exclusiva del autor¹⁰. Por otra parte, se pretende con esta excepción proteger la esfera de la intimidad¹¹ (artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950)¹², dentro de la que debe entenderse incluida la realización de copias privadas. Por último, y quizá como causa de mayor peso específico para el reconocimiento de la excepción se alude al principio de que el legislador no debe prohibir aquello que no puede controlar, pues no hace más que cuestionar su propia autoridad¹³.

⁸ Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 2.ª ed., 1997, págs. 600 y 601.

⁹ Vid. Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información», COM(95) 382 final, 19 de julio de 1995, (<http://www.ispo.cec.be/infosoc/legreg/com95382.doc>), pág. 49.

¹⁰ Vid. F. LLEDÓ YAGÜE, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 1.ª ed., 1989, pág. 493.

¹¹ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(97) 628 final, 10 de diciembre de 1997 (DO C 108 de 7.4.1998, p. 6 o http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/news/copyes.pdf), pág. 14.

¹² «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

¹³ Vid. nota al pie n.º: 11; vid. R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi Civil*, 1993, pág. 1999 —aunque la omisión de un «no» haga que la frase en que el autor recoge esta idea carezca de sentido— y H. SCHACK, «Urheber- und Urhebervertragsrecht», 1.ª ed., 1997, pág. 216.

El tercer grupo de intereses lo conforman los diseñadores y explotadores de nuevos medios o técnicas de reproducción, como es el caso de Napster, pues pese a ser dichos ingenios susceptibles de dañar derechos de autor son por encima de ello, como puede afirmarse de la sociedad de la información en su conjunto, un fenómeno positivo y de progreso¹⁴, que se debe potenciar dándole un marco normativo adecuado¹⁵. No obstante, este logro viene generalmente oscurecido por un ánimo de lucro a costa de los intereses económicos de los autores¹⁶, lo que obliga al legislador a buscar un equilibrio entre ambas posturas.

Las opciones legislativas, de acuerdo con lo expuesto hasta este punto, son dos: permitir la copia privada y establecer una retribución compensatoria para paliar los perjuicios sufridos por los autores¹⁷ o reconocer a éstos su derecho en exclusiva a la reproducción, es decir, prohibir la copia privada sin la licencia correspondiente.

Esta última alternativa quedaba antes descartada por la imposibilidad de control, sin embargo, dicha situación ha cambiado respecto a las obras digitales, pues existe la esperanza¹⁸ de que se desarrollen medidas tecnológicas que impidan la copia privada¹⁹.

¹⁴ Vid. R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi Civil*, 1993, pág. 1999.

¹⁵ Vid. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 4 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/com568es.pdf).

¹⁶ El Derecho de autor es especialmente reactivo a que un tercero saque beneficio económico de la labor del autor. Ello es muy notorio en la doctrina norteamericana, donde la falta de ánimo de lucro es valorada como un indicio de irresponsabilidad, lo que forma parte de la teoría del «fair use» (uso leal), plasmada en el § 107 n.º: 1 de la Copyright Act de 1976, de 19 de octubre («... the factors to be considered shall include: 1. The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes»). Jurisprudencia norteamericana se puede encontrar en F. LLEDÓ YAGÜE, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 1.ª ed., 1989, págs. 504 y 505.

¹⁷ Once de los quince Estados miembros prevén una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia privada, vid. Propuesta original de Directiva (nota al pie n.º: 11), pág. 14.

¹⁸ Los denodados esfuerzos de las empresas discográficas para que esta esperanza se convierta en una realidad están tardando en dar los frutos deseados, pues si bien la protección es factible ella viene acompañada hasta la fecha por numerosos efectos secundarios no queridos. Por ejemplo, la tentativa de proteger CDs musicales mediante el *Cactus Data Shield* no sólo impedía la conversión de los archivos del CD en formato MP3, sino que tampoco era posible su audición en el ordenador o en lectores de CD antiguos. Ello unido a que la advertencia sobre tales inconvenientes se podía leer sólo una vez abierto el CD en cuestión provocó numerosas devoluciones completamente ajustadas a Derecho (vid. «Kopierschutz für Audio-CDs verärgert Kunden», *Heise Online*, 25.1.2000, <http://www.heise.de/newsticker/result.xhtml?url=/newsticker/data/cm-25.01.00-000/>). Otro ejemplo de las dificultades con que tropieza de facto el desarrollo de un sistema de protección es la SDMI (*Secure Digital Music Initiative*, <http://www.sdmi.org>), proyecto que une a más de 150 discográficas y proveedores de servicios que pretenden explotar obras musicales a través de la Red. El objetivo es imponer la utilización de aparatos reproductores y archivos musicales que sólo permitan un número limitado de copias privadas, la audición por cierto período de tiempo o un número determinado de veces. Sin embargo, el tiempo corre y los resultados todavía se hacen esperar (vid. J. SCHMIDT, «Zukunftsmusik oder Requiem», *Magazin für Computer Technik*, 3/2000, págs. 123 y 128).

¹⁹ Vid. Libro Verde (nota al pie n.º: 9), págs. 49 y 50 y Comunicación de la Comisión de Seguimiento (nota al pie n.º: 15), pág. 11.

La Propuesta modificada de Directiva relativa a la armonización de los derechos de autor en la sociedad de la información²⁰ recoge en su cuasi ininteligible artículo 5.2 b) bis la autorización a los Estados miembros de establecer limitaciones del derecho exclusivo de reproducción respecto a la copia privada de obras incorporadas en soportes digitales, como es el caso de los archivos accesibles a través de Napster. No obstante, esta excepción no será de aplicación, sigue la Propuesta, cuando los derechohabientes hayan dotado tales soportes con medios técnicos de protección —posibilidad que no existe en los analógicos—. Respecto de las obras en soporte digital no protegidas se impone la remuneración compensatoria²¹. La trascendencia de este precepto está en dejar que en la práctica sean los derechohabientes los que decidan si habrá o no copia privada.

Sin embargo, de lege lata la LPI no prevé especialidad alguna para las obras incorporadas en soportes digitales, por lo que en principio debieran éstas correr la misma suerte que las plasmadas en soportes analógicos²². Pero existen dos supuestos en cierto modo cercanos en que el legislador español renuncia a la excepción de copia privada, a saber, los programas de ordenador (art. 99 a) de la LPI) —de los que sólo puede realizarse una copia de seguridad (art. 100.2 de la LPI)— y las bases de datos electrónicas —sí cabe la copia en el caso de las no electrónicas— (art. 34.2 a) de la LPI).

