

Comunicaciones electrónicas *peer-to-peer* (P2P)

versus derechos de autor

Carlos Lasarte

Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED. Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil (Estrasburgo). Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia)

A mi buen amigo, profesor y compañero, Rafael Escuredo Rodríguez, siempre brillante y entrañable, desde que ostentó la Presidencia de la Junta de Andalucía (1979-1984) hasta ahora que patrocina la Presidencia de la Fundación BLU

ABSTRACT (6 líneas)

La generalizada descarga de obras protegidas por los derechos de autor a través de los programas o plataformas de intercambio electrónico, como *Emule* o *Kazaa*, plantean actualmente un reto de consecuencias extraordinarias y de evaluación económica incalculable, hasta el extremo de la producción discográfica y audiovisual, incluso la emanada de grandes compañías multinacionales comienza a resentirse gravemente. Las consecuencias serán más graves aún con la doctrina sentada por la STJCE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008.

OPINIÓN (30 líneas)

El objeto central de este ensayo radica en determinar si, en el conflicto de intereses estudiado entre derechos de autor y comunicaciones electrónicas *per-to-peer* la precedencia o preferencia axiológica debe corresponder a los derechos derivados de la propiedad intelectual de los creadores de las obras nacidas del ingenio humano o si, por el contrario, debe ser otorgada a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones electrónicas entre particulares incluso en el supuesto que se realicen descargas masivas de productos culturales que, en consecuencia, originen una vulneración de los derechos de autor.

La interpretación realizada de la normativa vigente por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) en su sentencia de 29 de enero de 2008, sin duda alguna, resulta acorde con los parámetros tradicionales de la hermenéutica jurídica y con el conjunto de los mandatos contenidos en las disposiciones a tener en cuenta, pero llega a una conclusión absolutamente insatisfactoria para todos los autores y creadores, cuyas reclamaciones judiciales en vía civil son condenadas, irremisiblemente, al fracaso, de manera tal que cualesquiera infracciones y conductas contrarias a la propiedad intelectual que no merezcan la calificación de delito propiamente dicho quedarán absolutamente impunes ante la imposibilidad de prueba de las descargas masivas y de la identificación de que las personas que las realizan.

La reciente Ley 56/2007, de 28 de diciembre, *de medidas de impulso a la sociedad de la información*, ha introducido un nuevo artículo 12 bis en la Ley 34/2002, cuyo apartado cuarto establece que “Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por

el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”. Semejante modificación, frente a los términos de la redacción originaria del artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, permite aventurar la conclusión de que, tras algunos años de indecisión, motivados sin duda por la novedad de las técnicas electrónicas, el legislador español se ha apercebido de que la vulneración de la propiedad intelectual no siempre ha de tener ribetes delictivos y que, en cambio, los derechos de autor deben ser objeto de protección y defensa incluso frente a los ilícitos de naturaleza civil.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda un tema de extraordinaria importancia en la sociedad contemporánea y, en particular, en los primeros años del siglo XXI: la transmisión electrónica denominada *peer-to-peer* (esto es, *de par o par* o entre iguales) tan en boga desde que a finales de 1999, con el cambio del milenio pues, comenzáramos a enfrentarnos con el software identificado actualmente con el acrónimo o abreviatura “P2P” (tan utilizada en los modernos estudios de propiedad intelectual pero, sobre todo, en el lenguaje informático propio de los internautas) y su incidencia respecto de los derechos de autor y otros derechos afines, de manera particular los derivados de la producción musical y audiovisual, que verdaderamente representan cuotas de mercado y cifras macroeconómicas de enorme relieve y, por tanto, gran interés general.

En concreto, vamos a enfrentarnos al tema de determinar si la precedencia o preferencia debe corresponder a los derechos derivados de la propiedad intelectual de los creadores de las obras nacidas del ingenio humano o si, por el contrario, debe ser otorgada a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones entre particulares (sean postales, telefónicas o electrónicas), cuyo secreto garantiza sin duda el artículo 18.3 de la Constitución española. Esperamos que cuando concluya usted estas páginas considere que la rúbrica del ensayo se corresponde con lo verdaderamente tratado en él y ahora anunciado, si bien debemos presentar excusas anticipadas por utilizar en el título del ensayo la incorrecta conjunción *versus*, en vez de la expresión debida *de adverso* o cualquier otra similar. Brevedad obliga.

Avanzando ideas, quizás debiéramos decir que, en principio, lo oportuno es comenzar resaltando el marco básico de los derechos de autor, tanto en sus aspectos morales cuanto patrimoniales, conforme a la legislación española¹, para pasar seguidamente a ofrecer una explicación inicial de la idea técnica de transmisión electrónica *peer-to-peer*.

Seguidamente destacaremos la frecuente utilización de dichas técnicas en la sociedad actual, con generalizada e insistente vulneración posiblemente de los derechos de autor, para acabar poniendo de manifiesto que la práctica cotidiana, la legislación y las resoluciones judiciales estadounidenses y europeas parecen seguir sendas divergentes, para desasosiego de tirios y troyanos y por mucho que, con mayor o menor fundamento, hablemos –no sin ligereza, por cierto- de la contemporánea *globalización*.

Todo ello, naturalmente, dentro de la concisión y brevedad requerida por un ensayo que en su formulación inicial y redacción actual fue presentado como Ponencia en la IIIª Acta Internacional de la Lengua Española, celebrada en la sede de Santa María de la Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, el pasado día 12 de abril, organizada bajo los auspicios de la Fundación Biblioteca de Literatura Universal (o Fundación BLU), a la que

manifestamos nuestro agradecimiento por la invitación y por la ocasión de someter a debate, ante una buena pléyade de expertos en la materia, un ensayo cuya complejidad está fuera de duda.

2. EL DENOMINADO DERECHO MORAL DE AUTOR

El derecho moral de autor o, si se prefiere, los aspectos morales del derecho de autor 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.

Aunque pueda resultar llamativo, los aspectos morales del derecho de autor han sido objeto de menor atención que los aspectos patrimoniales del mismo en España y en los restantes países de nuestro entorno cultural. Para acreditar lo dicho, bastará recordar que en la Ley de 1879 la regulación del derecho moral de autor brillaba por su ausencia y que han sido la jurisprudencia del TS y la opinión de los autores especialistas en la materia los factores fundamentales de desarrollo legislativo del derecho moral de autor en la Ley 22/1987.

2.1. Contenido del derecho moral de autor

La LPI identifica el derecho moral de autor con una serie de derechos (¿o, acaso mejor, facultades?) que contempla en distintos apartados del artículo 14, que sistematizaremos a continuación. Antes, convendría indicar que resulta más correcto hablar de «aspectos morales del derecho de autor» o de «derechos extrapatrimoniales del autor» que de «derecho moral de autor». La razón de ello es clara: durante largos años, por no decir siglos, los autores se han esforzado en separar el Derecho de la Moral como sistemas normativos de diferente ámbito y resulta, por tanto, incongruente que, ahora, el propio Derecho positivo hable de «derecho moral». En consecuencia, quede claro que los derechos de que a continuación trataremos son *derechos subjetivos* y que, por consiguiente, son ejercitables por su titular y protegibles frente a terceros como cualquier otro derecho que el Ordenamiento jurídico reconozca o atribuya a cualquier persona.

Por tanto, el calificativo de «derecho moral de autor», insistamos, tiene un valor entendido que no debe inducir a equívocos: 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.

