

# LAS DESCARGAS ILEGALES Y LAS PLATAFORMAS P2P

MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ

Licenciada en Derecho y Master en Derecho de los Negocios

## EXCEROTOS

*“Su carácter gratuito, tanto en la descarga del software como en su uso, crea un innegable daño en los derechos de autor de los creadores de esas obras objeto de tráfico”*

*“Analizando los distintos tipos de archivos, cabe comentar que es fácil reconocer entre, por ejemplo, los videojuegos y las canciones más pirateadas, la coincidencia con aquellos que figuran en las listas de los más vendidos”*

*“Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias”*

*“La directiva precisa que las exenciones de responsabilidad en ellas contenidas, sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente”*

*“Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón”*

## Introducción

**L**a sociedad actual no conoce fronteras ni límites, ignora barreras temporales y físicas, y se mueve a tal velocidad que lo que ahora es actualidad, dentro de tan solo minutos pasará a ser “pasado”, todo queda obsoleto a un ritmo mucho más rápido de lo que antes ni siquiera se podía imaginar. Nos encontramos con lo que hoy conocemos como sociedad de la información, donde estamos informados en todo momento de cualquier cuestión acaecida en cualquier parte del mundo por muy lejana que ésta sea. Todos nosotros, de un modo u otro, formamos parte y participamos de ella, ya sea a través de las redes sociales, foros de opinión, prensa, televisión, y este sólo es el comienzo de un largo etcétera. Así nuestra vida e información forman parte de un imparable torrente de datos que fluye en incontables sentidos y que puede ser usada, consultada o básicamente conocida por cualquier sujeto en cualquier parte del globo a cada momento. Pero esa amplia autopista de miles de carriles que supone internet, no sólo es empleada en el intercambio de información entendida por datos o información en el sentido estricto de la palabra, sino que también, por supuesto, da cabida a millones de archivos y documentos, que son intercambiados sin control por millones de habitantes a lo largo y ancho del mundo. El tráfico de estos archivos, que puede ser legal o ilegal, viaja a la velocidad de la luz, y se propaga sin control sobre todo ahora gracias a las astronómicas velocidades que alcanzan las conexiones de banda ancha a internet. De este modo, millones de direcciones IP están conectadas a la vez a una red mundial, que no conoce de límites, y cuyo control es prácticamente imposible. Como defiende en España el Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre, *“la revolución digital está suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también ha hecho surgir y continúa haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual a través de los propios servicios de la sociedad de la información, que intentan obviar que la puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas sólo es lícita –también en Internet– cuando cuenta con autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual o con amparo en algún límite legal de éstos. Este conjunto de circunstancias está ocasionando, además de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante páginas de Internet, cuantiosas pérdidas al sector de las industrias culturales con la consiguiente destrucción de empleo y riqueza de un sector que genera cerca del 4 por 100 del Producto Interior Bruto español. Asimismo, la competencia desleal que supone este tráfico ilegal de contenidos no sólo dificulta notablemente las posibilidades de desarrollo de nuevos modelos de negocio, limitando una indudable vía de expansión económica, sino que también está afectando a agentes*

*claves en el mundo de las industrias culturales, dificultando la producción y creación musical, audiovisual, literaria o multimedia, y perjudicando con ello el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente nuevas creaciones”.*

Es en este marco donde se encuadra la problemática del intercambio masivo de archivos, dentro del cual, en concreto, me referiré a aquellos de contenido audiovisual y documental, de modo ilegal, a través de las llamadas plataformas P2P (*peer-to-peer*, que viene a significar “de punto a punto” o “entre iguales”), que permiten la descarga de música, películas y documentos, en la mayoría de los casos sujetos a derechos de autor, desde cualquier lugar y en cualquier momento a miles de usuarios, mediante un sistema descentralizado, que vincula los ordenadores de los suscriptores de estas plataformas.

Con todo ello, al fenómeno conocido por “Top Manta”, muy extendido hasta la actualidad le ha nacido hace unos años un poderoso rival, en cuanto la piratería de archivos protegidos ya no es cosa de mafias sino que extiende sus lazos hacia cada ciudadano potencial de todo el mundo con un ordenador. Hoy en día ya no es necesario invertir directamente en el CD deseado adquiriéndolo en una calle, sino que se puede descargar cómoda y rápidamente desde la propia casa, o incluso lugar de trabajo, con solo descargarse en el ordenador la oportuna aplicación de software y seleccionando el archivo/s deseado/s o accediendo a los links de descarga disponibles en numerosos portales de internet; con ello los archivos quedan almacenados en el disco duro del ordenador y pueden transferirse fácilmente a cualquier dispositivo externo, ya sea un disco duro externo, reproductor de DVDs o CDs o un MP3, o incluso, adaptándose a las más últimas tecnologías, a un *smartphone*, *tablet* o *ebook*, y puede reproducirse y transferirse cuantas veces se desee. Los programas de descargas basados en la tecnología peer-to-peer pueden encontrarse en numerosas páginas de descargas de software de modo gratuito y son de muy fácil instalación. Su método se basa en la creación en el ordenador del usuario, durante su instalación, de una carpeta que pasará a ser compartida y accesible a los restantes usuarios de la aplicación mientras que el usuario esté conectado, y esos archivos que almacena podrán ser transferidos a los ordenadores de aquellos que, estando conectados, inicien su descarga. De este modo el software P2P sólo funciona como nexo de conexión de los ordenadores de los cibernautas conectados, creando así un sistema descentralizado, de modo que no alberga ni las direcciones de sus usuarios ni tampoco los archivos.

Su carácter gratuito, tanto en la descarga del software como en su uso, crea un innegable daño en los derechos de autor de los creadores de esas obras objeto de tráfico, puesto que esos archivos se transfieren, graban y reproducen sin control y evadiendo los derechos patrimoniales de los autores, y violando sus derechos morales del mismo modo. Dicho perjuicio no se repara completamente por la

imposición de un canon a los medios de reproducción y grabación, puesto que, entiendo, que haber pagado cierta cantidad en la adquisición de un aparato de reproducción de mp3s no cubre el daño que produce la descarga en sí del archivo de modo ilegal, ya que, además, no se trata de una descarga aislada, sino que permite la descarga simultánea en pocos minutos de varios archivos de distinta dimensión.