Algún autor²³, partiendo de la base de que la técnica puede impedir la copia privada, se ha aventurado a afirmar que la tendencia marcada por el Derecho europeo²⁴ de no prever la excepción de copia privada respecto de las obras de naturaleza digital debe ser igualmente aplicada al resto de obras multimedia²⁵, pues

²⁰ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(1999) 250 final, 21 de mayo de 1999 (DO C 180 de 25.6.1999, p. 6 o http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/news/copy2es.pdf).

²¹ Esta solución se diferencia de la que aportaba la Propuesta original de Directiva, la cual entendía prematura la adopción de normas de mayor armonización respecto de la copia privada digital, es decir, se la dotaba del mismo tratamiento que a la copia privada analógica, a saber, libertad de los Estados miembros para autorizarla y para establecer o no una remuneración compensatoria, vid. Propuesta original de Directiva (nota al pie n.º: 11), págs. 33 a 35.

²² «En la actualidad, un solo Estado miembro (Dinamarca) no concede una exención por las copias privadas de obras protegidas incorporadas en soportes digitales, con independencia de que el sistema utilizado para realizar la copia sea digital o analógico», vid. Propuesta original de Directiva (nota al pie n.º: 11), pág. 14.

²³ Vid. M. A. ESTEVE PARDO, «La obra multimedia en la legislación española», 1.ª ed, 1997, págs. 124 y ss.

²⁴ Me refiero a las Directivas 91/250/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122 de 17.5.1991, p. 42) y 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20), posteriormente traspuestas a nuestro Derecho interno e integradas en la LPI como veíamos en el párrafo anterior.

²⁵ La identidad entre los conceptos de obra en soporte digital y obra multimedia es más que cuestionable, pues aquella puede carecer de la característica de integrar diferentes medios de expresión (p. ej., texto, sonido, imagen...) en un mismo soporte (vid. G. SCHRICKER, «Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft», 1.ª ed., 1997, pág. 20). En cualquier caso, más allá de cómo calificuemos a un archivo musical, éstos son presa propiciatoria para la piratería y la copia privada, por lo que de acuerdo con la teoría mencionada deberían excluirse del alcance de la excepción.

también en este caso, sigue el razonamiento, debe ponerse cerco a los riesgos de piratería y copia indiscriminada.

No obstante, existiendo un precepto de aplicación directa (art. 31.2 de la LPI) respecto de la copia privada de obras protegidas, ya sean estas analógicas o digitales, es inútil pretender la aplicación extensiva o por analogía de los preceptos relativos a programas de ordenador y bases de datos electrónicas sobre las obras en soporte digital²⁶.

Volviendo a la pregunta inicial, es decir, si para la realización de una copia privada se tendrá que contar con el original o copia del mismo legítimamente obtenido, deberá concluirse que de acuerdo con la legislación en vigor el usuario de la copia para un fin privado debe verse libre de toda responsabilidad²⁷, pues no existe base legal para pronunciarse en otro sentido. Incluso en el caso de que el control fuese posible —y desapareciese así uno de los motivos para no castigar la copia privada—, el legislador puede optar por mantener el sistema de copia privada con retribución compensatoria —siempre que la normativa comunitaria no imponga otra cosa—, pues como veíamos más arriba existen otros argumentos en favor de los intereses de los particulares, en concreto, la difusión de la cultura y la protección de la esfera privada.

La adopción de una solución legal en sentido contrario²⁸, que pasa por la efectividad de los medios técnicos de protección, debe meditar el riesgo de que tales técnicas sean eludidas por los particulares y se vuelva de este modo a la situación de imposibilidad de control²⁹. No obstante, el ciudadano medio carece de los conocimientos para burlar estos mecanismos, mientras que la elusión y eventual difusión de la misma por profesionales sólo puede ser desalentada a través de una protección jurídica adecuada³⁰.

La única vía interpretativa que de acuerdo con la legislación vigente podría impedir la copia privada de obras digitales se basa en el nuevo artículo 40 bis³¹ de la LPI.

²⁶ Vid., para el Derecho alemán, HARKE, «Musikkopien — illegal?», *Magazin für Computer Technik*, 5/2000 (<http://www.heise.de/ct/00/05/112>), pág. 114.

²⁷ Cuestión diferente es el trato que recibirá el que distribuya (p. ej., alquiler o préstamo), comunique públicamente o difunda a través de la Red obras protegidas de las que se hagan copias privadas, tema sobre el que volveré a continuación.

²⁸ Ver nota al pie n.º: 20.

²⁹ Vid. J. SCHMIDT, «Zukunftsmusik oder Requiem», *Magazin für Computer Technik*, 3/2000, págs. 123 y 128.

³⁰ En Derecho español contamos exclusivamente con la prohibición de neutralizar dispositivos técnicos para la protección de programas de ordenador (art. 270.3 del CP); sin embargo, en su artículo 6 la Propuesta modificada de Directiva (nota al pie n.º: 20) prevé la protección jurídica de las medidas tecnológicas destinadas a proteger los derechos de autor en general.

³¹ En el mismo se incluye el «three steps test» o prueba de tres fases, que consiste en que las limitaciones deben respetar tres condiciones —a) sólo se aplicarán en los casos específicos previstos por el legislador; b) no deberán causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos; y c) no deberán ser contrarias a la explotación normal de la obra—. La Propuesta de Directiva incorpora al Derecho europeo en su artículo 5.4 el «three steps test» de los Tratados de la OMPI de 1996, que a su vez lo toman del artículo 9.2 del Convenio de Berna (vid.

Según el mismo las limitaciones «no podrán interpretarse de manera tal que (...) causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras». Teniendo en cuenta que la música es un mercado especialmente sensible a la copia privada³², que esta situación se ve agravada por servicios como Napster que posibilitan el intercambio de archivos musicales entre personas de todo el mundo y que al no estar gravados los ordenadores por la remuneración compensatoria del artículo 25 de la LPI el proceso de copia tiene lugar sin compensación alguna para los autores; podría llegar a entenderse que la copia privada de archivos musicales a través de la Red es ilícita. En todo caso, se nos antoja como un argumento algo aventurado y no lo suficientemente sólido como para que sea adoptado por los Tribunales.