A) *Derechos sobre la divulgación de la obra*

Los dos primeros números del artículo 14 determinan que la iniciativa de divulgación de la obra y la forma en que ésta ha de realizarse (bajo su propio nombre, bajo seudónimo, o incluso como obra anónima) corresponden en exclusiva al autor.

La circunstancia de que el autor esté facultado para decidir la divulgación o publicación de su obra bajo su nombre, bajo seudónimo o incluso como obra anónima, se denomina técnicamente por la doctrina «derecho al nombre» y suele insistirse más en su faceta negativa que en la positiva. Ésta implica que, una vez adoptada una decisión al respecto sobre la «firma» de la obra, el nombre del autor no puede ser desconocido. Desde la perspectiva negativa, por el contrario, se trataría de reservar o preservar el verdadero nombre del autor cuando la obra se ha publicado bajo seudónimo o anónimamente, circunstancia que obliga al editor para el futuro y que ha originado no pocos problemas, sobre todo cuando el editor

considera que la relevancia pública adquirida por el «autor oculto» podría beneficiar la venta de la obra.

B) Derecho de paternidad

El artículo 14.3.º otorga al autor la facultad de «exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra». Dicha facultad, utilizando figuradamente el mismo lenguaje que en la procreación, se suele denominar «derecho de paternidad», con la intención de subrayar la procedencia concreta de la creación literaria, artística y científica.

Evidentemente, el derecho de paternidad constituye el eje medular de toda la materia de propiedad intelectual y, por otra parte, se encuentra íntimamente relacionado con el «derecho al nombre» anteriormente considerado, pues es obvio que si la divulgación de la obra se ha realizado bajo el propio nombre del autor, la paternidad de la obra difícilmente puede ser puesta en duda y se encuentra garantizada con la propia divulgación de la obra.

Los problemas fundamentales que se plantean en relación con esta cuestión vienen representados por la realidad de las obras por encargo, que no pueden identificarse -al menos, sola y necesariamente- con la muchas veces (otras no tanto) deplorable realidad de los llamados *negros*: quienes trabajan en el anonimato *ad maiorem gloriam* de quienes firman.

C) Derecho a la integridad

Quizá no haya nada en el mundo que perturbe más a un autor que la mutilación o alteración de su obra, por considerar, justamente, que su hilo conductor puede verse absolutamente desvirtuado en caso de ser presentada incompleta. Por ello, la LPI reconoce el derecho del autor a «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» (art. 14.4.º).

El texto legal es farragoso y barroco. Se ha tratado de proteger tan encendidamente el derecho a la integridad que no se han ahorrado sustantivos definidores de la posible conducta contraria al mismo. Sin embargo, lógicamente el tenor literal de dicho precepto debe ser reconducido a sus justos límites y, en particular, ponerlo en conexión con el «derecho de cita».

Respecto del primero de los puntos aludidos, es evidente que el derecho a la integridad debe estar referido a las relaciones existentes entre el autor y quien, por el título que sea, tiene facultades de edición o divulgación de la obra, pues cualquier otra persona que pudiera divulgar la obra, ya íntegra, ya manipulada, podría ser demandada no tanto en base a la falta de respeto al «derecho a la integridad» cuanto por atribuirse facultades de las que, en términos absolutos, carece.

La existencia del «derecho de cita», por su parte, evidencia la realidad de lo dicho en el párrafo anterior: la utilización por terceros de las obras ya divulgadas (por tanto, con mayor razón cuando hayan sido publicadas) no se encuentran sometidas, naturalmente, al «derecho de integridad». Sería absolutamente irracional pretender que quien se refiera, cite o critique una obra ajena hubiera de recogerla entera, pues entonces sería *la historia de nunca acabar*.

D) Derecho de modificar y retirar la obra del comercio

Los números quinto y sexto del artículo 14 contemplan en favor del autor la posibilidad de modificación de la obra, e incluso de retirar la obra del mercado, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales. Al decir en favor del autor, se pretende indicar que tales

derechos son personalísimos y, por tanto, ejercitables única y exclusivamente por el autor: en vida del autor nadie, salvo él mismo, podrá ejercitar tales derechos; cuando fallezca no podrán pretender ejercitarlos ni siquiera sus herederos y, con mucha menor razón, las instituciones culturales o administrativas que pudieran tener algún derecho sobre la obra.

El autor puede modificar su obra o retirarla del mercado, pero naturalmente no tiene derecho alguno respecto de los ejemplares que ya hayan sido adquiridos por terceras personas con anterioridad, como impone la más mínima lógica. Por tanto, cuando el artículo 14.5.º habla de respeto «a los derechos de los terceros» no se está refiriendo, en general, a la colectividad de posibles adquirentes de la obra, sino a quienes tuvieran derechos de explotación sobre la obra, tal y como con mayor corrección indica el número 6.º del propio artículo. Así pues, ambos derechos requieren que el autor indemnice a los titulares de los derechos de explotación los daños y perjuicios que semejante cambio de criterio creativo les origine. En la práctica, el ejercicio de tales derechos suele encontrar una aplicación muy limitada, pues la indemnización a los titulares de los derechos de explotación será normalmente elevadísima. Por consiguiente, la retirada del comercio de la obra (que, por cierto, no es admitida por la generalidad de las legislaciones al respecto) es claramente un supuesto-límite. Por su parte, la modificación de la obra suele quedar reservada para segundas o sucesivas ediciones, en su caso.

2.2. Características de los derechos de autor de naturaleza personal

Los aspectos de carácter personal o de orden moral tradicionalmente atribuidos al autor no pueden calificarse técnicamente como derechos de la personalidad propiamente dichos. Desde el punto de vista constitucional, no cabe duda de que tal carácter ha de ser atribuido a la libertad y a alguna de sus manifestaciones. En particular, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1.b) CE] debe considerarse un derecho fundamental o un derecho de la personalidad. Sin embargo, una vez ejercitada y concretada dicha libertad creativa en una obra, no cabe afirmar que la propiedad intelectual que recae sobre ésta es, simultáneamente, derecho de la personalidad o derecho fundamental.

No obstante, debo advertir que dicha línea de pensamiento no es pacífica, ni generalmente compartida, desde que un jurista alemán del pasado siglo (O. VON GIERKE) defendiera que la obra creada es algo inherente a la propia persona. En sentido parecido, cierto sector doctrinal español defiende que el denominado derecho moral de autor constituye un derecho de la personalidad autónomo que conllevaría una serie de características propias -y, al parecer, exclusivas- de tal categoría de derechos: perpetuidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, fundamentalmente.

A) *Carácter perpetuo*

La primera dificultad de quienes defienden la naturaleza de derecho de la personalidad respecto del derecho de autor, globalmente considerado, viene representada por la duración de los derechos enumerados o recogidos en el artículo 14. Dado que algunos derechos de la personalidad (por ejemplo, el honor o la buena fama) no se extinguen con la muerte de su titular (sí se extinguen todos los demás: la propia vida, la libertad, etc.), se pretende aplicar dicho esquema al tema ahora considerado.

Los que hemos denominado derecho de/a la paternidad y a la integridad tienen ciertamente carácter perpetuo respecto de la obra publicada. Por tanto, una vez fallecido el autor, otras personas, en representación del propio autor, podrán hacer valer dichos derechos, *sin límite de tiempo* (esto es, de forma tendencialmente perpetua), frente a quienes intenten desconocerlos o conculcarlos (cfr. arts. 15 y 16).