Se trata por tanto, como vemos, de un incontable caudal de información que se transfiere en cuestión de segundos de manera silenciosa y cuyo seguimiento es prácticamente imposible, no sólo por el volumen de datos y de usuarios, sino también y sobre todo por su anonimato, ya que los sujetos quedan enmascarados tras direcciones IP, cambiantes en muchos casos, y cuyos datos se encuentran amparados por la legislación vigente que protege el secreto de las comunicaciones y sobre todo la legislación de protección de datos, que restringe la obligación de la cesión de los datos a casos estrictamente tasados y de elevada gravedad.

Las plataformas P2P actuales son cada vez más perfectas y rápidas, y presentan múltiples formas y nombres, habiendo evolucionado desde el primitivo y famoso *Napster* hasta los más recientes como *Ares*, *Kazaa*, *Emule*, ect., cuyo uso es cada vez más sencillo, permiten realizar varias búsquedas y descargas simultáneamente, y emplean sistemas tan avanzados que su rastreo resulta casi imposible. Pese a que en un principio los archivos más reclamados eran, casi de modo exclusivo, los musicales, o fonogramas como se refiere a ellos la legislación española y europea, en la actualidad son reclamados casi por igual que los de contenido audiovisual, y, en los últimos tiempos, se ha visto incrementada la búsqueda de libros en formato electrónico por la amplia difusión que han protagonizado los *tablets* y *e-books*. En este punto, no obstante, es necesario mencionar que ciertos estudios parecen mostrar que el auge de las descargas de tipo ilegal, en los últimos tiempos, han permitido un cierto avance en la adquisición “legal” de las producciones artísticas, actuando a modo de primer acercamiento a las obras, para luego adquirir en el mercado aquellas en las que se está interesado. Sin embargo es evidente que ello no justifica ni palia el inicial daño.

Los últimos datos de descargas muestran una preocupante tendencia que no hace sino evidenciar la rápida aceptación y extensión que está alcanzado este fenómeno; así, un 70% de los usuarios de la web no aprecian nada malo en la descarga ilegal por internet, el 67% de los portales de descargas ilegales se

Los servidores P2P  
serán responsables  
cuando tengan  
conocimiento de  
la realización de  
actividades ilícitas  
a través de sus  
programas

encuentran hospedados en EE.UU. y Europa, el 22% del ancho de banda de internet es usado para/por la piratería informática. Además, el 98.8% de los datos transferidos utilizando plataformas P2P está protegido por copyrights, el 91.5% de los archivos disponibles para descarga en los sitios webs de descarga de datos por links (del tipo *rapidshare*, *megaupload*, etc.) están protegidos por derechos de autor, el 95% de la música descargada por internet es ilegal y las pérdidas ocasionadas en la industria musical por la descarga ilegal de archivos se valoran en unos 12.5 millones de dólares anuales. Los resultados de estos estudios en escala mundial desglosados por regiones demuestran que los índices de piratería por internet se presenta Europa en un 34% en el año 2011 mientras que en Latinoamérica se presenta en un 64%; dentro del Top 10 en descargas ilegales por países, en 2011 China ocupa la primera posición con un 91%, ocupando la octava posición Brasil con un 35%, y siendo el único país europeo en este “ranking” Italia con un 20% en la décima y última posición.

Acerca de estos datos, analizando los distintos tipos de archivos, cabe comentar que es fácil reconocer entre, por ejemplo, los videojuegos y las canciones más pirateadas, la coincidencia con aquellos que figuran en las listas de los más vendidos; sin embargo, resulta sorprendente que no ocurre lo mismo en el caso de los libros, no apareciendo entre los anteriores ninguno de los *best-sellers* de los últimos tiempos, por lo que no se repite la tendencia anterior, y debemos suponer que en el caso de las obras literarias existe una mayor concienciación, o al menos, una preferencia por poseer los originales, ya sea en formato papel o electrónico.

Todo ello afecta directamente, como se ha comentado, a los derechos de varios colectivos, por un lado los autores, de otro los productores de los fonogramas y, por último, los intérpretes de los mismos (en el caso de que los haya). No obstante, no toda la circulación de archivos en formato digital ha supuesto un ataque a estos derechos, pues en la actualidad, en el caso concreto de los archivos musicales, existen otros medios del todo legales, como resalta el autor español Álvarez Álvarez<sup>1</sup>, que serían, de un lado, a través de las páginas en las que sus titulares cuelgan dichos archivos, de modo completo o fraccionado, poniéndolas a disposición de cualquier usuario, y, en segundo lugar, mediante plataformas legales de descargas, como *iTunes*, que funcionan a modo de tienda online, tratándose de “un sistema de licencias de uso en las que el usuario no adquiere la propiedad de la copia, sino sólo el uso personal de la misma, de modo temporal o permanente”. Con ello se observa que el principal obstáculo se presenta en las redes P2P objeto de comentario, campo de batalla en el que se enfrentan los autores y demás titulares de los derechos de propiedad intelectual y las miles de copias ilegales que proliferan.

## Derechos de autor

Dentro de los llamados derechos de propiedad intelectual o derechos de autor, como menciona Graciano Regalado<sup>2</sup>, se aglutinan diferentes figuras legales, concentrándose en dos grandes grupos: por un lado, los derechos personales, también denominados derechos morales de autor, y, por otro, los derechos económicos o de explotación.

Así, los derechos morales de autor, como los define el profesor Lasarte<sup>3</sup>, “*tienen por finalidad fundamental que la obra creada no pueda ser objeto de divulgación, alteraciones o modificaciones que no sean consentidas por el autor. En definitiva, se trata de proteger que «su obra» no acabe siendo «una obra desfigurada» por la actuación de terceros. (...) Se trata de un conjunto de derechos atribuidos a los autores relacionados fundamentalmente con su propia dignidad o buen nombre de creadores, con su personalidad o su ser moral, pero que no por ello excluyen su ejercicio ante los Tribunales de Justicia en caso de que sean vulnerados o desconocidos por terceras personas que, indebidamente, invadan la esfera propia de respeto que merece el autor*”, y vienen contemplados en el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Se trata de derechos perpetuos, es decir que pueden ser ejercitados sin límite temporal, en el caso de los derechos de paternidad e integridad de la obra, que no se extinguen con el fallecimiento de su titular, y que por lo tanto, pasan a sus herederos. Ello no ocurre con los restantes derechos contemplados en el artículo 14, que si se caracterizan por su temporalidad. El carácter de la irrenunciabilidad viene reconocido por el propio precepto en la ley de propiedad intelectual, derivándose de su cualidad de derechos personales del autor, y se presenta en distintas intensidades en los distintos derechos contenidos en este grupo, alcanzando su mayor grado en el derecho de paternidad y al nombre, los cuales no se agotan nunca. Por último, la normativa reconoce su carácter de inalienables, de modo que no pueden ser transferidos a un tercero, existiendo sólo vinculados al autor.