Finalmente, es frecuente encontrarse con copias privadas de archivos musicales para regalar o de encargo³³. En el supuesto de las primeras debe entenderse que siguen incluyéndose en el ámbito del «uso privado» del copista, expresión que tiene mayor alcance que la de mero «uso personal» —a la que sustituyó durante la tramitación parlamentaria—, pues habilita la utilización de la copia en todo el círculo del individuo (p. ej., familiares, amistades...) ³⁴. Sin embargo, el número de copias no puede ser ilimitado, como se desprende de que el propio artículo 31.2 prohíba la utilización colectiva de las mismas³⁵. Es difícil fijar una cifra concreta, en todo caso, la jurisprudencia alemana entendió hace largo tiempo que ésta no debía superar un máximo de siete³⁶, aunque algunos autores han rebajado dicha cantidad hasta tres³⁷ y otros entienden que en determinadas circunstancias puede ser incluso mayor³⁸. Se trata, en definitiva, de combatir actividades que lindan con la distribución.

Propuesta original de Directiva (nota al pie n.º: 11), pág. 17). La LPI recoge en su artículo 40 bis la prueba de tres fases desde la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que incorpora al Derecho interno la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos. La Ley de incorporación en lugar de referirse únicamente a las bases de datos, como hace la Directiva, extiende la aplicación del precepto a todas las limitaciones.

³² «Según un estudio efectuado por encargo de las tres Entidades de gestión afectadas por la reproducción de música pregrabada en España (...) en nuestro país, en un año, se copian 121 millones de horas de música pregrabada. Comparada esta cifra con la de música pregrabada vendida (unos 33 millones de horas), se concluye que se copia cuatro veces la cantidad de música vendida al año, lo que supondría un precio en el mercado de unos 150.000 millones de pesetas», tomo los datos de J. P. ECHEVARRÍA, «La copia privada y reprografía en España», 1^{er} Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, II, pág. 600.

³³ Los archivos MP3 se pueden transformar con software gratuito disponible en la red (p. ej., Winamp) en archivos Wave, que una vez grabados en un CD son legibles tanto por equipos de alta fidelidad como por ordenadores.

³⁴ Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 2.^a ed., 1997, pág. 603.

³⁵ Referencia que más que a su utilización parece hacerse a su realización, como afirma F. GÓMEZ POMAR en «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 207.

³⁶ Vid. BGH GRUR 1978, págs. 474 y ss, *Vervielfältigungsstücke*

³⁷ Vid. W. NORDEMANN, «Urheberrecht Kommentar», (coord. W. NORDEMANN), 9.ª ed., 1998, pág. 419 y H. SCHACK, «Urheber- und Urhebervertragsrecht», 1.ª ed., 1997, págs. 216 y 217.

³⁸ Vid. U. LOEWENHEIM, en «Urheberrecht Kommentar», (coord. G. SCHRICKER), 2.ª ed., 1999, págs. 842 y 843.

Por otra parte, la excepción no impone que las copias las realice el destinatario de las mismas³⁹, sino que dicha labor la podrá desempeñar un tercero por encargo⁴⁰. De esta forma no se discrimina a aquéllos que no pueden permitirse la compra de aparatos reproductores⁴¹. La doctrina española ha intentado justificar dicha actividad otorgándole también al autor material de la copia —aun no siendo destinatario último de la misma— la condición de copista⁴²; sin embargo ello conduce a un callejón sin salida, pues aunque sea copista no podrá justificar en la inmensa mayoría de los casos que las copias permanezcan en su círculo privado⁴³. Ante tal situación sólo cabría forzar la interpretación del artículo 31.2 y entender que el uso privado se predica siempre del destinatario final y no del copista, así como el número máximo de copias permitidas por obra. Se debe añadir que dicha actividad no debe conllevar ánimo de lucro⁴⁴, pues ello en todo caso supondría un enriquecimiento injusto a costa de los autores y, además, de ser considerado copista el autor material, queda prohibido expresamente por el artículo 31.2.

III. ¿DISTRIBUCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA?

Sin embargo, como ya he avanzado, la actividad de los usuarios no se limita a copiar canciones, sino que simultáneamente facilitan su difusión. El programa escanea el disco duro en el momento de la conexión para incluir en la base de datos los archivos musicales que en él se encuentren; además, a medida que se descargan nuevas canciones, éstas se incorporan también a la base de datos. Por otra parte, es cierto que el software desarrollado por Napster permite tanto bloquear el acceso del resto de usuarios a los archivos MP3 del disco duro propio como cancelar la descarga de una canción por otro usuario cuando ésta ya ha comenzado. No obstante, de adoptar todos los usuarios esta actitud Napster dejaría de existir.

³⁹ Ello será así siempre que la reproducción no caiga dentro del ámbito del artículo 10.1 del RD 1434/1992, que preceptúa lo siguiente: «... no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del ap. 2 del artículo 31 LPI: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización». Por otra parte, en Derecho alemán tal previsión viene hecha de forma expresa: «el autorizado a la reproducción también podrá realizar la copia a través de un tercero...» (§ 53 Abs. 1 S. 2).

⁴⁰ El encargo debe ser concreto y determinado, sin que deba quedar al arbitrio del autor material de la copia la elección de los archivos musicales, pues en caso contrario deja de actuar como mero instrumento para convertirse él mismo en «copista», sin poder acogerse generalmente a la excepción del artículo 31.2 de la LPI por salir las copias realizadas del ámbito de su círculo personal.

⁴¹ Vid. U. LOEWENHEIM, en «Urheberrecht Kommentar», (coord. G. SCHRICKER), 2.ª ed., 1999, pág. 843.

⁴² Ver nota al pie n.º: 6.

⁴³ Esta argumentación fue adoptada por el Tribunal de Commerce de París en sentencia de 20-10-1980 (RIDA, enero de 1981, pág. 182 = comprobar), en la que se consideró que los demandados —establecimientos de fotocopias— tenían la condición de copistas, pero ante la necesidad de probar el uso privado de las copias fueron condenados. Vid. F. LLEDÓ YAGÜE, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 1.ª ed., 1989, pág. 501.