Mas tal previsión legislativa no ha de fundamentarse necesariamente en una derivación de la personalidad del autor, sino en el propio interés público en que el acervo cultural nacional no sea objeto de mutilaciones o conductas torticeras por parte de los mercaderes del libro. De otra parte, es claro que los demás derechos de autor de naturaleza personal contemplados en el artículo 14 no tienen en absoluto carácter perpetuo, sino que, muy al contrario, se agotan o extinguen con la propia desaparición física o muerte del autor (como ocurre con el derecho de modificar o retirar del mercado la obra) o incluso desde el mismo momento en que son ejercitados por el autor (cual ocurre con los derechos relativos a la divulgación de la obra). Quizá por ello, la propia LPI no considera en ningún momento posible calificar tales derechos como perpetuos.

B) Irrenunciabilidad

El encabezamiento del artículo 14 indica que los derechos en él considerados tienen la condición de ser irrenunciables. Se ha pretendido derivar dicha característica de la personalidad. Para ello se argumenta que, al igual que no cabe renunciar a los derechos de la personalidad, tampoco resulta lícito ni admisible que se pueda renunciar a los derechos personales de autor.

El argumento me parece sofisticado y difícilmente aceptable. La irrenunciabilidad de los derechos no se encuentra limitada al campo de los derechos de la personalidad, sino que tiene un campo de aplicación mucho más amplio. El ordenamiento jurídico se basa en distintas causas justificadoras de la caracterización de ciertos derechos como derechos irrenunciables. Puede fundamentarse la irrenunciabilidad, efectivamente, en la protección de los derechos de la personalidad (impidiendo que nadie comercie con su vida o con su libertad); pero puede igualmente basarse en otra serie de razones consideradas dignas de protección por la ley: facilitar el acceso a la vivienda, proteger a los consumidores y usuarios, búsqueda de la justicia material en el mundo de la contratación, etc.

Bastarían tales consideraciones para afirmar que la irrenunciabilidad de los derechos personales de autor no tiene por qué encontrar su fundamento en el presupuesto de que sean derivación de la libertad ideológica o de creación artística, científica o literaria. A mi entender, el legislador establece aquí la irrenunciabilidad para impedir, de presente, que la iniciativa sobre la divulgación y/o publicación de la obra realizada salga de las manos del autor y para evitar, de futuro, que cualquiera pueda alterarla o modificarla, sin su consentimiento. Pero de ello no puede deducirse que, legislativamente, el denominado derecho moral de autor haya de ser considerado un derecho de la personalidad.

En realidad, lo que ocurre es que los derechos de autor de naturaleza personal contemplados en el artículo 14 tienen el carácter de *personalísimos*; calificación con la que los juristas pretendemos indicar que su ejercicio corresponde única y exclusivamente a su titular en cada caso, sin que quepa en forma alguna transmitirlo a otra persona o delegar su concreto ejercicio en un tercero. En consecuencia, no cabe renunciar a su ejercicio y, en tal sentido, son irrenunciables antes de ser ejercitados; queda vetada su renunciabilidad anticipada.

Ahora bien, dicho ello, hay que tener en cuenta que en el elenco de derechos establecido en el artículo 14 no todos tienen el mismo grado de irrenunciabilidad, entendida en el sentido expuesto:

- Los derechos relativos a la divulgación y/o publicación de la obra, una vez ejercitados, dejan de tener sentido de futuro, pues se agotan *uno ictu*, de golpe, en el preciso momento en que son hechos valer por su titular: el autor.

- Los derechos de paternidad y de integridad, así como los de modificar o retirar la obra del mercado, tienen carácter duradero y, por tanto, no cabe renunciar a ellos, ni siquiera en un contrato de edición, pues ello contradiría su posible y eventual ejercicio futuro.

C) Inalienabilidad

Al igual que ocurría con la característica anterior, también la inalienabilidad viene proclamada en el encabezamiento del artículo 14: «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables». Los derechos de autor de naturaleza personal no pueden transmitirse a otra persona, por tener el rango de personalísimos y requerir el ejercicio por su propio titular.

En definitiva, resulta aconsejable abandonar el recurso a los derechos de la personalidad para tratar de explicar el sentido propio y el alcance concreto de los derechos de autor de naturaleza personal. Las características legalmente atribuidas al denominado derecho moral de autor se derivan propiamente hablando de su condición personalísima, como acertadamente resaltara el Profesor LACRUZ en una obra publicada el mismo año de su lamentable y prematuro fallecimiento.

2.3. Los derechos morales de artistas, intérpretes y ejecutantes

La Ley 22/1987, aun sin llegar a explicitar el otorgamiento de «derechos morales» propiamente dichos a los artistas, intérpretes y ejecutantes, reconoció a favor de ellos algunas facultades propias de dicho ámbito de protección, disponiendo que «el artista intérprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. A su fallecimiento y durante el plazo de los veinte años siguientes, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos. Será necesaria la autorización del artista para el doblaje de su actuación en su propia lengua» (art. 107).

Posteriormente, la Ley 5/1998, manteniendo dicho texto normativo, rubricó el artículo 113 de la Ley como «otros derechos» a favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes. En la actualidad, la Ley 23/2006 ha introducido distintas modificaciones en el texto, precisando su contenido aunque manteniendo las reglas generales impuestas por la Ley 22/1987, si bien la rúbrica actual del artículo 113, sin ambages de ningún tipo, es la de «derechos morales».

3. EL CONTENIDO PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR

Junto a los aspectos personalísimos a los que bajo la rúbrica de «derecho moral de autor» nos hemos referido, se encuentran los aspectos puramente patrimoniales o pecuniarios del mismo.

Sin embargo, la LPI ha hecho dejación también en este punto de la tradicional denominación y ha preferido intitular la rúbrica de la sección en que los regula, directamente y sin ambages, como *derechos de explotación* (arts. 17 a 23). Quede claro, pues, que para la Ley, la creación literaria, artística y científica es un bien susceptible de aprovechamiento y explotación como cualquier otro, a través de los cauces oportunos. Así lo indica con toda claridad, entre otros, el artículo 17, que encabeza la sección legal que ahora debemos considerar: «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en esta Ley».

3.1. Derechos comprendidos en la explotación de la obra

A) Derecho de reproducción

A mi entender, es el que mejor representa la peculiaridad de la propiedad intelectual, en relación con la propiedad propiamente dicha. Es obvio que, pese a tratarse de un bien inicialmente inmaterial, la creación literaria, artística y científica tiene una eventual capacidad expansiva enormemente superior a la de la propiedad de los bienes materiales. Por magnífica que sea una finca rústica, un cortijo, es evidente que sus linderos delimitan la capacidad de aprovechamiento de su propietario, mientras que un disco de éxito puede ser indefinidamente reproducido y puede generar a favor de «su propietario» beneficios indefinidos y sólo limitados por la saturación del mercado. La definición legislativa de la reproducción se encuentra formulada en el artículo 18, redactado conforme a la Ley 23/2006: «la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias».

B) Derecho de distribución

El artículo 19 define qué debe entenderse por distribución: «La puesta a disposición del público del original o copias de la obra, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

La distribución consiste en definitiva en la fase de comercialización de la obra y, por consiguiente, suele ser una facultad del autor que éste transfiere a terceros más experimentados en las tareas propias de *marketing*. En efecto, normalmente, el autor no suele ser versado en técnicas publicitarias y comerciales y, por ello, confiere a «casas distribuidoras» el encargo de comercializar la obra.