Dentro de este tipo de derechos, la ley de propiedad intelectual recoge los siguientes:

*“Artículo 14. Contenido y características del derecho moral.*

*Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

- 1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*
- 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*

5. *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*

6. *Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.*

*Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.*

7. *Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

*Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.”.*

En segundo lugar, nos encontramos con los *derechos patrimoniales o de explotación económica*, que no son otra cosa que las facultades de carácter económico o pecuniario que asisten al titular de los derechos de propiedad intelectual en relación con la explotación de la obra. Vienen recogidos en la Ley de Propiedad Intelectual, en sus artículos 17 a 23, ambos inclusive, y son los siguientes:

No existe una unanimidad que permita calificar las descargas en plataformas P2P como copias ilegales

En primer lugar el “derecho de reproducción”, recogido en el artículo 18 LPI, que consiste en la “fijación directa o indirecta, provisional o duradera, por cualquier medio y forma de toda la obra o parte de ella, de manera que permita su comunicación o la obtención de copias”.

A continuación recoge el “derecho de distribución”, contemplado en el artículo 19 LPI, que se basa en “la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. Se trata de la fase de “mercantilización” de la obra, y, como bien resalta Lasarte, suele ser transferido a un tercero especialista en esta materia, para que sea éste quien lleve a cabo toda la labor de comercialización de ésta, por la complejidad, y los elevados costes, que comporta.

En tercer lugar se reconoce el “derecho de comunicación pública”, que regula la LPI en su artículo 20, y que se define como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación



cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Entre los actos de comunicación pública más habituales tenemos la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones, la proyección de obras audiovisuales, la transmisión de obras por radiodifusión, por vía satélite, por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, o, especialmente relevante ahora, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos *alámbricos* o *inalámbricos*, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

En penúltimo lugar nos encontramos con el “derecho de transformación” que, tal y como refleja el artículo 21 LPI “comprende su traducción, adaptación y cualquier modificación en su forma de la que resulte una obra diferente, (...) y, en el caso de las bases de datos” añade también se considerará como tal “la reordenación de la misma”, requiriéndose, no obstante, la pertinente previa autorización del titular de la obra original. Unido a ello, es necesario añadir que la obra resultante de la transformación generará unos correlativos derechos de autor que corresponderán al titular de ésta última, co-existiendo de manera separada con los derechos de autor correspondientes a la obra original.

La ley de propiedad intelectual impone una serie de límites a estos derechos en los artículos 31 a 40, siendo la más relevante para el tema que nos ocupa la regulación de la copia privada. Dicha excepción viene regulada en el artículo 31, que establece que *“no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”*

## **Plataformas P2P o peer-to-peer**

Las plataformas P2P o *peer-to-peer* son en la actualidad una herramienta de uso habitual en internet y ello es lo que ha facilitado su auge y desarrollo en los últimos años, encontrando hábilmente cualquier resquicio que tanto la red como la normativa dejan libre para escurrirse de los filtros y controles impuestos para evitar el fraude para con los derechos de autor.

Es por ello que entiendo de gran importancia conocer con precisión qué son las plataformas P2P, su funcionamiento, tipologías, y el régimen de responsabilidad de sus usuarios y administradores.

Una red *peer-to-peer*, red de pares, red entre iguales, red entre pares o red punto a punto es “una red de ordenadores que no tiene clientes y servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan a la vez como clientes y servidores de los demás nodos de la red. Así, en una red P2P todos los nodos se comportan igual y pueden realizar el mismo tipo de operaciones, pudiendo no obstante diferir en configuración local, velocidad de proceso, ancho de banda de su conexión a la red y capacidad de almacenamiento. Típicamente, la computadora que realiza algunas tareas en beneficio de otras aplicaciones llamadas clientes (*clients*) es el denominado servidor (*host*). Algunos servidores habituales son los servidores de archivos, que permiten a los usuarios almacenar y acceder a los archivos de un ordenador, y los servidores de aplicaciones, que realizan tareas en beneficio directo del usuario final”<sup>4</sup>.

La clasificación de estas redes más habitual es la que se centra en su nivel de centralización, de modo que se encuentran las plataformas o redes centralizadas, las descentralizadas y las híbridas o mixtas, tal y como lo recoge Álvarez Álvarez.

Como esta misma autora menciona, en primer lugar, las redes centralizadas funcionan de modo que “los usuarios que quieren intercambiar música se conectan entre sí a través de un servidor central administrado por la red P2P, a través del cual pueden buscar las canciones que les interesan. Todas las transacciones de música se realizan a través de un único servidor, que sirve de enlace entre los usuarios. Cada uno de los ordenadores miembros de la red P2P es no sólo emisor, sino también receptor de ficheros de música. El usuario solicita una canción al programa y éste se encarga de buscar, entre otros internautas conectados en cualquier parte del mundo, la canción solicitada, que la guardan en su disco duro. Se tiene acceso a las carpetas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado el programa P2P. El servidor P2P no incluye ninguna canción, lo único que hace es funcionar como un puente entre dos ordenadores conectados a Internet. Pero todas las comunicaciones dependen de la existencia del servidor”. Son ejemplos de éstas *Napster* o *AudioGalaxy*.

Por otro lado, las redes descentralizadas se caracterizan por que “los usuarios pueden conectarse entre sí sin que sea preciso utilizar un servidor u ordenador central que haga de intermediario o que maneje las conexiones de red. Por ello, a diferencia de los sistemas centralizados, si un ordenador falla o se estropea, el sistema no se ve afectado. En los sistemas descentralizados, al contrario de lo que sucede con los sistemas centralizados, no existe un sistema de índice central

con las canciones que están en la red, sino que el programa busca la canción en los ordenadores que están conectados en ese momento y, cuando la encuentra, comienza la transferencia de un usuario a otro<sup>45</sup>. Este es el caso de plataformas como *Ares Galaxy*, *Kazaa* o *eDonkey*.

En tercer lugar, existen los sistemas semi-centralizados, híbridos o también llamados mixtos en los que un servidor central actúa de *hub* y administra las comunicaciones entre nodos, manteniendo el anonimato de éstos y sin almacenar ningún tipo de información, de modo que el servidor no interviene en la distribución de archivos entre los nodos. Algunos ejemplos de una red P2P híbrida son *BitTorrent*, *eDonkey* y *Direct Connect*.