⁴⁴ El mero reintegro de los costes generados por la reproducción (p. ej., CD vírgenes, conexión telefónica...) no supone lucro alguno, vid. U. LOEWENHEIM, «Urheberrecht Kommentar», (coord. G. SCHRICKER), 2.ª ed., 1999, pág. 844.

El acto de los particulares de permitir la transmisión digital de sus archivos musicales no tiene una ubicación clara dentro de las categorías tradicionales del Derecho de autor. Más allá de que en el proceso de descarga se produzcan una o más reproducciones, el acto de difusión de las canciones en sí se aproxima a los conceptos de distribución y comunicación pública.

Pese a haberse propuesto que la regulación de la transmisión digital se aborde de manera semejante a los derechos exclusivos de alquiler o préstamo⁴⁵, que son formas específicas de distribución (art. 19 de la LPI), su calificación como tal choca con el inconveniente de que la misma consiste en la puesta a disposición de los particulares del original o copias de las obras, es decir, de objetos tangibles⁴⁶, circunstancia que no se da en las transmisiones electrónicas.

Al estar construido el derecho a la comunicación pública por oposición al de distribución, es decir, «acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares», debería incluir aquél los supuestos de transmisión digital. Sin embargo, tampoco aquí se contemplan adecuadamente, pues el derecho de comunicación al público se concibe como un acto de difusión de punto a multipunto, mientras que cuando a petición de un usuario se transmite una obra a través de las redes la transmisión es de punto a punto⁴⁷. Además, se plantea la incógnita de si el acceso a la obra desde lugares y en momentos diferentes satisface el siempre controvertido concepto de «público».

En una concepción innovadora en el Derecho comparado, el legislador español entendía en el art. 20.2 i) de la LPI de 1996 que constituiría acto de comunicación pública «el acceso público a bases de datos de ordenador *por medio de telecomunicación*, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas»⁴⁸. Desde mi punto de vista, del reconocimiento del derecho a la comunicación pública sobre la base de datos difundida a través de las Redes se deriva analógicamente un derecho paralelo sobre el resto de obras difundidas por telecomunicación —piezas musicales, incluidas—.

⁴⁵ Vid. Libro Verde (nota al pie n.º: 9), pág. 56 y Comunicación de la Comisión de Seguimiento (nota al pie n.º: 15), pág. 11.

⁴⁶ «... las expresiones *copias* y *originales* y *copias*, al estar sujetas al derecho de distribución hacen referencia exclusivamente a copias fijas que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles», vid. Comentarios sobre el articulado en Propuesta original de Directiva (nota al pie n.º: 11), pág. 30; «tal como se utilizan en estos artículos, las expresiones *copias* y *originales* y *copias* sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles», vid. Declaraciones Concertadas respecto de los artículos 6 y 7 relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor de 1996.

⁴⁷ Vid. M. A. ESTEVE PARDO, «La obra multimedia en la legislación española», 1.ª ed, 1997, pág. 109.

⁴⁸ La nueva redacción del precepto dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que incorpora al Derecho interno la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, reza así: «el acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley».

Debe recordarse que los titulares de derechos sobre las canciones ostentarán la facultad exclusiva de explotación sobre la obra y, en consecuencia, el desarrollo de tal actividad por los particulares sin la autorización correspondiente constituirá un acto ilícito susceptible de reclamación de responsabilidad⁴⁹. La nueva redacción del artículo 20.2 i)⁵⁰ no hace más que ensanchar los conceptos del texto al que sustituye, con lo que nuestras conclusiones fundamentadas en la redacción anterior no varían, al contrario, se fortalecen.

La tendencia marcada por los Tratados internacionales y los proyectos de normativa europea es sólo ligeramente divergente de la solución adoptada por el legislador español. En aquéllos se opta por una ampliación expresa del derecho de comunicación pública⁵¹, que incluirá «... la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija» (art. 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor de 1996). El texto del artículo 3.1 La Propuesta modificada de Directiva⁵² coincide casi literalmente con el del Tratado internacional.

IV. RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

La situación jurídica en los países que, como España, carecen tanto de una regulación específica relativa a la responsabilidad de los prestadores (o proveedores) de servicios como de jurisprudencia que se pronuncie sobre la materia es de gran incertidumbre⁵³. El único apoyo legal lo brindan las reglas tradicionales de responsabilidad civil o criminal, que se muestran claramente insuficientes. Por tanto, esta situación debe ser enmendada o bien a través de la aplicación de principios generales —como si del *common law* se tratara— o bien mediante la trasposición de la recientemente entrada en vigor Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico⁵⁴.

⁴⁹ No considero que tal acto pueda calificarse de delictivo de acuerdo con el artículo 270.1 del CP, pues falta el ánimo de lucro. La copia de las canciones no viene inevitablemente ligada a su difusión, y aunque así fuera la mera reproducción de obras musicales no conlleva más beneficio económico que el ahorro del precio que debería pagarse en otro caso por el original. Una concepción tan amplia del «ánimo de lucro» debe ser rechazada (vid. E. ORTS BERENGUER, *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho penal*, «Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de Derecho civil, procesal, penal e internacional privado» (VVAA), 1998, págs. 158 y 159 y F. GÓMEZ POMAR, «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 212), máxime tratándose de la jurisdicción penal.

⁵⁰ Ver nota al pie n.º: 48.

⁵¹ Vid. J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «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.*, núm. 2, mayo-agosto 1999, págs. 91 y 92.

⁵² Ver nota al pie n.º: 20.

⁵³ Vid. R. JULIÀ BARCELÓ, «Liability for on-line intermediaries: a european perspective», *EIPR*, 1998, pág. 458.

⁵⁴ El legislador comunitario ha optado por regular la cuestión de la responsabilidad de forma horizontal en tal Directiva (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1, http://www.europa.eu.int/eurlex/es/oj/2000/1_17820000717es.html), teniendo en cuenta que aquélla no afecta exclusivamente a los derechos de autor y derechos afines, sino también a otros sectores (p. ej., difamación, publicidad engañosa o violación de marcas registradas), vid. cdo. 12.º de la Propuesta modificada de Directiva (nota al pie n.º: 20). España ya cuenta con un Anteproyecto de Ley.