C) Derecho de comunicación pública

Se encuentra «definido» en el artículo 20 y su mera lectura evidencia que encuentra su campo propio de acción en relación con la creación literaria, artística y científica que no acaba convirtiéndose en libro. Ello no quiere decir precisamente que el precepto no sea importante ni que deje de regular una de las materias más complejas relativas a los derechos de autor: las representaciones teatrales, dramático-musicales, emisiones y retransmisiones por cualquier medio, etc. Por ello, la extensísima relación de obras afectadas ha sido objeto de continua reforma y retoque legislativo, en particular por las Leyes 5/1998 y 23/2006.

D) Derecho de transformación

Para el artículo 21 LPI: «La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos... se considerará también transformación la reordenación de la misma. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente».

Conviene recordar que también la transformación de la obra se encuentra sometida al presupuesto de que el autor de la obra preexistente preste su consentimiento o autorización a dicha transformación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.

El artículo 21 es otro precepto de carácter puramente definitorio. Según su tenor literal, la transformación parece caracterizarse por el resultado final de la misma: la creación de una obra diferente. Dicha determinación legal resulta cierta respecto de las adaptaciones y de otras modificaciones de obras preexistentes: por ejemplo, la conversión de una novela en película

(hoy día tan frecuente) o la ópera basada en una obra dramática de la Grecia clásica. Sin embargo, a mi juicio, es mucho más dudoso que, en rigor, pueda hablarse de transformación cuando la obra escrita preexistente ha sido objeto de traducción. Por mucho que se quiera exacerbar el viejo brocardo de *traduttore, traditore* (que viene a indicar simultáneamente la dificultad de la traducción y los recursos fáciles de los traductores), es evidente que la traducción de una obra escrita cualquiera no comporta el nacimiento de una «obra diferente», sino de la misma obra en lengua diferente, cuestión que no requiere mayor detenimiento.

3.2. Otros derechos: la remuneración por copia privada

Los derechos de explotación anteriormente considerados son aquellos que, en principio, dimanen directamente de la comercialización de la obra y, por tanto, en forma directamente proporcional a su éxito en el mercado. Son, pues, las manifestaciones más ostensibles de los posibles rendimientos obtenidos por el autor, ora a través de la explotación directa de la misma, ora a través de la cesión o transmisión de tales derechos que seguidamente consideraremos.

En paralelo con ello, conveniencias de tipo expositivo aconsejan considerar ahora otros derechos que, teniendo cierta relevancia pecuniaria, no son fruto, propiamente hablando, de la explotación de la obra: la remuneración compensatoria o por copia privada y el derecho de colección.

La Ley 22/1987, pese a estar inspirada básicamente en la defensa y protección de los derechos de los autores, no llega a prohibir las que denominaremos *copias privadas* de las obras divulgadas y publicadas (art. 31.2.º): esto es, cualquiera puede reproducir lícitamente un libro a través de una fotocopidora o un disco a través de su traspaso a una cassette o una ópera televisada a la correspondiente cinta de vídeo, CD-Rom, DVD o cualquier otro mecanismo parecido.

Ahora bien, como paladinamente establece el artículo 31.2.º LPI, debe tratarse de una reproducción «para uso privado del copista», sin que en modo alguno pueda ser «objeto de utilización colectiva ni lucrativa», como, en cambio ocurre en todo supuesto de piratería intelectual y, en particular, en los bochornosos *top manta* de nuestras ciudades.

Es fácil explicar por qué la Ley ha optado definitivamente por admitir la copia privada: aunque nuestros legisladores hubieran preferido la opción opuesta, razones de sentido común y de la propia aplicación del Ordenamiento jurídico hacen más aconsejable la línea permisiva establecida en el artículo 31.2.º de la Ley 22/1987, pues resultaría imposible e inaceptable invadir la esfera reservada y domiciliaria de cualquier persona, por el hecho de que ha llevado a cabo una copia privada de cualquier obra publicada.

Para tratar de que, por ello, los autores no se vean demasiado perjudicados, la propia Ley opta por establecer una *remuneración compensatoria* (denominación de la Ley 22/1987), un *derecho de remuneración por copia privada* (según la Ley 10/1992) en favor de aquéllos y a cargo de los fabricantes o importadores de equipos técnicos capaces de realizar tales copias privadas (fotocopiadoras, cassettes, vídeos, etc.).

La calificación o denominación de «remuneración» es la utilizada por la propia Ley en su artículo 25 y, dado que, evidentemente, tiene estricto carácter pecuniario, es conveniente considerarla aquí. Se trata, pues, de una cantidad complementaria que puede recibir cualquier autor, como indemnización por las copias que se puedan haber realizado de sus obras.

La compensación equitativa por copia privada, conforme a la redacción de la Ley 23/2006, se encuentra detenidamente contemplada en un larguísimo artículo 25 que ocupa algo menos de tres páginas del *Boletín Oficial del Estado* y que naturalmente no podemos ni siquiera resumir. Nos habremos de limitar por ello a realizar algunas indicaciones de interés:

- Los acreedores de la compensación son los autores, los productores de fonogramas y videogramas, y los artistas, intérpretes y ejecutantes (aptdo. 4, b).
- Los cánones a pagar, sumamente detallistas y detallados, son distintos según se trate de aparatos analógicos (aptdo. 5) o digitales (aptdo. 6).
- La compensación se hará efectiva a través de las entidades de gestión (aptdo. 8).
- Los discos duros de ordenador y algunos aparatos están exentos de pago (aptdo. 7).

2.3. El derecho de colección

En la misma Sección dedicada a los derechos de explotación se encuentra integrada una norma que establece lo siguiente: «la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa» (art. 22). En su virtud, pues, es innegable que el autor goza del derecho de publicar sus obras de forma antológica, por materias o bajo la forma conocida de las «obras completas».

Pese a que la Ley 22/1987 introdujo bastantes novedades, conviene indicar que el derecho de colección había sido ya objeto de contemplación expresa por parte de la Ley ahora derogada de 1879 y que, por consiguiente, es conocido desde antiguo en nuestra práctica.

2.4. Los límites: las reproducciones totales sin autorización del autor

Aunque la regla general establecida por la Ley sea que el ejercicio de cualesquiera de los derechos de explotación queda reservado en exclusiva en favor del autor y que, por tanto, cualquier tercero necesitará contar con su autorización (arts. 17 y ss.), la propia Ley establece igualmente una serie de límites o excepciones a tal principio en los artículos 31 y siguientes.

En general, tales límites se encuentran fundamentados en consideraciones de política legislativa que, *grosso modo*, tratan de resaltar que en algunos supuestos conflictivos el interés privado debe verse sacrificado a los intereses generales de la comunidad y, en definitiva, al interés público. Veáanse, por ejemplo:

A) *Prueba documental*: desde la promulgación de la Ley 22/1987, el número primero del artículo 31 excluía la necesidad de contar con la autorización del autor cuando la obra debiera reproducirse para su «constancia en un procedimiento judicial o administrativo».

Tras la publicación de la Ley 23/2006, dicho precepto ha pasado a ser el primer apartado del nuevo artículo 31 bis, con la variante de que, ahora, no se habla solo de procedimientos administrativos o judiciales, sino que se añaden también los procedimientos parlamentarios.