A estas tipologías cabe añadir las plataformas P2P anónimas, en las que los usuarios y sus nodos son pseudoanónimos, caracterizándose por permitir el flujo libre de información (un ejemplo es *Freenet*) y las privadas, también llamadas F2F o *friend-to-friend*, cuyo funcionamiento se basa en conexiones entre usuarios que se conocen entre sí, pudiéndose dar la transmisión de ficheros con un sistema centralizado (de ordenador a ordenador actuando de intermediario un servidor central) o descentralizada (mediante intercambio de contraseñas o identificación de usuarios). Entre ellos cabe destacar *Aimster*, *Groove* o *N2N* (éste último basado en conexiones vpn).

## Normativa europea y española

La normativa más relevante en la actualidad viene recogida, en el ámbito de la Unión Europea, por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, que fue transpuesta en España por la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, por la que se regulan los Servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico. La Directiva Europea contiene una exención de responsabilidad para los ISP prácticamente ilimitada, ya que no sólo se extiende a cualquier tipo de infracción sino que también excluye cualquier tipo de responsabilidad, es decir, tanto civil, penal o administrativa como pecuniaria.

La exención contemplada se basa en un listado tasado de casos o situaciones (*safe-harbors*) en los que, cumpliéndose unas determinadas condiciones, el ISP no será responsable por la infracción cometida por su usuario. Como manifiesta Xalabarder Plantada, “en principio, el simple incumplimiento de alguna de estas condiciones impide al ISP beneficiarse de la exención, pero no necesariamente le asigna responsabilidad por la infracción” de modo que “el régimen de *safe-harbors* sólo sirve como un primer «filtro», la responsabilidad de cada ISP se establecerá de

acuerdo con las reglas generales de responsabilidad, como colaborador necesario o responsable civil por hecho ajeno”<sup>6</sup>.

A continuación se pasa a citar de modo expreso los casos o *safe-harbors* que la ya citada directiva europea recoge:

a) “Artículo 12. Mera transmisión

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.”

b) “Artículo 13. Memoria tampón (Caching)

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no modifique la información;
- b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información;
- c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y
- e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento

*efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.*

*2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla.”*

c) “Artículo 14. Alojamiento de datos

*1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:*

*a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,*

*b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.*

*2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.*

*3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.”<sup>77</sup>*

La directiva precisa que las exenciones de responsabilidad en ellas contenidas, sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Como establece la jurisprudencia, “esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

Concreta, así mismo, que “un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (*mere conduit*) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos;

esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma”.

No obstante, la propia normativa contempla que un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte (*mere conduit*) o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*) y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades.

La ya comentada directiva hace una serie de puntualizaciones, precisando, en primer lugar, que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en la misma no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

En segundo lugar, añade que, para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. Lo recogido en la directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos.

La norma va más allá y establece una obligación a los Estados miembros que no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

Finalmente, reconoce la posibilidad de que los Estados miembros, a pesar de lo establecido en su articulado, exijan a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen

un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales<sup>8</sup>.

A la luz de lo expuesto, y de modo muy resumido, cabe concluir que los servidores P2P serán responsables cuando tengan conocimiento de la realización de actividades ilícitas a través de sus programas, cuando intervengan de forma activa en su comisión, así como cuando impidan el control sobre los contenidos.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad de los usuarios, que son, en definitiva, quienes de manera objetiva realizan la descarga y transferencia de contenido protegido y, por tanto, atentan contra los derechos de reproducción y comunicación pública, que reserva la LPI para los titulares de las obras, existe una enorme divergencia entre la postura de otros países de nuestro entorno, y la posición española, pues la exigencia de responsabilidad a los usuarios pasa por la necesaria identificación de éstos, cuestión que choca frontalmente con la normativa en materia de protección de datos.

El software P2P sólo funciona como nexo de conexión de los ordenadores de los cibernautas conectados

En países como Italia, Alemania, Francia o Estados Unidos ya se comenzó la persecución de los usuarios de las plataformas P2P, mayoritariamente en procesos civiles, y ello se evidencia en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012 (Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB vs Perfect Communication Sweden AB), donde el tribunal concluye que la Directivas 1006/24/CE “no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24”. A ello añade que “las Directivas 2002/58 y 2004/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, en la medida en que dicha normativa permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción por la que se solicite un requerimiento judicial de



*comunicación de datos de carácter personal, ejercitada por una persona legitimada, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes*". Con ello falla estimando la posibilidad de que, si así lo contempla la legislación nacional de los países miembros, garantizando ésta además la proporcionalidad entre los distintos derechos constitucionales en cuestión, se permita la cesión de los datos por los proveedores de servicios de comunicación en el marco de procesos civiles.

Sin embargo, en España la postura acerca de esta cuestión difiere de la anterior. Así, en primer lugar, la Constitución española, en su artículo 18.3 consagra el secreto de las comunicaciones, que habrá de respetarse con los límites impuestos por el artículo 55 de la Carta Magna, derecho que se concreta en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a la comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la confidencialidad de las comunicaciones queda garantizada, así mismo, por el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE, que establece que, basándose en dicha directiva, los Estados miembros deben prohibir cualquier forma de interceptar o vigilar esas comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario salvo que esté legalmente autorizada.

Es la ya mencionada Ley 25/2007 la que concreta que los casos en los que la cesión de los datos, por requerimiento judicial, es legal, es en aquellos en los que hayan sido requeridos por determinados sujetos que vienen tasados en la ley, y en causas de naturaleza penal, según las concreciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y en los casos en que sea necesario para la salvaguarda de la seguridad pública y defensa nacional; de este modo, queda excluida la solicitud de identificación de los usuarios de las redes P2P, a través de su dirección IP, a los proveedores de servicios de internet en el marco de un procedimiento civil.

A la luz de lo anterior, resulta evidente, en mi opinión, que la cuestión clave reside en si los materiales o archivos descargados se inscriben dentro de la excepción permitida de copia privada, o por el contrario, quedan fuera de ésta.

Como ya se ha comentado con anterioridad, en el marco del análisis general de los derechos de propiedad intelectual, la excepción de copia privada se encuentra regulada en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, que especifica:

*“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las*



que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”

No existe acuerdo sobre este aspecto, y existe un claro enfrentamiento entre parte de la doctrina, discográficas y autores y, del otro lado, a otra parte de la doctrina y las plataformas de descargas y sus usuarios. El primer grupo se escuda en el requisito que la LPI impone de que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, cosa que entienden no se cumple en las descargas P2P, puesto que, argumentan, se pone a disposición de un número indefinido de usuarios una obra, de modo que se trataría de una utilización colectiva.