1. LA LPI Y SU INTEGRACIÓN MEDIANTE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En la primera fase del proceso contra Napster, la defensa optó por enfatizar su posición de mero intermediario («mere conduit»), alegando que su actuación se limitaba a la difusión de un software y que toda infracción perpetrada mediante la utilización del mismo debía ser imputada exclusivamente a los usuarios⁵⁵.

Esta línea de defensa encontraría en la legislación española un, quizá inesperado, apoyo y es que la LPI peca de la ausencia de criterios de imputación. En este sentido, el parco artículo 138 se limita a indicar que: «el titular de los derechos reconocidos en esta Ley (...) podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados»⁵⁶. Además, nuestra doctrina considera que la responsabilidad recaerá únicamente sobre la persona que realiza directamente la acción infractora, sin que aquellos sujetos que suministren los medios para que se cometa tal infracción se vean afectados por el alcance de la LPI⁵⁷.

No obstante, dejar el razonamiento en este punto resulta insatisfactorio, pues el intérprete no puede ignorar un intenso olor a chamusquina y es que, pese a que Napster no cometa la infracción, sí que facilita el arma para que la misma se materialice, es decir, su participación contribuye de forma decisiva a la producción del daño. Ante tales supuestos la jurisprudencia norteamericana adopta la teoría del «contributory infringement», que puede resumirse del siguiente modo: el tercero responderá cuando habiéndose producido una *infracción* directa y, teniendo o pudiendo tener *conocimiento* —lo que implica la exigencia de una diligencia media— éste del carácter ilícito de aquélla, haya *participado* de manera relevante en la misma, ya sea por inducir a ella o colaborar en su producción material⁵⁸. La aplicación de esta teoría decae cuando la contribución consista en un producto que pueda servir ampliamente a fines

⁵⁵ Efectivamente, los servidores de la empresa no almacenan la información, sino que ésta permanece en los respectivos discos duros de los ordenadores de los usuarios, por lo que, sigue el argumento, son éstos y no Napster los que difunden las canciones protegidas y, en consecuencia, a los que en su caso habrá que perseguir. Tal postura pretende ser reforzada mediante un aviso a modo de cláusula de exoneración de responsabilidad que aparece en la pantalla de los clientes al conectarse a cualquiera de los servidores de la empresa, en el mismo se informa de que la difusión de obras protegidas sin la correspondiente licencia puede originar acciones de responsabilidad contra los usuarios por violación de las normas de Derecho de autor. Tales cláusulas, que se dejan ver con cierta frecuencia en los sitios web, no tienen naturalmente relevancia jurídica alguna y más bien sirven de signo indicativo de la «mala conciencia» del suscriptor.

⁵⁶ Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA en S. CAVANILLAS MÚGICA y R. JULIÀ BARCELÓ, «La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet», en prensa.

⁵⁷ Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», (coord. R. BERCOVITZ), 2.^a ed., 1997, págs. 1759 y ss. No obstante, tal principio cuenta con excepciones consolidadas (art. 102 c) de la LPI referido a los programas de ordenador) y con otras por llegar (art. 6 de la Propuesta modificada de Directiva (nota al pie n.º: 20), que da amparo legal a las medidas tecnológicas de protección).

⁵⁸ Vid. W. M. POLLACK, «Tuning in: the Future of Copyright Protection for Online Music in the Digital Millenium» en *Fordham Law Review*, mayo del 2000, pág. 2456.

lícitos⁵⁹, lo que en el caso de Napster y desde mi punto de vista es muy cuestionable⁶⁰. Si un Juez español se atreverá a entender comprendido el «contributory infringement» en el texto del artículo 138 de la LPI es difícil de pronosticar. En todo caso, cuanto más tiempo transcurra sin que se adopte una solución legislativa —para la que la próxima trasposición de la Directiva sobre el comercio electrónico es una ocasión óptima—, más probable se irá haciendo la interpretación extensiva de dicho precepto.

Ante el temor a la aplicación de la teoría del «contributory infringement» —frente a la que, nótese, la distinción entre simples difusores de software e intermediarios es completamente estéril— Napster decidió cambiar el rumbo de su defensa y postular por la licitud de las copias realizadas por y para particulares. Y si no hay infracción, no habrá tampoco contribución a la misma. La situación es curiosa, pues los particulares por sí mismos no podrían siquiera desarrollar tal actividad, mientras que con la intervención de Napster ésta adopta unas dimensiones desproporcionadas; sin embargo, ciertamente la producción de una infracción es, como veíamos, requisito indispensable para atribuir responsabilidades a un tercero. En todo caso, es necesario recordar que la actuación de los particulares que utilizan el software de Napster es doble, por una parte copian y por otra ponen a disposición del público obras protegidas, y esto último es, como ya he mencionado, contrario a los derechos exclusivos de autores y titulares de derechos afines; con lo que sí hay infracción y el argumento de la defensa fracasa.

2. EL DERECHO QUE VIENE: LA DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Por otra parte, en la Directiva sobre el comercio electrónico se tratan de forma mucho más detallada las condiciones y circunstancias en las que un prestador de servicios intermediario responderá por su contribución a una infracción. No obstante, el supuesto concreto de Napster no encuentra una cómoda ubicación entre los preceptos que la Directiva dedica a esta cuestión. Por una parte, no parece que sea un caso de mera transmisión (art. 12), ya que el servicio no ofrece una red de comunicaciones en sí, sino simplemente el software necesario para tener acceso a esta red y el mantenimiento de cierto número de servidores, que nada tienen que ver con los que posibilitan la transmisión⁶¹. Y, por otra, tampoco puede hablarse de alojamiento de datos (art.

⁵⁹ Vid. R. J. HILL, «Pirates of the 21st Century: the Threat and Promise of Digital Audio Technology on the Internet» en *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, mayo del 2000, pág. 324. Esta excepción recuerda fuertemente a la establecida en el cdo. 30 bis de la Propuesta modificada de Directiva (nota al pie n.º: 20) respecto a los dispositivos que, pese a permitir la elusión de medidas tecnológicas protectoras de derechos de autor, tengan un empleo o finalidad comercial principal distinta. Se trata, dice el considerando, de respetar el principio de proporcionalidad.