B) *Copias privadas*: ya hemos indicado que resulta imposible *de facto* impedir la realización de copias privadas de modo general. Por ende, la Ley permite a cualquiera realizarlas sin necesidad de contar con la autorización del autor. Están permitidas sólo las copias privadas y personales, quedando absolutamente vetadas las copias que sean objeto de utilización colectiva y lucrativa.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 23/2006 la copia privada es contemplada en el nuevo artículo 31.2, el cual, además de reiterar las reglas anteriormente establecidas, precisa:

a) que la copia debe obtenerse «a partir de obras a las que haya accedido legalmente», y

b) que quedan excluidas del régimen de copia privada las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador.

C) *Copias privadas para personas con discapacidad*: Bajo el imperio de la Ley 22/1987, autorizaba el artículo 31 la realización de copias o reproducciones de obras *escritas* «para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa». La razón de ser de semejante precepto era clara e indiscutible, al tiempo que en absoluto perjudicial para el autor, pues un ciego nunca (o casi) adquiriría una obra escrita. Sobre todo en España, donde la ONCE suministra, gratuitamente y en un tiempo prudencial, a todo invidente que lo solicite copias en Braille o mediante cassettes de cualquier obra publicada.

La Ley 23/2006, con innegable fundamento, ha considerado oportuno extender dicho régimen en beneficio de cualesquiera personas con discapacidad y, en consecuencia, ha modificado el tenor normativo del texto legal, que ahora reza así: «Tampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige» (art. 31 bis 2).

D) *Reproducciones destinadas a centros de documentación o de investigación*: están igualmente permitidas, sin necesidad de consentimiento del autor, las reproducciones de las obras que «se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, ... hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en Instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación» (art. 37.1). A ello ha añadido la Ley 23/2006, siguiendo la Directiva y mediante la introducción de un nuevo apartado en el artículo 37, la posibilidad de consulta de obras en terminales especializados ubicados en los propios centros culturales a los que acabamos de hacer referencia (art. 37.3).

E) *Reproducciones de obras difundidas por los medios de comunicación social* (cfr. art. 33.1).

F) *Reproducción de intervenciones públicas* (cfr. art. 33.2).

G) *Reproducciones satíricas o parodias* (cfr. art. 39).

2.5. El derecho de cita o la reproducción parcial

Conforme a la redacción de la Ley 22/1987, el artículo 32 establece que «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas... siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada».

El derecho de cita encuentra efectivamente su campo natural o abonado en el mundo de la investigación. Sin embargo, como venimos afirmando desde hace años, no se comprende por

qué la Ley lo limita a los fines docentes o de investigación, cuando la realidad es que constituye una técnica cultural de generalizada utilización, por mucho que el artículo 32 referido pretenda restringir su ámbito de utilización. Así, a modo de ejemplo, baste recordar que los propios parlamentarios -al menos los de más sólida formación- suelen apoyar sus discursos en citas y frases célebres ajenas; lo mismo que los periodistas; etc. El segundo apartado del artículo 32 *ex* Ley 22/1987 dispone precisamente que «las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas».

Sin embargo y pese a cuanto acabamos de afirmar, la Ley 23/2006 no ha modificado los preceptos a los que nos estamos refiriendo y la redacción del artículo 32.1 es absolutamente continuista de la Ley 22/1987: la cita requiere el uso *docendi causa* o por motivos de investigación. La observación que, desde la primera edición de esta obra venimos realizando a favor de los propios parlamentarios, parece que la Ley 23/2006 la da por superada al haber permitido la copia o reproducción documental en el artículo 31 bis.1: *quien puede lo más, puede lo menos*, reza un viejo brocardo de general aceptación.

En relación con las denominadas *revistas de prensa* o *reseñas* (nada que ver, pues, con las llamadas *revistas del corazón* o subproductos parecidos) la Ley 23/2006 sigue manteniendo su «consideración de citas» (art. 32.1, segundo párrafo, *encab.*), si bien la nueva Ley ha considerado oportuno añadir lo siguiente: «No obstante, cuando se realicen reproducciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite» (art. 31.2, 2.º).

La precisión introducida por la Ley 23/2006 pretende atajar la práctica de reproducir, mediante escáner, archivos informáticos o cualesquiera otras técnicas parecidas tendentes a enriquecerse con el esfuerzo de otros, los artículos periodísticos ajenos, como mero material de actualidad, práctica evidentemente atentatoria contra la autoría de los periodistas que son verdaderamente creadores de opinión y no meros *loros de repetición*, cuando no *piratas del periodismo*.

2.6. La ilustración con fines educativos

La nueva redacción del artículo 32 incorpora, en un apartado numerado como segundo, un nuevo límite a los derechos de autor identificado como ilustración con fines educativos.

Conforme a dicho límite el profesorado de la educación reglada mientras que realice actividades educativas en las propias aulas podrá llevar a cabo actos de reproducción o comunicación pública de pequeños fragmentos de obras literarias o de obras aisladas de carácter figurativo. En todo caso, el artículo 32.2 declara «excluidos los libros de texto y los manuales universitarios».

3. EL SOFTWARE PEER-TO-PEER Y LOS ORDENADORES COMO SISTEMAS DE TRANSMISIÓN ELECTRÓNICA DE IDA Y VUELTA

La característica fundamental de la transmisión electrónica de datos, incluidos los archivos musicales y audiovisuales ha radicado en que, a través de internet, y una vez que la red se fue imponiendo, era posible conseguirlos siempre y cuando existiera previamente un *servidor* (o una *plataforma*) al que, con epíteto jurídico, podríamos llamar *transmitente* o *archivo-base* desde el cual (mediante pago o no, lo que es claramente otra cuestión) pudieran llegar,

mediante la oportuna descarga, los archivos deseados al ordenador conectado a dicho servidor a través de la red.

Es decir, que al igual que actualmente cualquiera de los juristas accedemos a la legislación y/o la jurisprudencia, a través de la web, mediante nuestra suscripción a una oportuna de base de datos (La Ley, Westlaw, etc.), los melómanos o los aficionados a la música ligera pueden acceder al almacén general del Itunes para cargar su Ipod a través de la correspondiente y onerosa descarga (en este caso, 0,99 céntimos de dólar o de euro por pieza, según la ubicación geográfica) o los cinéfilos a la descarga de videos, cortos y películas propiamente dichas.

3.1. Auge y decadencia del *Napster*

El problema cambió absolutamente de sesgo cuando, finalizando el siglo y el milenio pasados, apareció de pronto y sorpresivamente el famoso programa *Napster*² que alteraba profundamente los parámetros hasta entonces conocidos³, aunque quepa dudar fundamentamente de la primogenitura que tantos autores le atribuyen.

El software característico del *Napster*, aunque centralizándola⁴, permitía la intercomunicación electrónica entre los usuarios que, previamente, hubieran incorporado el programa a su sistema informático, de manera tal que todos los usuarios conectados mediante internet a través de dicho programa podían intercambiar entre sí cualesquiera archivos musicales que tuvieran el formato MP3 (no así, en cambio, fotografía, vídeos o films).

La idea, pues, del servidor central o del servidor transmitente había desaparecido, con lo cual, desde un punto de vista jurídico habría desaparecido también –o eso parecía– el centro de imputación de derechos y obligaciones propiamente dicho de la transmisión de obras ajenas, por supuesto sin autorización alguna de su autor, creador o productor. Y todo ello, de un plumazo, tal y como ocurren las cosas en la sociedad contemporánea: la renovación técnica y la capacidad creativa en el dominio informático se producen con tal celeridad que, naturalmente, tanto los legisladores cuanto los titulares de los derechos de autor, sin capacidad de reacción, inicialmente no salieron de su asombro, aunque eso sí la estrategia era clara: había que procurar deshacerse de los efectos nocivos de *Napster* para la industria musical con la mayor brevedad posible⁵. Y la verdad es que las compañías discográficas no lo dudaron demasiado, pues ya en el mes de diciembre de 1999, varias discográficas estadounidenses demandaron a *Napster*, sumándose también a dicha opción algunos músicos famosos, como por ejemplo Lars Ulrich, batería del conocido grupo *Metallica*.