Para poder dilucidar este punto se hace necesario conocer y analizar cuáles son los requisitos que exige el artículo 31 para la excepción de copia privada. Así, la norma contempla, en primer lugar, que se extiende a obras en *cualquier soporte*, de manera que se aplica por igual a obras en soporte analógico y electrónico, de modo que podrían encuadrarse en ella los archivos descargados por las plataformas. En segundo lugar, exige que la copia la realice una *persona física*, punto que también se cumpliría en las redes P2P, al tratarse de usuarios registrados de modo individual y a título personal. A continuación requiere que la copia se realice *para uso privado*, y no para una utilización colectiva, por tanto se incluiría en esta excepción el uso en el ámbito familiar (entendiendo dentro de este, también, su uso con amigos, reuniones, fiestas particulares, etc.), pero quedando fuera cualquier uso en lugares abiertos al público, de modo que se debe concluir que la utilización privada que exige la norma va más allá que el mero uso personal. Este requisito constituye el *hotdot* del problema, puesto que no hay acuerdo sobre qué elementos, pautas o variables deben emplearse para determinar cuándo una copia queda amparada en la excepción y cuando no. Al respecto hay autores que han defendido que la copia privada sólo queda amparada cuando se da por debajo de un determinado número de copias, pero en ningún caso hay acuerdo acerca de cuál debe ser ese número; tampoco el medio por el que se realiza sirve para dilucidar la cuestión, ni tampoco la procedencia del archivo.

A continuación, el artículo 32 exige que no se trate de un *uso lucrativo*, el cual no se encuentra presente en las descargas P2P puesto que no existe ninguna contraprestación en la descarga, ni entre los usuarios ni para con la plataforma, pues su descarga y uso es gratuito. Por último el precepto requiere que la copia se realice de un archivo *al que se ha accedido de modo legal*, requisito del todo inconcreto, por cuanto no define de modo claro qué se debe considerar como acceso legal, ya que no especifica si con ello exige que la copia se realice de modo exclusivo del original o qué canales se deben considerar legales. Se puede entender de la redacción que la obtención de un archivo mediante las

plataformas P2P o el sistema de links colgados en sitios web constituiría un acceso ilegal, pero desde mi punto de vista, esto es inexacto pues el usuario no tiene posibilidad de conocer si el archivo puesto a disposición para la descarga procede de un original (estando por tanto amparado por la excepción) o si la obra está sujeta a derechos de autor o no, de modo que desconoce si realmente se trata de un acceso legal o ilegal. Añadido a ello, nos encontramos con que

Las plataformas P2P actuales son cada vez más perfectas y rápidas

parte de la doctrina aboga por que el hecho de que el usuario se limite a almacenar los archivos para su uso personal, el hecho de que haya accedido a ellos por medio de un servicio de internet por el que ha pagado ya lo convierte en un acceso legal, independientemente del medio o plataforma del

que lo haya obtenido, siempre que no lo comparta abierta o libremente con otros usuarios<sup>9</sup>.

Con todo ello se puede concluir que no existe una unanimidad que permita calificar las descargas en plataformas P2P como copias ilegales, por cuanto no se puede afirmar que estén excluidas de la excepción de la copia privada. Además ello se complica por lo difícil de dilucidar la procedencia del archivo, si se deriva de un original o de un archivo al que se ha accedido de modo legal y, aún más complicado resulta concretar si el usuario ha compartido la descarga o la ha destinado a un uso puramente privado. Por ello la normativa no nos ofrece elementos suficientes que permitan tachar de ilegal la descarga de los archivos por estas redes.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, en España la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, deja muy clara la postura que ha de tomar dicha institución en lo que respecta a las descargas por internet; así, establece que *“hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de ‘colocar en la Red o bajar de Internet’ o las de intercambio de archivos través del sistema ‘P2P’, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial”*. Esta postura obedece al ánimo de evitar una superposición entre el derecho penal y el derecho civil, manteniendo dentro del ámbito de actuación penal, exclusivamente, los ilícitos de este tipo en los que se dé el elemento subjetivo, que exige el Código penal, del ánimo de lucro. Por tanto, el Ministerio Fiscal concluye que sí existe una responsabilidad de los usuarios en las descargas de archivos ilegales por internet, aunque la relega al ámbito civil.

De este modo serían objeto de persecución penal aquellas actuaciones ilícitas en las que se encuentre presente el ámbito de lucro de carácter comercial. Ello se apoya en lo dispuesto por la normativa internacional, como es el caso de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contempla en su artículo 3. la consideración por los Estados miembros como delito de “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual *a escala comercial...*”, así como del art. 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio.

En la legislación penal española, el Código Penal tipifica este delito en el título XIII, capítulo XI, sección I, en el artículo 270 y ss., donde se contempla una pena estándar de privación de libertad de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses, que se ampliará en el caso de que el sujeto activo presente determinadas características o cumpla determinados requisitos, imponiéndosele una pena de inhabilitación especial para oficio o cargo público. Así mismo, atendiendo a la menor entidad de la conducta o de sus consecuencias el juez podrá imponer la pena de multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, y, en los mismos casos, cuando el beneficio económico no exceda de 400 euros, en lugar de encuadrarse en la figura del delito se considerará una falta del artículo 623.5 del Código Penal.

## Soluciones y conclusiones

El tema de las descargas ilegales por internet, lejos de estar agotado, cada vez será más protagonista en nuestra sociedad. La cultura lo invade todo, está en todas partes y adopta mil y una formas; ya no está reservada a un número determinado de “ilustrados” o “eruditos”, sino que nace de cualquier ciudadano por medio de un blog, una publicación en *facebook* o *twitter*, o en plataformas de reciente creación como *pinspire*, donde se comparten imágenes, es creador de contenido cultural, lo que nos lleva a lo que algunos han llamado “vulgarización” de la cultura. Esta expansión de los contenidos intelectuales choca frontalmente con el sistema anticuado que protege estas creaciones. La cultura, como el mundo en general, ha eliminado cualquier límite, de modo que los conocimientos y cualquier aspecto de la vida fluye sin cortapisas por lo largo y ancho del planeta, sin embargo, nos enrocamos en la idea de blindar las creaciones artísticas como

si de un bunker se tratara, permitiendo eso si, por ejemplo, que las redes sociales se apropien de cualquier contenido que los usuarios cuelguen en sus perfiles. Ello deja la impresión de que la, en mi opinión, exagerada protección a los derechos de autor, obedece más bien a criterios económico-empresariales que a un verdadero celo por la legalidad.