⁶⁰ Precisamente ésta ha sido una de las cuestiones más debatidas durante el procedimiento frente a Napster, habiendo sido desestimada en instancia la existencia de un uso no ilícito sustancial («substantial non-infringing use»). El texto de la Decisión de Instancia se puede leer en: http://news.cnet.com/News/Pages/Special/Napster/napster_patel.html.

⁶¹ El artículo 13, relativo al caching, es accesorio al artículo 12 y, además, los servidores de Napster se limitan a configurar la base de datos de canciones disponibles, no a hacer copias intermedias de éstas —cuando un usuario se desconecta del servicio, las canciones que tenía en su disco duro se van con él.

14), ya que los archivos permanecen en el disco duro de los ordenadores de los usuarios.

En todo caso, la calificación de Napster como prestador de servicios intermediario —de acuerdo con el concepto común de los mismos—⁶² o, cuando menos, como empresa que desarrolla una actividad análoga no debe plantear mayor discusión. Por ello, parece acertado que le sean de aplicación los principios generales que son extraíbles de la sección 4.^a del Capítulo II de la Directiva, titulada «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios». La regulación de la Directiva responde a una solución de consenso entre los intereses de los prestadores de servicios intermediarios y los titulares de derechos de autor⁶³ mediante el establecimiento de unos máximos de responsabilidad exigible.

La piedra angular de todo el sistema es la garantía de que los prestadores de servicios intermediarios no incurrirán en responsabilidad mientras mantengan la neutralidad de su intermediación. Esta neutralidad se pierde: a) por el conocimiento de la ilicitud de los contenidos transmitidos o almacenados; b) por la intervención activa (p. ej., originar *motu proprio* la transmisión, manipular los datos...); y c) por el entorpecimiento del control sobre los contenidos.

El primero de estos tres principios se desprende de los arts. 13.1 e) y 14.1 de la Directiva y conlleva la obligación de retirar los contenidos ilícitos tan pronto como se tenga conocimiento de su presencia. En favor de los prestadores de servicios, el artículo 15 proclama la «inexistencia de obligación general de supervisión» (art. 15), es decir, se exime a los prestadores de servicios de controlar a priori o realizar búsquedas activas de contenidos ilícitos entre aquéllos que transmitan o almacenen⁶⁴. Esto ha sido puesto en entredicho por el tenor literal del considerando 48.º de la Directiva, que faculta a los Estados miem-

⁶² Una clasificación de los distintos tipos de prestadores de servicios intermediarios la da R. JULIÀ BARCELÓ en «Liability for on-line intermediaries: a european perspective», *EIPR*, 1998, pág. 454. Napster es equiparable a un operador de chat rooms —en este caso con archivos musicales en lugar de texto— (vid. J. SCHMIDT, «Legal, illegal, schau'n mer mal», *Magazin für Computer Technik*, 6/2000, pág. 88). La definición de intermediario la aporta el artículo 9 del Anteproyecto de Ley: «a los efectos de esta Ley, se entenderá que son intermediarios los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realicen actividades de mera transmisión, almacenamiento o alojamiento de datos, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes de esta Sección». En los arts. 10 y 12 se hace referencia expresa a los operadores de redes, proveedores de acceso y prestadores de servicios de alojamiento de datos (o proveedores de espacio).

⁶³ Los primeros defienden la exclusión de responsabilidad por ser su posición la de meros transportistas y carecer, debido a la gran cantidad de datos que transmiten, reciben y/o almacenan, de la facultad de control sobre los mismos. Frente a esto, los titulares de derechos de autor abogan por que la simple contribución a los actos ilícitos que de facto emprende un tercero sea constitutiva de responsabilidad (vid. C. KÖLER y K. BURMEISTER, «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», *EIPR*, 1999, pág. 486).

⁶⁴ Tal disposición es traspuesta en el artículo 13.3 del Anteproyecto de Ley: «los prestadores de servicios de la sociedad de información a los que se hace referencia en los artículos 10, 11 y 12, no tendrán obligación de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni obligación de realizar el control respecto del eventual carácter ilícito de las actividades, salvo que así les sea solicitado por una autoridad judicial o administrativa competente para ello y resulte técnicamente posible».

bro para imponer a los prestadores de alojamiento (art. 14) un «deber de diligencia (...)», a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales». El alcance de esta previsión es todavía impreciso, a la espera de la trasposición de la Directiva por los Estados miembros⁶⁵.

Entonces, el conocimiento de la ilicitud puede adquirirlo el prestador de servicios por sí mismo, aunque en tal caso se le plantea una *probatio diabolica* al tercero perjudicado —la prueba del conocimiento de un tercero—, por lo cual parece que en la práctica el supuesto habitual será la notificación por el propio perjudicado del alojamiento de datos ilícitos. La reacción normal del prestador de servicios ante la notificación, teniendo en cuenta el peligro de tener que hacer frente a una demanda de responsabilidad, es la retirada de los contenidos⁶⁶, incluso cuando sobre éstos sólo pese una ligera sombra de ilicitud. Ello constituye un handicap para la libertad de expresión⁶⁷.

En el caso de Napster es una evidencia, que nunca puede escapar a la empresa que gestiona el servicio, que la mayoría de archivos transmitidos son reproducciones de piezas musicales protegidas por el Derecho de autor y no licenciadas.

En segundo lugar, el privilegio de irresponsabilidad parece cuando el prestador de servicios intervenga activamente, entre otras tareas, en la selección o modificación de contenidos, como se desprende del artículo 12. La labor de selección de informaciones es propia de los buscadores, sin la ayuda de los cuales resultaría prácticamente imposible hallar los datos deseados. La doctrina alemana⁶⁸ entiende mayoritariamente que a los buscadores les es de aplicación el

⁶⁵ La adopción de tales medidas supondría, de una parte, la ralentización de los servicios, pues la actividad de control requiere cierto espacio de tiempo; y, lo que es más grave, la puesta en peligro de la libertad de expresión, ya que ante contenidos dudosos o incluso ligeramente sospechosos de ilicitud los prestadores de servicios denegarían los mismos a fin de no incurrir en responsabilidad, vid. R. JULIÀ BARCELÓ y K. J. KOELMAN, «Intermediary liability in the E-Commerce Proposal: so far so good, but it's not enough», en International Conference on legal aspects of E-Commerce, Colonia, mayo del 2000, págs. 3 y ss.