A todos los demandantes les vino muy bien que los servidores centrales de *Napster* guardaran memoria de los equipos conectados y de los archivos transmitidos. Por ello, a la postre, la circunstancia de que *Napster* fuera un servicio centralizado resultó su perdición procesal y su progresiva pérdida de valor, hasta el extremo de que el proceso entablado contra la compañía no llegó a su fin, pues en 2001 *Napster* había sido ya fagocitada por una de las sociedades discográficas demandantes y había dejado de ser una prestación gratuita para pasar a ser un servicio de pago, prácticamente olvidado por la comunidad internauta y que permite en exclusiva la adquisición de piezas musicales objeto de la debida licencia.

Pero, conforme a la complejidad de la cuestión considerada, el verano de ese mismo año había sido judicialmente clausurada la empresa californiana, al tiempo que en el mes de febrero había llegado a su cima con cerca de catorce millones de usuarios en todo el mundo, pues la demanda judicial comportó sin duda una gran fama para el programa informático y tuvo un cierto “efecto-llamada” entre los internautas aficionados al intercambio de archivos, muchos de los cuales, además de mostrar su indignación, resultaron proféticos, al indicar que el cierre

de Napster sólo llevaría al surgimiento de otras aplicaciones similares, pero más perfeccionadas, de intercambio de archivos.

En efecto, el ocaso del sistema hasta ahora descrito, si bien generó durante un cierto tiempo una etapa de indefinición, en seguida se vio francamente ampliado por la continua creación de programas P2P que, de una manera u otra, pero en todo caso de forma imparable, continuaban la senda de permitir el intercambio de archivos digitales. Al principio se seguía usando Napster mediante servidores no oficiales (usando OpenNap por ejemplo) a los que se podía acceder gracias a un programa llamado Napigator. También surgieron programas como Winmx (cerrado en 2005 por amenazas de la RIAA⁶), e iMesh. Después se estableció como líder P2P Audiogalaxy, que era otra aplicación centralizada de intercambio de música, que acabó también clausurada por orden judicial en EEUU. Por su parte, la RIAA (la asociación estadounidense de industrias discográficas) tomó estas resoluciones judiciales como victorias importantes encaminadas a acabar con la denominada "piratería", calificación excesiva a juicio de muchos.

3.2. La descentralización de los sistemas P2P

Al acabar el primer lustro del siglo las compañías discográficas, con la poderosa y ubicua RIAA a la cabeza, parecían comenzar a respirar nuevamente por considerar que la clausura de las redes centralizadas había resultado relativamente sencilla, ya que sólo había sido necesario identificar, primero, y, después clausurar o cerrar el servidor que almacenaba tanto las listas de usuarios cuanto los archivos que habían sido compartidos, conforme a las tradicionales pautas técnicas del Napster.

Sin embargo, los problemas con el intercambio gratuito de archivos digitales no habían hecho más que empezar, sin que durante la primera parte de ese período las personas más avezadas en la materia hubieran vislumbrado siquiera la gravedad de los acontecimientos de futuro. En efecto, tras el cierre de cada servidor o plataforma de intercambio, surgieron otras aplicaciones más modernas, y particularmente, como gran logro técnico, los programadores informáticos llegaron a la creación de redes descentralizadas, que no dependen de uno o varios servidores centrales, y que por tanto no tienen constancia ni dejan rastro fácil de rastrear en relación con los archivos intercambiados.

Ya en el propio año 2002, se dio un éxodo masivo de usuarios hacia las redes descentralizadas, como Kazaa, Grokster, Piolet y Morpheus. También podrían mencionarse en dicha línea Ares y Ares Lite, libres de spyware y que usan la red Ares Galaxy. Luego apareció eDonkey 2000 (ya existía en el 2001 pero no era popular), aplicación que, pronto, se mantuvo junto a Kazaa como líder del movimiento P2P. Más tarde, la aparición de otros clientes basados en el protocolo de eDonkey 2000, como Shareaza, eMule y sus Mods, y otros menos conocidos como aMule y MLDonkey para Linux, causaron el progresivo declive del programa original eDonkey 2000.

4. LA SENSIBILIDAD SOCIAL Y JUDICIAL EUROPEA Y ESTADOUNIDENSE

A estas alturas, lo cierto es que la descentralización de las descargas desde el punto de vista técnico no sólo es posible, sino que se encuentra generalizada, incrementándose además mediante la última de las técnicas seguidas, a través de los *blogs*, que permiten reenviar a páginas abiertas de la red en las que se puede encontrar música y filmes de manera gratuita. Los albores del siglo XXI, por tanto, parecen coincidir con momentos de especial peligro para la supervivencia de las compañías discográficas y de buena parte de las producciones

audiovisuales o, al menos, de la tradicional explotación económica de tales ámbitos productivos, que se asientan –no se olvide– en la capacidad creativa de quienes los generan, de los autores y productores, de los intérpretes y ejecutantes.

La inquietud es de tal naturaleza que, frente a la generalización de las descargas, han reaccionado no sólo los creadores y las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor (en España y fuera de ella), sino también algunos personajes de relevancia política. Entre ellos, sin duda, se lleva la palma el Presidente de la República Francesa, el Sr. Sarkozy, quien al parecer conoció precisamente a su actual esposa (la actriz y cantante Carla Bruni, antagonista natural del P2P) a finales de 2007 en una reunión relacionada con el acuerdo dirigido a bloquear las descargas generalizadas en Francia. En línea parecida, proponiendo una regulación de los contenidos objeto de distribución a través de internet parece moverse la Sr^a. Viviane Reding, Comisaria de Sociedad de la Información de la Comisión Europea, quien este mismo año desea presentar una propuesta de regulación al respecto.

El fundamento de semejante inquietud es, sin duda, indiscutible, pues al parecer el daño inferido a la producción audiovisual va en aumento y, en particular, en España la conciencia generalizada de los internautas (lo que los juristas denominamos buena fe subjetiva) estima actuar con corrección y conforme a las reglas generales, pese a que el pasado año se superaron las descargas gratuitas de más de mil millones de canciones, según estimaciones relativamente fiables. Como vamos a ver seguidamente, en ello influye notoriamente el hecho de que, conforme a nuestra legislación (lo mismo que conforme a las directivas europeas), en efecto, las descargas no puedan considerarse ilícitas desde el punto de vista penal.

La apreciación naturalmente es errónea, pues los ilícitos civiles también existen y en número incomparablemente mayor que los penales, pero cierta. De ahí que millones de internautas consideren que ellos no tienen por qué respetar los derechos de creación intelectual y que pueden utilizar gratuitamente todas las creaciones y productos culturales que puedan conseguir a través de la red.

Todos los datos de que disponemos (en cuyo detalle no podemos entrar en este artículo, constreñido por los razonables márgenes de extensión establecidos por el Diario LA LEY⁷) apuntan hacia la idea de que en EEUU y en la Unión Europea la posición de los jueces y Tribunales de Justicia no es coincidente, probablemente por un complejo cúmulo de circunstancias diferenciadoras de una y otra sociedad, pero que en todo caso resultan hoy, a juicio de algunos tratadistas (entre los que me cuento), sumamente llamativas.