Entiendo que la desmedida extensión de la protección que vemos desarrollarse en los últimos tiempos no hace sino, empleando una popular expresión española, tratar de “poner vedas al campo”, por la presión que ha ejercido, y ejerce, el poderoso sector audiovisual. Resulta, desde mi punto de vista, muy peligroso otorgar tan vastos poderes a una industria, creando una especie de ente todopoderoso, a modo de “ojo que todo lo ve” del Señor de los Anillos, que sea capaz de decidir, guiándose únicamente por intereses económicos, qué ciudadanos pueden acceder a qué cultura. Ello ocurre, y tras las recientes reformas, ocurrirá aún más, porque si las grandes gestoras y productoras tienen en su mano decidir qué contenidos (películas, series, libros, discos, etc.) llegarán al mercado español, por ejemplo, y cuáles no, a falta del acceso libre a esos contenidos por otros medios, a los ciudadanos se les estará privando de dos derechos garantizados por nuestra Constitución, que son, de un lado el artículo 10 CE que protege con rango de derecho fundamental, el libre desarrollo de la persona, y el derecho del artículo 44 CE que garantiza el libre acceso a la cultura. Si permitimos que sean las multinacionales las que, guiándose por el interés económico, decidan a qué cultura podemos acceder, ellos tendrán en sus manos el desarrollo y formación que tendrán los ciudadanos de cada país dependiendo de a qué contenidos hayan determinado que podrán acceder.

Por tanto, sostengo que la rigidez de la regulación actual de la propiedad intelectual no sólo viola ambos derechos constitucionales, sino que avala la formación de un monopolio cultural de proporciones mundiales. Y ello porque, es evidente que, sin un libre acceso por internet de los contenidos de modo abierto, los ciudadanos españoles no podremos ver las series inglesas o americanas, por ejemplo, que las productoras y nuestras cadenas de televisión no decidan implantar en territorio español, porque ya no existirá ninguna plataforma que nos las ofrezca; lo mismo que tampoco podremos leer aquellos libros que no se publiquen en nuestro país, básicamente por motivos de beneficios, a no ser que viajemos expresamente al país de origen algún otro donde sí se pueda adquirir, y así sigue un largo etcétera de ejemplos; así hoy en día, como asegura el editor de una importante editorial a nivel mundial, Tim O'Reilly de O'Reilly and Associates, nos encontramos con que *“la mayor amenaza para cual-quiera de mis libros no es la piratería, sino la oscuridad. Si piensas en la cantidad de gente que podría, algún día, pagar por mis libros, en el*

99% de los casos, la razón por la que no lo harán no es que estén obteniendo los libros de manera gratuita, es que nunca habrán oído hablar de ellos”.

Es en esta España, en concreto, donde se acaba de “renovar” y reforzar la regulación de la protección de los derechos de autor frente al auge de las descargas ilegales por medio de la reciente Ley de Economía Sostenible, cuya disposición final cuadragésima tercera ataca radicalmente a las páginas de descargas por links, tipo *megaupload* (ya decapitada en EEUU) o, en el caso de nuestro país, webs del tipo de *series yonkis*, donde mediante a los links que re-direccionan a los servidores de descargas o de visionado online, se puede acceder a todo tipo de contenidos (películas y series, en este último caso), tanto emitidas en España, como en cualquier parte del mundo. Con esta regulación, se penalizan los servicios ofrecidos por estos portales, creando además una comisión especializada que se encargará de su persecución o cierre, limitando el control jurisdiccional a la autorización de la ejecución de las medidas tomadas por el citado órgano. Ello, a mi parecer, va a crear un auge sin precedentes de las plataformas P2P cuyo control es casi imposible, y sobre las que la legislación actualmente aleja el fantasma de la responsabilidad penal, haciéndolas el sustituto perfecto.

Además, teniendo en cuenta que estamos hablando de nuevas tecnologías que avanzan ya no por días ni horas, sino por minutos, era más que previsible que surjan nuevos modos de burlar la ley, de modo que, tal y como las P2P aprendieron la lección a raíz de los procesos judiciales a los que se enfrentaron, descentralizándose y creando redes anónimas, las páginas web a las que se refiere la llamada ley *Sinde* están ya buscando modos de salvarse de la “quema”, de manera que están creando los denominados en el argot informático “espejos”, que no son otra cosa que numerosas páginas hermanadas que distraen la atención sobre la página principal, de modo que los links en la web original no dirigen directamente al contenido protegido sino que re-direccionan a esas páginas espejo que son las que vinculan al contenido; así, la responsable directa y, por tanto, servidor perseguible no sería la web “madre” sino sus espejos. Este es el caso de la conocida *series yonkis* y *películas yonkis*, que están creando esas páginas espejo en las que recaería la responsabilidad y que distraerían la atención frente a las principales, y lo mismo ocurrió en el caso de *Wikileaks*, donde sus seguidores comenzaron a crear cientos de portales espejo con la misma función que la página principal, a la que podríamos llamar matriz, de modo que, igual que en los casos anteriores, se distrae la atención de la web origen.

No obstante, es necesario puntualizar que no está claro que este método efectivamente pueda exonerar de responsabilidad a la que actúa de página principal, a la que se trata de proteger, puesto que aún queda por ver cómo

actúa la jurisprudencia, ya que es posible que se estime que el vínculo indudable existente entre las distintas páginas demuestra que existe una clara dependencia entre ellas, pudiendo considerarse que el re-direccionamiento conecta de modo tan estrecho a la página principal y a la espejo que se pueda concluir que existe una clara responsabilidad por el contenido protegido al que se puede acceder desde la segunda mediante los links de descarga y visualizado online. Como ya he dicho, será necesario esperar a ver cómo actúan al respecto la comisión encargada de esta materia y los tribunales que serán los que tengan que autorizar la ejecución de las medidas propuestas por la primera.

Sin embargo todo lo anterior, recientemente se ha publicado el Informe Especial 301 para el 2012 de la *International Intellectual Property Alliance*<sup>10</sup>, en la que se mantiene a España en la lista de los países a vigilar según el artículo 182 del *Trade Act* norteamericano. En el documento del informe dedicado a España se reconocen los avances llevados a cabo en estos últimos meses en la lucha contra la violación de los derechos de autor, destacando en especial la mencionada Ley de Economía Sostenible, es por ello que, tal y como se refleja en el propio documento, parte de los miembros de la IIPA apoyaron la salida de España de la llamada *Watch List*, sin embargo, dado que otra parte de los miembros se opusieron a ello, finalmente la salida no se produjo, aunque esta indicación quedó registrada para la siguiente edición del informe. Los motivos en los que se basan las reticencias del grupo de miembros que se negaban a la salida de la lista de nuestro país consisten en la limitación de la más reciente normativa a las páginas de descargas pero no regula las plataformas P2P, que según los datos que muestra el informe es la principal fuente de infracciones en nuestro país. Además, otra causa de las reticencias de la IIPA nace de la despenalización de las descargas ilegales por parte del Informe de la Fiscalía General del Estado del 2006 que he comentado con anterioridad, y a ello añaden la actual regulación española en materia de protección de datos que impide la identificación de los infractores de estos derechos en causas civiles, lo que, según algunos miembros de la IIPA, dificulta en gran medida el enjuiciamiento de la responsabilidad civil.

