

Universidad Carlos III de Madrid,
Instituto Pascual Madoz
**Máster en Derecho de las
Telecomunicaciones y Tecnologías de la
Información**
Curso 2006/2007

**REDES P2P, COPYLEFT Y OTRA
PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL
USO DE INTERNET EN MATERIA DE
PROPIEDAD INTELECTUAL**

Autor: Rafael Lamet Moya

Madrid, 4 de Agosto de 2007

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN (p.3)
2. MARCO JURÍDICO (p.5)
 - 2.1 Breve noción histórica (p.5)
 - 2.2 Propiedad Intelectual y Normativa Aplicable (p.5)
 - 2.2.1 Normativa estatal (p.6)
 - 2.2.2. Normativa internacional (p.7)
 - A) Convenio de Berna (p.7)
 - B) Tratados de la OMPI (p.9)
3. EL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE REDES *PEER-TO-PEER* (P2P) (p.12)
 - 3.1. Tipos de Redes P2P (p.13)
 - 3.2 ¿Constituye la carga y descarga en los servidores conectados a internet un acto de reproducción? El acceso de los usuarios a través de internet de contenidos protegidos. Las copias provisionales y efímeras. (p.16)
 - 3.3 Responsabilidad por infracciones de derechos de autor en las redes P2P (p.18)
 - A) Responsabilidad dependiendo del tipo de red P2P (p.18)
 - B) Responsabilidad de las ISPs (p.22)
 - C) Responsabilidad de los usuarios (p.22)
 - 3.4 Las redes P2P en España (p.25)
4. LA COPIA PRIVADA (p.26)
5. NUEVAS FORMAS DE LICENCIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL (p.30)
 - 5.1. Copyleft y Creative Commons. (p.30)
 - 5.2 Jurisprudencia (p.34)
- 6.- CONCLUSIÓN (p.37)
7. BIBLIOGRAFIA. (p.39)

1. INTRODUCCIÓN:

No es extraño que al pensar en internet y sus posibilidades exista una concepción generalizada de que aparentemente carece de una infraestructura legal sólida, sobre todo en lo referente al Derecho de propiedad intelectual y más concretamente a los Derechos de autor. A cada momento en el mundo se están produciendo miles de infracciones de derechos de autor. Sólo sería necesario pensar un momento la cantidad de archivos (ya sean de vídeo, música, libros en formato electrónico, etc.) que se introducen y reproducen en internet sin consentimiento de los titulares de los derechos y constantemente autores, intérpretes, ejecutantes, productores fonográficos y demás ven sus derechos vulnerados sin compensación económica alguna por personas que se aprovechan de las creaciones ajenas, pero que a su vez se enfrentan al reclamo de los usuarios de obtener un derecho de acceso a la información y a la cultura, a los que pueden acceder en la actualidad gracias a internet, siendo anteriormente prácticamente imposible que tanta cantidad de personas pudieran acceder a tal volumen de información en tan poco tiempo como hoy en día e incluso tomando parte de este “enfrentamiento de intereses” la industria tecnológica que reclaman a su vez un derecho a la progresión tecnológica.

Obras de todo tipo -ya sean grabaciones musicales, libros, fotografías, películas o videos- con protección de los derechos de autor pueden ser fácilmente digitalizadas desde cualquier parte del mundo para introducirlas en internet, convirtiéndolas en accesibles a cualquier usuario de la red interesado en ellas. Esto ha supuesto que el principio de territorialidad que tradicionalmente ha imperado en el Derecho de propiedad intelectual haya quedado superado y haya provocado uno de los grandes desafíos a la protección de los derechos de autor y a los criterios tradicionales del

Derecho Internacional Privado¹ para resolver las situaciones privadas internacionales en este ámbito que nos ocupa.

Por tanto, la incursión de las nuevas tecnologías en este campo nos obliga a responder eficazmente a nuevos problemas jurídicos en el campo de la protección de derechos de autor en un entorno de naturaleza global e internacional como es internet, siendo éste el objetivo principal de esta monografía, en la que intentaré plantear los problemas más comunes e importantes surgidos en estos ámbitos, tales como, por ejemplo, la regulación de las redes de intercambio de archivos o *Peer to Peer* (P2P) o la copia privada. Asimismo, analizaré todas las nuevas formas de tratamiento de este tipo de derechos surgidas en los últimos años, como el *Copyleft*² o las distintas iniciativas nacidas al amparo de esta auténtica revolución tecnológica, como *Creative Commons*³.

Por otra parte, y casi a título personal, pretendo encontrar una respuesta jurídica objetiva a una de las actividades más controvertidas de los últimos años: la descarga de música por internet. Es realmente difícil encontrar un razonamiento objetivo por parte de los integrantes de este sector (consumidores, artistas, sociedades de gestión, productoras, discográficas, etc.) respecto a esta problemática.

¹ ESTEVE GONZALEZ, Lydia. “Aspectos Internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet”. Comares, Granada 2006. pg. 2

² Copyleft (del inglés): juego de palabras casi intraducible al castellano. Sería el antónimo de *Copyright* y juega con los términos anglosajones *right* (derecha) y *left* (izquierda) siendo este último término el participio del verbo “*to leave*” (dejar, permitir), por lo que la traducción literal más correcta vendría a ser algo así como “copia permitida”

³ <http://es.creativecommons.org/>

2. MARCO JURÍDICO:

2.1 Breve noción histórica:

Encontramos el origen de la Propiedad Intelectual en Inglaterra, en un Estatuto promulgado por la Reina Ana en 1709 (bajo el título de “Una Ley para el fomento del aprendizaje”) que reconocía con carácter general un derecho exclusivo de reproducción por tiempo limitado de los autores de los libros y otros escritos. Este Estatuto otorgaba a los creadores catorce años de protección, prorrogables por otros catorce si el autor seguía vivo. Con ello no hacía sino refrendar las teorías jurídicas de su tiempo, que derivaban de las leyes de derecho natural y de distintos privilegios medievales.