Una de tales circunstancias parece radicar en la fortaleza del mercado interior o mercado único estadounidense y en la capacidad de generación de estructuras empresariales de muy diferente signo siempre y cuando existan intereses contrapuestos. Así, frente a la proliferación de descargas ilícitas (al menos, civilmente ilícitas, insistamos), existen también plataformas de búsqueda al servicio de la RIAA cuyo objetivo central es suministrar un listado de quienes realizan búsquedas y descargas masivas, calificados en algunos casos como *piratas informáticos*.

Así, la poderosa y pujante RIAA ha intentado de manera continuada e incesante, en los últimos años, también por la vía judicial, planteando más de veinte mil demandas, poner coto, si no acabar con ellos, a los nuevos servicios descentralizados, y que permiten compartir varios tipos de archivos (no sólo mp3), pero con suerte diversa y difícilmente objeto de síntesis o de resumen en pocas páginas. Grokster y Morpheus, por ejemplo, ganaron sus juicios en primera instancia en abril de 2003. Sin embargo, en junio de 2005, una de las pocas sentencias dictadas en la materia por el Tribunal Supremo de los EEUU (Corte Suprema,

literalmente, como es sabido) condenó a Grokster, fundándose principalmente en el hecho acreditado de que, en el caso, cabía dar probado que la plataforma o red demandada había animado a sus usuarios a realizar usos fraudulentos o infractores de transmisión de datos.

En todo caso, no son extrañas las noticias de condenas establecidas por los tribunales norteamericanos. A finales de enero, coincidiendo más o menos con el encargo inicial de este trabajo por parte de la Fundación BLU, debemos recordar una noticia periodística firmada en El País por David Alandete con un expresivo titular: “Al banquillo por pasar sus discos al ordenador”⁸. En general, pues, parece razonable concluir que, en la actual experiencia estadounidense, resultan perseguibles las descargas masivas a través de programas de intercambio, una vez identificados los infractores de la propiedad intelectual ajena.

¿Podemos llegar a la misma conclusión en nuestros pagos?

5. UN APUNTE SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Hablando de manera directa habría que pronunciarse por la negativa, tanto en la Unión Europea cuanto en España. En seguimiento de algunas Directivas europeas sobre la materia, la legislación española relativa a las comunicaciones electrónicas, al igual que las Directivas, viene a poner de manifiesto que, aun en el supuesto de que técnicamente se llegue a constatar la transferencia masiva y fraudulenta de datos entre usuarios de Internet, no ha cabido posibilidad alguna de utilizar dicha circunstancia o dato de hecho en procedimientos civiles.

Mucho menos, naturalmente, resulta posible reclamar de las compañías suministradoras de servicios electrónicos (coincidente, como es sabido, generalmente con las poderosas compañías telefónicas) la identificación de los usuarios para proceder seguidamente a reclamarles por vía judicial civil las indemnizaciones de daños y perjuicios que resulten pertinentes. Así pues, carece de sentido alguno recurrir a compañías o plataformas de identificación de los infractores, pues en el fondo la defensa jurídico-civil de los derechos de autor resulta imposible frente a la prevalencia de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

Aunque la exposición de la materia resulta extraordinariamente prolija y detallista, lo cierto es que la conclusión avanzada es el corolario indiscutible de nuestra legislación contemporánea sobre la denominada *sociedad de la información*, comenzando por la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, dictada pues en tiempos de hegemonía del Partido Popular, quien contaba en esa legislatura con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados.

Los tres primeros apartados del artículo 12 de la Ley 34/2002, bajo la rúbrica *Deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas*, limitaban la posible retención de los datos electrónicos por parte de las empresas operadoras de servicios de comunicaciones estrictamente a los supuestos de infracción penal y consiguiente investigación criminal, estableciendo que:

1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo.

2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de

telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información.

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.

En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones.

Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos.

3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.

El precepto ha estado vigente durante un quinquenio, hasta que ha sido derogado por el apartado primero de la reciente Ley 25/2007, de 18 de octubre (BOE del siguiente día), de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 29 DE ENERO DE 2008

Particular relevancia en la materia ha adquirido en estos meses la sentencia referida en el epígrafe (publicada ya en el Suplemento especial de la Unión Europea del DIARIO LA LEY, número 6894, del pasado 29 de febrero), dictada precisamente a consecuencia de una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, mediante auto de 13 de junio de 2006, , en el procedimiento entre Productores de Música de España (o *Promusicae*) y Telefónica de España,

Dicho procedimiento y tal petición de decisión prejudicial, anteriores obviamente a la derogación indicada del artículo 12 de la Ley 34/2002, versan sobre la interpretación de las Directivas 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), 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; y 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y de los artículos 17, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

Promusicae, asociación sin ánimo de lucro que agrupa a productores y editores de grabaciones musicales y audiovisuales, actuando por cuenta de los titulares de derechos de propiedad intelectual agrupados en ella, promovió diligencias preliminares ante el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid contra Telefónica reclamando a dicha compañía datos personales relativos al uso de Internet a través de conexiones suministradas por Telefónica, en cuanto compañía suministradora de servicios de acceso a Internet. En particular, Promusicae solicitaba que se ordenase a Telefónica revelar la identidad y la dirección de determinadas personas a las que ésta presta un servicio de acceso a Internet y de las que se conoce su dirección «IP» y la fecha y hora de conexión. Según Promusicae, estas personas utilizan el

programa de intercambio de archivos denominado «KaZaA», (conocido como «peer to peer» o «P2P»), y permiten el acceso, en una carpeta compartida de su ordenador personal, a fonogramas cuyos derechos patrimoniales de explotación corresponden a los asociados de Promusicae, cometiendo así actos de competencia desleal y vulneradores de los derechos de propiedad intelectual ajenos. Por consiguiente, solicitaba que se le facilitase la información referida para poder ejercitar contra los interesados las correspondientes acciones civiles.

Frente a dicha pretensión, Telefónica formuló oposición contra el auto judicial afirmando que, conforme a la LSSI, la comunicación de los datos solicitados sólo estaba autorizada en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional y no en el marco de un procedimiento civil o como medida preparatoria de un procedimiento civil. Por su parte, Promusicae alegó que el artículo 12 de la LSSI debía interpretarse conforme a diversas disposiciones de las Directivas 2000/31, 2001/29 y 2004/48, y a los artículos 17, apartado 2, y 47 de la Carta, textos que no permiten a los Estados miembros restringir únicamente a los fines a los que se refiere el tenor de esta Ley el deber de comunicar los datos de que se trata.

Ante dicho litigio, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «El Derecho comunitario y, concretamente, los artículos 15, apartado 2, y 18 de la Directiva 2000/31, el artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29, el artículo 8 de la Directiva 2004/48, y los artículos 17, apartado 2, y 47 de la Carta, ¿permiten a los Estados miembros restringir al marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional, con exclusión, por tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, que recae sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamientos de datos?»

La sentencia, que naturalmente damos por reproducida en sus diversos fundamentos mediante remisión al número 6894 del DIARIO LA LEY, de fecha 29 de febrero de 2008, acaba emitiendo, en relación con el sentido normativo de las Directivas aplicables al caso, el siguiente fallo: que tales Directivas “no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad”.