Las recomendaciones que hace la IIPA son las siguientes: modificar la Circular de la Fiscalía General del Estado del 2006 que despenaliza las descargas en plataformas P2P, facilitarles a los titulares de los derechos de autor el ejercicio de sus acciones criminales y civiles frente a los infractores permitiéndoles que obtengan información identificativa de una manera que respete los derechos de protección de datos, siguiendo la decisión del Tribunal de Justicia Europeo de 2008, *Promusicae vs. Telefónica*. En tercer lugar, extender las provisiones de la Ley de Economía Sostenible a las plataformas de *links*, *indexado* y descargas *torrent*,

modificar las leyes de e-comercio de modo que los titulares de derechos puedan comunicarle a los ISP (proveedores de servicios de internet) el conocimiento de la infracción cometida por medio de su servicio sin necesidad de una orden judicial. Incentivar a los ISPs para que cooperen en los esfuerzos para reducir las actividades de intercambio de archivos; dar los pasos legislativos apropiados para asegurar que los dispositivos de elusión son ilegales, facilitar cambios en la legislación para facilitar los casos civiles frente a la piratería informática. Recomiendan el establecimiento de una autoridad nacional que coordine la regulación de la piratería informática y asegurar la asignación de adecuados recursos de investigación de los delitos de internet e informáticos dentro del Ministerio del Interior, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía; así como asegurar la asignación de los medios apropiados para que los juzgados y tribunales penales y de lo mercantil tengan jurisdicción sobre los casos de IP para evitar retrasos innecesarios.

Esta expansión de los contenidos intelectuales choca frontalmente con el sistema anticuado que protege estas creaciones

Incluso teniendo en cuenta lo anterior, en mi opinión no existe una solución sencilla ni plenamente satisfactoria al problema, como se ha evidenciado a lo largo del análisis anterior, a lo que se une una dificultad añadida por la situación de crisis económica global. No obstante, considero que el fallo base reside en el modelo que rige la industria audiovisual, cuyos márgenes y beneficios considero excesivos, y cuya rigidez provoca la evasión de los consumidores hacia otros medios de acceso a los contenidos. Es muy habitual que de un CD sólo nos gusten o interesen determinadas pistas, y ello nos frena a la hora de adquirir el soporte completo, por lo que estimo necesaria una búsqueda de una mayor flexibilidad en los soportes y acceso a ellos. Por otro lado, unido al elevado precio de los libros, en algunos casos, disuade de su adquisición al no poder estar seguro de si el libro realmente nos va a interesar, por lo que considero que el poner a disposición de los consumidores fragmentos o algún capítulo del libro permitiría saber realmente qué se compra y si coincide con las expectativas. Pero todo ello no servirá de nada si no va acompañado por una considerable reducción en los precios, puesto que, en concreto en la actualidad, cuando miles de familias sufren el embargo de sus hogares, otras miles de ellas tienen a todos sus miembros en paro y apenas pueden llegar a fin de mes, es del todo inhumano que se pretenda obtener beneficios del 200% por la venta de cultura. Nos encontramos además con que, en la industria audiovisual los grandes beneficios vienen de la mano de



los conciertos, en el caso de la música, y de publicidad y *merchandising* en el caso del cine, es decir se invierte una mínima cantidad de dinero en la producción de las giras, conciertos, promociones y filmación y grabación, pero luego se cuadruplican los ingresos con promoción, venta, etc. Ello demuestra que los Cds y películas ya no son el objeto o elemento principal del negocio, como además es lógico, si no que es la fuente de ingresos y objeto accesorio, de manera que la verdadera actividad es la promoción y venta. Esto demuestra lo ilógico y absurdo del modelo actual, y hasta que no se emprenda un proceso de restructuración del sistema, seguirá habiendo, en mi opinión, una incesante fuga de consumidores que busquen acceder a los contenidos intelectuales de un modo más flexible y personalizable y, por supuesto, a unos precios mucho más razonables que los que viene imponiendo la industria.

Esta es la principal solución a la problemática, desde mi punto de vista, pero dado lo difícil de que ello se consiga en la actualidad, debemos mirar al extranjero para buscar, en otros derechos más avanzados, posibles mejoras para nuestro ordenamiento jurídico. En Estados Unidos nos encontramos con el reciente caso de *Google Book Search*, servicio de búsqueda y consulta de libros por internet a través del buscador de Google que aún no está disponible fuera de las fronteras norteamericanas. En este servicio se procede al escaneado de libros, manuales y obras manuscritas en general, tanto protegidas como de dominio público, de modo que pueden ser consultadas a través de Google, gratuitamente o previo pago de determinada cantidad, en función de la obra y su protección. El sistema que se ha adoptado para este servicio puede servir de modelo para regular el consumo de obras protegidas, de diversa índole, por internet, y puede proporcionarnos, así, numerosas soluciones a variados problemas que encontramos en la actualidad.