⁶⁶ Vid. R. JULIÀ BARCELÓ y K. J. KOELMAN, «Intermediary liability in the E-Commerce Proposal: so far so good, but it's not enough», en International Conference on legal aspects of E-Commerce, Colonia, mayo del 2000, pág. 4.

⁶⁷ Este temor lo comparte el legislador comunitario, como la lectura del considerando 46.º deja entrever: «... la retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse acabo respetando el principio de libertad de expresión...». Tal inconveniente se suaviza en el Derecho norteamericano a través de la Section 512 g 2 de la Digital Millennium Copyright Act (<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/z?cp105:hr796:>), en la que se ofrece la posibilidad al destinatario del servicio de exigir del prestador de servicios la reinclusión de los contenidos en el servidor («Notice and Take-down and Put-back Procedures»), volviendo a tener que retirarlos sólo en el caso de que por el tercero perjudicado se plantee una demanda judicial frente al destinatario del servicio. La adopción de procedimientos de tal índole en los Estados miembros es factible —aunque nuestro Anteproyecto de Ley no la contempla— gracias a la previsión que se hace en el último inciso del artículo 14.3, del siguiente tenor literal: «el presente artículo no afectará la posibilidad (...) de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos».

⁶⁸ Vid. J v. LACKUM, «Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen», *MMR*, (12/1999), págs. 700 y 701 y otros allí citados.

§ 5 II de la Telediensteegesetz —una de las dos únicas normas nacionales en Europa que regulan hoy en día la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios—, del siguiente tenor literal: «los prestadores de servicios serán únicamente responsables por contenidos ajenos [léase, almacenados en otro servidor], cuyo uso facilitan [es decir, ofrecen los hyperlinks que conducen a ellos], cuando tengan conocimiento de su contenido y les sea técnicamente posible y exigible evitar su utilización»⁶⁹. Es decir, cuando el perjuicio o esfuerzo para el prestador de servicios es mínimo, deberá actuar en favor de los intereses de los titulares de derechos de autor o incurrirá en responsabilidad.

La función de Napster es realmente la de un buscador, con la peculiaridad de que la búsqueda se limita a los archivos almacenados en los ordenadores de los usuarios conectados en un momento dado. Por otra parte, la posibilidad técnica de restringir el acceso de forma selectiva a los usuarios ya ha sido puesta de manifiesto en dos ocasiones, tras los respectivos requerimientos que en tal sentido se le hicieron respecto a los particulares que difundiesen canciones de ciertos grupos musicales⁷⁰.

En tercer lugar, la neutralidad cesa cuando se obstaculiza el control de los contenidos. Esto se deduce tanto del artículo 13.1 b) y d) como, en cierto modo, de la obligación de retirar o impedir el acceso a informaciones cuando así lo exijan los Tribunales o la Administración (arts. 12.3, 13.2 y 14.3). Aquí se vuelve a manifestar la idea de que el prestador de servicios intermediarios debe colaborar en el cese de la infracción si ello no dificulta el desarrollo de su actividad, pues en tal caso su interés por el control limitado de los actos ilícitos desaparece y sólo resta el de los titulares de derechos de autor⁷¹. La posibilidad de que esta colaboración sea activa y no un mero dejar hacer, así como que un principio paralelo pueda predicarse respecto de la fase de prueba y permita una inversión de la carga de la misma, parecen ideas contrarias al espíritu de protección de los intermediarios que reina en la Directiva.

3. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

Existen varios argumentos en favor de Napster que encuentran sólo difícilmente una base legal o que incluso carecen de ésta. Más que de aplicación del Derecho habría que hablar de ideas de política legislativa, que surgen a partir de diferentes conflictos de intereses.

⁶⁹ «Dienstanbieter sin für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern», § 5 II TDG.

⁷⁰ Vid. «MP3-Tauschbörse sperrt 335.435 Benutzer», *Heise Online*, 10.5.2000, <http://www.heise.de/newsticker/data/mst-10.05.00-001/>; vid. «Napster-Streit: Noch mehr User von MP3-Tauschbörse gesperrt», *Heise Online*, 27.5.2000, <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-27.05.00-002/>

⁷¹ Ver nota al pie n.º: 63.

En primer lugar, se afirma que una defensa a ultranza de los derechos de autor puede obstaculizar el desarrollo de las nuevas tecnologías⁷², lo que va en contra no sólo de los explotadores de éstas, sino del propio interés general. No obstante, en último término se entiende que es fundamental garantizar la protección de los derechos de autores y titulares de derechos afines, ya que son éstos los que aportan los contenidos⁷³. En todo caso, es posible imaginar que el legislador opte, al igual que sucede con los vídeos domésticos —recuérdese el asunto «Betamax»⁷⁴—, por permitir tales sistemas, siempre que el uso principal de los mismos sea lícito y se compense económicamente a los titulares de los derechos de autor.

En segundo lugar, la defensa de Napster argumenta que la compañía se encuentra luchando frente a una situación de monopolio —efectivamente, las licencias para la explotación de la mayoría de piezas musicales las concentran unas pocas discográficas, que además se encuentran asociadas—. El concepto de «monopolio» pertenece al Derecho de la competencia, por tanto es extraño al Derecho de autor; y el ensamblamiento entre estas dos ramas del Derecho resulta complicado. Por una parte, el Derecho de autor pretende proteger los intereses de los creadores, mientras que el Derecho de la competencia procura garantizar a las empresas la participación en el mercado. La única conciliación posible de estas dos líneas divergentes de intereses es obligar a las empresas que asuman una posición de monopolio en el campo de la propiedad intelectual a la concesión de licencias justas al resto de empresas que quieran participar en el mismo sector —en este caso, la distribución de música—.

Finalmente, se ha puesto en tela de juicio la existencia de perjuicio económico para los titulares de derechos. La defensa entiende que el intercambio gratuito de canciones fomenta la compra de música. De aceptar esta afirmación como cierta, su relevancia será desigual en el *common law* que en el Derecho continental. Para aquél la ausencia de perjuicio económico es una de las variables —en el caso de Napster probablemente definitiva— que de-

⁷² Vid. LOEWENHEIM, «Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen», *GRUR* (11/1996), pág. 831 y KREILE y BECKER, «Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten», *GRUR Int.* (6/1996), pág. 678.