La interpretación realizada de la normativa vigente por parte del Tribunal de Justicia, sin duda alguna, resulta acorde con los parámetros tradicionales de la hermeneútica jurídica y con el conjunto de los mandatos contenidos en las disposiciones a tener en cuenta, pero llega a una conclusión absolutamente insatisfactoria para todos los autores y creadores, cuyas reclamaciones judiciales en vía civil son condenadas, irremisiblemente, al fracaso, de manera

tal que cualesquiera infracciones y conductas contrarias a la propiedad intelectual que no merezcan la calificación de delito propiamente dicho quedarán absolutamente impunes ante la imposibilidad de prueba de las descargas masivas y de la identificación de que las personas que las realizan.

7. ¿NUEVOS RUMBOS MARCADOS POR LA LEY 56/2007, DE MEDIDAS DE IMPULSO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN?

Ante dicha conclusión, desalentadora al máximo, autores habrá que propugnen *rebajar* los tipos penales, generalizando pues la aplicación del Derecho penal en evitación de las ilícitas descargas masivas. A mi juicio, sin embargo, el arreglo o la debida compensación de los intereses en juego deberían descartar la *criminalización* generalizada de conductas que, salvo casos límite, no deberían ser enjuiciadas desde dicha perspectiva, sino permitiendo el ejercicio de las correspondientes acciones civiles y la evitación del enriquecimiento torticero de usuarios desaprensivos respecto de la propiedad intelectual ajena.

Por tanto, parece urgente reaccionar y proponer que la posible comunicación y puesta a disposición de los titulares de los derechos de autor de ciertas informaciones, transacciones o comunicaciones electrónicas, judicialmente reclamadas en el marco de un procedimiento civil y limitadas a determinadas direcciones de IP y a concretas franjas temporales, hayan de ser entendidas como “proporcionadas” y ajustadas a la legítima reclamación del debido respeto a los derechos de autor, aunque su infracción no merezca el calificativo de delito técnicamente hablando.

En el conflicto de intereses analizado, presidido como puede deducirse de lo anterior por la técnica del caso concreto, sometido a conocimiento judicial, no parece además que la imposición de semejantes deberes a los proveedores de servicios de Internet puedan resultar desproporcionados, cuando precisamente su existencia y su especialización en intercomunicaciones electrónicas es el vehículo apto para las posibles descargas generalizadas de productos culturales sin autorización alguna de autores y productores, que es precisamente el fondo de los litigios judicialmente entablados.

Hemos dejado dicho ya que el artículo 12 de la Ley 34/2002, precepto de particular atención en el caso objeto de la cuestión prejudicial y consiguiente STJCE, ha sido derogado por el número primero de la disposición derogatoria de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*. Ahora debemos concluir diciendo que, a su vez, la subsiguiente Ley 56/2007, de 28 de diciembre, *de medidas de impulso a la sociedad de la información*, ha introducido un nuevo artículo 12 bis en la Ley 34/2002, cuyo apartado cuarto es del siguiente tenor:

“4. Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”.

¿Apunta hacia un nuevo rumbo la Ley 56/2007? Aunque, en todo caso, la limitación de espacio nos impide extendernos en la materia, argumentándola suficientemente, tenemos la impresión inicial de que el legislador español se ha apercebido de que la vulneración de la propiedad intelectual no siempre ha de tener ribetes delictivos y que, en cambio, los derechos de autor deben ser objeto de protección y defensa incluso frente a los ilícitos de naturaleza civil.

¹ Aspectos para los que nos permitimos tomar las oportunas páginas dedicadas a la propiedad intelectual, así como a la bibliografía en ellas recogida, de nuestra obra *Propiedad y derechos reales*, 7ª edición, Marcial Pons Ed., Madrid-Barcelona, 2007, que es el cuarto volumen de la serie de *Principios de Derecho Civil*.

Cualquier observación, sugerencia, o crítica, agradecida de antemano, será bienvenida a la dirección electrónica propia del autor: clasarte@estudiogranvia.es.

² Sobre el particular, cfr. SERRANO GÓMEZ, E., *Napster y la propiedad intelectual ¿Una relación imposible?*, en AC, 2001/31, 1109 ss.; LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Aventuras y desventuras en el país de internet*, en RGLJ, 2001/1, 65 ss.; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. I., *Napster copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet*, RPI, 2000/6, 65 ss.

³ Pero, siempre hay antecedentes, no sólo en el mundo del Derecho: aunque generalmente se plantee que la primera aplicación P2P (*Peer-to-peer*, o entre pares o iguales, como ya hemos dicho) haya sido el Napster, ello no se corresponde exactamente con la realidad, pues tres años antes, en 1996 (y en esta materia dicho periodo temporal equivale casi a medio siglo de épocas pasadas, si no a más) un programador australiano llamado Adam Hinkley había desarrollado para el sistema operativo Mac OS un programa P2P llamado *Hotline Connect* que fue distribuido por *Hotline Communications*, y que, inicialmente, pretendía ser una plataforma de distribución de archivos destinada a empresas y universidades. Pese a tan buenos propósitos iniciales, no tardó en servir de intercambio de archivos de casi todo tipo, especialmente de contenido ilegal y muchos de contenido pornográfico

⁴ En efecto, aunque las transferencias de los archivos tenían lugar directamente entre los dos equipos conectados o interconectados, lo cierto es que Napster utilizaba servidores centrales para almacenar la lista de equipos y los archivos que proporcionaba cada uno, por lo que, de una parte, era relativamente fácil rastrear las conexiones y, de otra, propiamente hablando no era una aplicación P2P en rigor.

5. Sin embargo, también se podían compartir archivos de contenido libre de distribución. El sistema Hotline Connect estaba descentralizado, puesto que no utilizaba servidores centrales, sino completamente autónomos: los archivos se almacenaban en los ordenadores de los usuarios que deseaban funcionar como servidores, y permitían, restringían o condicionaban la entrada al resto de usuarios, los clientes. En caso de que un servidor se cerrase, no existía ningún otro lugar del cual seguir descargando ese mismo archivo, y no quedaba más remedio que cancelar la descarga y empezar de cero en otro servidor. Este sistema, en el que cada usuario dependía de un único servidor, no tardó en quedar obsoleto. Por otra parte, al ser una aplicación desarrollada fundamentalmente para una plataforma minoritaria como Mac OS, no atrajo la atención de la prensa y de los medios de comunicación generales o no especializados. Esto cambió con el nacimiento de Napster en 1999, a quien erróneamente se atribuye la invención del P2P. Aunque las transferencias de los archivos tenían lugar directamente entre dos equipos, Napster utilizaba servidores centrales para almacenar la lista de equipos y los archivos que proporcionaba cada uno, con lo que no era una aplicación perfectamente P2P. Aunque ya existían aplicaciones que permitían el intercambio de archivos entre los usuarios, como IRC y Usenet, Napster se presentó como la primera aplicación para PC especializada en los archivos de música mp3.

⁶ Siglas correspondientes a *Recording Industry Association of America*, esto es, Asociación Americana de la Industria Discográfica.

⁷ Coincidiendo con la redacción final de estas páginas, he podido consultar, y a él reenvío, el artículo de R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, en BIDA, 2007/4, pgs. 16-28, compendio de un libro del mismo autor y nombre publicado en Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, que aún no ha llegado a mis manos.

⁸ La noticia es de 24 de enero de 2008 y radica sobre la afirmación de la demanda de que es delito suministrar música a terceros mediante programas de intercambio informático, aunque aquella proceda de discos legítimamente adquiridos.