Tal y como refleja Harjinder Obhi, en la comunicación *Google Book Search*<sup>11</sup>, la base del sistema lo constituye una organización sin ánimo de lucro llamada *Book Rights Registry*, creada mediante un acuerdo general para EEUU, y sobre la cual Google no tiene intervención ni control, cuya principal función es actuar en nombre y beneficio de los autores y productores, y está dirigida en común por todos ellos, teniendo en cuenta los intereses de los titulares de los derechos y distribuyendo la facturación o ingresos entre ellos, cubriendo Google con la cantidad de 34.5 millones de dólares la creación de la organización, el procedimiento de notificaciones y otros costes administrativos. Los beneficios de este sistema, recolectados por Google, en un 63% serán derivados al *Book Rights Registry*, que se ocupará de derivarlos a los titulares de derechos que corresponda. Esos ingresos provienen de los usos comerciales, que son acceso online de los consumidores a obras



individuales, suscripciones institucionales y beneficios por la publicidad visualizada en las páginas donde se muestran libros. Para el modelo de acceso del consumidor, el usuario puede comprar un acceso individual a una obra en concreto. El precio por defecto es fijado por Google mediante un modelo algorítmico de precios para maximizar el beneficio por obra, aunque el titular del derecho puede solicitar fijar él mismo el precio de modo unilateral. La compra de la suscripción institucional permite el acceso a la base de datos siendo el objeto de este acceso las Altas Instituciones de educación, cuerpos gubernamentales y corporaciones. Existe una previsión de acceso público en biblioteca de carácter público y altas instituciones de educación sin ánimo de lucro, así Google facilitará un servicio de acceso público limitado sin coste para un terminal sito en los edificios de las bibliotecas antes mencionadas, mientras que las tasas por impresión tendrán que pagarse. El sistema prevé otros modelos de beneficio para el futuro, tales como la impresión bajo demanda, publicidad customizada, suscripción al consumidor, descarga de pdf., etc., requiriendo todas ellas de la previa autorización del *Book Rights Registry* o los titulares de los derechos.

Las plataformas P2P como cualquier otro tipo similar de transmisión de archivos online seguirá evolucionado burlando los límites que establece el derecho

Con este sistema salen ganando tanto los titulares de los derechos como los consumidores y usuarios, unos porque reciben los beneficios de los usos online de esos libros y porque dan a conocer sus obras a un público potencialmente mayor de cualquier parte sin tener que gastar en publicidad, y los usuarios, porque permite el acceso a miles de obras de todo el mundo, de un modo cómodo y fácil, además de poder consultar obras que no estén publicadas.

Considero que este sistema podría ser perfectamente trasladado a Europa y extenderse a otro tipo de obras, incluyendo las audiovisuales a las que me he venido refiriendo en este trabajo. La extrapolación de este modelo a todo tipo de archivos y obras limitaría en gran medida la descarga y consumo ilegal de contenido protegido, facilitando el cobro por los titulares de derechos, haciendo visibles obras antiguas, no publicadas o de difícil acceso, reduciendo costes.

De todos modos la propia red, en su constante cambio y evolución, genera nuevas salidas y soluciones al problema. Así la plataforma ReDigi permite, mediante la creación gratuita de una cuenta de usuario, almacenar, reproducir en *streaming*, comprar y vender archivos digitales de “segunda mano”; de este modo el dinero que se obtiene de la venta del material multimedia se puede emplear en comprar

aquellos archivos que se desean, y se obtienen “créditos” por los intercambios que se canjean por archivos o descuentos. Se trata de un mercado secundario de archivos totalmente legales, puesto que su procedencia es lícita, y además la reventa de obras es totalmente legal y no requiere autorización previa del autor (salvo casos como obras de arte). Sin embargo esta solución casi con certeza creará un nuevo problema y pondrá en jaque a los bufetes de abogados de empresas como Apple, ya que los contenidos de plataformas como *iTunes*.

En definitiva, dado que internet es una red que no para de crecer y al mismo ritmo evolucionan las nuevas tecnologías, tanto las plataformas P2P como cualquier otro tipo similar de transmisión de archivos online seguirá evolucionado burlando los límites y barreras que establece el derecho, escapando así de la quema. Dada la gran diferencia existente entre las velocidades que alcanzan los descubrimientos tecnológicos y la mucho más lenta de la legislación, cada paso que da éste último se ve precedido por rápidos avances en las tecnologías que permiten evadirla.

## Notas

<sup>1</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”; Práctica de derecho de daños, nº 53, octubre 2007, La Ley.

<sup>2</sup> GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”, Diario La Ley, nº 7209, 2 de julio 2009; Editorial La Ley.

<sup>3</sup> LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, Ponencia en la IIIª Acta Internacional de la Lengua Española, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida.

<sup>4</sup> MILLÁN TEJEDOR, R.; “Distribución de libros electrónicos en redes p2p”, Acta y Cedro, 2006.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.; Op. Cit.

<sup>6</sup> XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, Artículo de la Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, IDP 2 (2006).

<sup>7</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

<sup>8</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000.

<sup>9</sup> Bercovitz Rodriguez-Cano, R. y Otros, “Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, Tirant Lo Blanch, 2006.

<sup>10</sup> [http://www.iipa.com/2012\\_SPEC301\\_TOC.htm](http://www.iipa.com/2012_SPEC301_TOC.htm)

<sup>11</sup> Vid. “Global Copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace”; ED. Bently, L., Suthersanen, U., Torremans, P.; Northampton, USA. 2010. Pág. 275 y ss.

## Referencias

*“International Intellectual Property Alliance 2012 Special 301 Report”*, IIPA, 2012.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música en internet”; *Práctica de Derecho de Daños* núm. 53, Editorial La Ley, 2007.

Circular 1/2006, Fiscalía General del Estado, “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003”.

DURÁN RIVACOBA, R., “La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico”; *Aranzadi Civil-Mercantil* núm.2/2011, Editorial Aranzadi, 2011.

GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”; *Diario La Ley*, núm. 7209, Editorial La Ley, 2009.

HARJINDER OBHI, “Google Book Search”; “Global Copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace”; ED. Bently, L., Suthersanen, U., Torremans, P.; Northampton, USA. 2010. Pág. 275 y ss.

IRRIBARREN OSCÁRIZ, J., “Top manta y Derecho Penal”, *Publicación Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm.9/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

LACRUZ MANTECÓN, M., “Napster. O cómo cargarse la propiedad intelectual (tal y como la venimos entendiendo)”.

LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”; Ponencia en la IIIª Acta Internacional de la Lengua Española, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida.

MILLÁN TEJEDOR, R.; “Distribución de libros electrónicos en redes p2p”, *Acta y Cedro*, 2006.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Cyberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde”; *Diario La Ley*, núm. 7822, 2012.

POLITE FANJUL, C., “Intermediación en descargas de archivos protegidos en internet: derivación típica”; *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2012, Editorial Aranzadi, 2012.

PORCUNA DE LA ROSA, F., “A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm.1 de Logroño que condena a un administrador de un sitio de enlaces a redes P2P por infracción de derechos de la propiedad intelectual”; *Diario La Ley*, núm.7200, 2009.

SERRANO GÓMEZ, E., “Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?”; *Actualidad Civil*, pág. 1109, Tomo tres, Editorial La Ley.

XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”; *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm.2, UOC, 2006.

XALABARDER PLANTADA, R., “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?”; *Revista como la sociedad del conocimiento, UOC Papers*, núm.2, 2006.