⁷³ «La protección eficaz de este patrimonio y de los agentes culturales, que son sus propulsores, pasa sobre todo por los derechos de autor y los derechos afines, que constituyen el soporte del desarrollo de la acción cultural en la Unión Europea. (...) Esta remuneración, que los autores y otros derechohabientes obtienen de la utilización de sus obras y prestaciones, contribuye a alentar el desarrollo de la producción intelectual y artística en la Comunidad. Si resultara indispensable proceder a realizar adaptaciones a raíz de la instauración de la Sociedad de la Información, los autores, artistas y derechohabientes deberían seguir amparados por una protección eficaz», Libro Verde (nota al pie n.º: 9).

⁷⁴ Se trata de una decisión de febrero de 1984 de los Tribunales norteamericanos, que para muchos tiene un claro trasfondo político (vid. S. W. HALPERN, «Copyright Law in the Digital Age: Malum in se and Malum Prohibitum», *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2000, pág. 14), en la que se declaró no responsable al fabricante de aparatos capaces de reproducir filmes emitidos por televisión argumentando la licitud de las copias privadas no duraderas («time shifting»).

terminan el uso leal («fair use») de obras protegidas (§ 107 de la Copyright Act de 1976)⁷⁵. En cambio, en nuestro sistema la falta de perjuicio económico no es en ningún caso causa suficiente para excluir la responsabilidad. Por una parte, las excepciones a los derechos de explotación se encuentran tasadas y ninguna de ellas excluye de forma general las actuaciones que no produzcan un perjuicio económico. Por otra, el artículo 140 de la LPI a la hora de determinar la cuantía de la indemnización ofrece como una de las opciones la «remuneración que hubiera percibido [el perjudicado] de haber autorizado la explotación» —independiente de que la infracción le reporte por vía indirecta grandes beneficios—. Teniendo en cuenta lo cual no parece probable que un Tribunal admitiese que aun dándose realmente un aumento de las ventas de CDs no haya un perjuicio.

V. RESPONSABILIDAD DE LAS UNIVERSIDADES

Los motivos de que las Universidades figuren entre los demandados parecen claros. Por una parte, en aquéllas se concentra el mayor grupo de riesgo para las compañías discográficas, a saber, jóvenes apasionados por la música y familiarizados con las nuevas tecnologías y éstos encuentran en la Universidad un acceso a Internet del que de otra forma quizá carecerían o, por lo menos, no sería gratuito. Además el ancho de banda de que gozan las Universidades es sustancialmente mayor a aquél del que puede disponer un particular, por lo que la velocidad con que se descargan los archivos es muy superior.

Sin embargo, de ahí a que se pueda afirmar que las Universidades están desarrollando una actuación ilícita al poner sus ordenadores a disposición de los estudiantes, que eventualmente descargan canciones mediante la utilización del software de Napster, parece que hay un abismo. Más allá de la dudosa inclusión de las Universidades entre los prestadores de servicios intermediarios —pues su única calificación posible sería la de operadores de redes o infraestructura, que es más bien forzada—, su participación en el daño es sólo relativa, ya que la violación de derechos también puede venir desde el ordenador de un cibercafé o de un particular —por qué no demandar entonces a aquéllos o a los vendedores de ordenadores—. Por otra parte, el bloqueo del servicio, si bien es posible a través de la implementación de «firewalls», requiere cierta habilidad técnica y esfuerzo y, además, viene unido a la privación de usos lícitos de Napster.

Desde mi punto de vista, el problema puede resolverse en un estado previo, pues la simple puesta a disposición de los estudiantes de terminales no constituye comunicación al público, como se desprende tanto del considerando 17.º de la Propuesta modificada de Directiva⁷⁶, en el que se entiende que «la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación»,

⁷⁵ Ver nota al pie n.º: 16.

⁷⁶ Nota al pie n.º: 20.

como de la declaración concertada respecto del artículo 8 relativa al Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor de 1996, que hace la siguiente precisión: «queda 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»⁷⁷. Y si no hay violación de derechos es evidente que decae la causa de la demanda.

VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El problema fundamental del Derecho de autor en la realidad es comparable al querer hacer una foto de un objeto en movimiento. No se debe renunciar al objetivo de legislar sobre la materia, pues ello debe contribuir al desarrollo de la sociedad de la información; sin embargo, es extremadamente complicado dar unas reglas para un juego cuyos elementos varían continuamente.

Los dos principales interrogantes técnicos hoy en día son si se va a consolidar el empleo de software que convierte en baldía la función de los intermediarios (p. ej., Gnutella, Freenet...)⁷⁸ y si se van a imponer medidas técnicas de protección de las obras que ofrezcan garantías. El desarrollo de aquéllos sin la correspondiente protección de las obras en formato electrónico hace augurar que el entorno digital se convierta en una selva sin Derecho de autor⁷⁹. Por otra parte, ni poner freno a Internet, si es que es posible, ni privar a los autores del incentivo a su creatividad son soluciones válidas.

En definitiva, nos encontramos frente a un Derecho del día a día en el que, a la espera de que los acontecimientos tomen su rumbo definitivo, el papel de los Tribunales, la doctrina y, en general, el intérprete del Derecho es fundamental.

⁷⁷ Vid. M. A. ESTEVE PARDO, «La obra multimedia en la legislación española», 1.ª ed, 1997, págs. 114 y 115.

⁷⁸ Este software presenta dos diferencias fundamentales con el distribuido por Napster: en primer lugar, no se limita a permitir el intercambio de archivos musicales, sino que también se extiende a archivos de texto, imágenes y video; y, en segundo lugar, desaparecen los ordenadores servidores, pues el ordenador de cada particular hace las veces de cliente y servidor, es decir, tras una primera consulta a un reducido número de ordenadores, ésta se repite en progresión geométrica, halla la información demandada y la recupera para el usuario (más información en: <http://www.oreillynet.com/pub/a/network/2000/05/12/magazine/gnutella.html>).

⁷⁹ En este sentido, el cdo. 10 bis de la Propuesta modificada de Directiva (nota al pie n.º: 20) estima: «fundamental la búsqueda común y la aplicación coherente, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y a asegurar la información necesaria sobre los derechos, porque de estas medidas tecnológicas depende en último término la posibilidad de hacer operativos los principios y garantías establecidos por la normativa jurídica».