La Constitución norteamericana de 1789, todavía vigente hoy, por su parte, establecía: *“Para promover el progreso de la ciencia y las artes, el Congreso puede otorgar a los autores e inventores (durante un tiempo limitado) un derecho exclusivo sobre sus escritos y descubrimientos”* (artículo I, sección 8). Ya con la Revolución Francesa y los decretos de 1791 y 1793, el derecho de autor como ahora lo conocemos adquirió su naturaleza de propiedad y de derecho personal.

2.2 Propiedad Intelectual y Normativa Aplicable

No podemos considerar a la Propiedad Intelectual como un tipo de propiedad parecida a la que se conoce comúnmente en base a los criterios del Derecho Romano. La

Propiedad Intelectual es un tipo especial y así está recogida por nuestro Código Civil⁴ en su artículo 428:

“El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”

Se trata por tanto, como señala Hermenegildo Baylos, de una atribución que la Ley otorga a los autores de creaciones espirituales (obras de arte y literatura e invenciones)⁵, pretendiendo el legislador con ello que no se puedan aprovechar terceros del esfuerzo creativo realizado por una persona y, más allá de lo meramente económico, proteger una proyección de la personalidad del autor de tal manera que sea él el que pueda decidir el destino de su obra.

2.2.1 Normativa estatal

En el ámbito nacional⁶, la norma básica en esta materia la encontramos en el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 13 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) que desarrolla según lo establecido en los artículos 20.1.b) de la Constitución y 429 del Código Civil que remite a la ley especial lo no previsto por el mismo Código.

Por otra parte el Libro II, Título XIII, Capítulo XI del Código Penal dedica los artículos 270-272 a los delitos relativos a la propiedad intelectual.

⁴ Capítulo IV del Libro II: De algunas propiedades especiales.

⁵ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. “Tratado de Derecho industrial. Propiedad Intelectual. Propiedad Industrial. Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal. Editorial” Civitas. 1993

⁶ La Propiedad Intelectual es competencia exclusiva del Estado según lo dispuesto por el artículo 149.1.9ª de la Constitución Española

La LPI es, por otra parte, el resultado de la transposición de las distintas directivas europeas aprobadas como la Directiva 92/100/CEE de 19 de Noviembre de 1992 sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual o la Directiva 93/98/CEE de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección de los derecho de autor y de determinados derechos afines, por citar algunos ejemplos.

2.2.2. Normativa internacional

A nivel internacional, debemos destacar dos normas importantes, el Convenio de Berna y el Tratado de la OMPI. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

A) Convenio de Berna

En primer lugar, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Artísticas y Literarias se puede considerar como el punto de partida para los titulares de los derechos de autor, si estos querían tener el control y la protección jurídicas en otros estados distintos a aquellos en los que estuvieran suscritos sus derechos de sus obras, lo cual se antojaba difícil sin un régimen internacional que estableciera la manera en que se debían proteger los derechos de titulares de derechos de autor extranjeros. Para ello era necesario que todos los países que hayan firmado el Convenio de Berna (actualmente hay más de 150 países adheridos)⁷ protegieran con un nivel mínimo las obras del resto de países signatarios. Con ello, los estados miembros se obligan a dar a los titulares de derechos de autor extranjeros la misma protección jurídica que a los nacionales, tal y como queda recogido en el Art. 5 del Convenio:

⁷ España firmó el Convenio el 5 de Diciembre de 1887
(<http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/derechosdeautor/signatariosdelconveniodeberna.asp>)

“1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio.

2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

3) La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

4) Se considera país de origen:

(a) para las obras publicadas por primera vez en alguno de los países de la Unión, este país; sin embargo, cuando se trate de obras publicadas simultáneamente en varios países de la Unión que admitan términos de protección diferentes, aquél de entre ellos que conceda el término de protección más corto;

(b) para las obras publicadas simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión, este último país;

(c) para las obras no publicadas o para las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión, sin publicación simultánea en un país de la Unión, el país de la Unión a que pertenezca el autor; sin embargo,

(i) si se trata de obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o su residencia habitual en un país de la Unión, éste será el país de origen, y

(ii) si se trata de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión, éste será el país de origen.”

Se establecía por tanto la obligación de tratamiento nacional, por lo que tanto la conexión personal de un autor con un estado miembro o la primera divulgación en un estado miembro asegura la titularidad de derechos en el resto de países signatarios.

El problema surge para los países que ofrecen menor protección que el país de origen del damnificado. Para que no se produzca en estos casos una desprotección del autor lesionado, se establece la aplicación del principio del mínimo uniforme, por el cual existen unos derechos mínimos que aunque no estén en el derecho nacional, si el país es firmante del Convenio de Berna deberá respetar siempre.

Otro convenio relacionado con el de Berna pero dentro de la Organización Mundial del Comercio es el denominado “Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”, que incluye los preceptos de la Convención de Berna obligando a los miembros de la OMC a otorgar protección a los derechos de autor que tengan relación con el comercio, incluyéndose en el mismo importantes preceptos “antipiratería”. Otra parte importante del Acuerdo es el relativo al sistema de arreglo de controversias de la OMC que también cubriría las controversias relativas a la comercialización de bienes y servicios sujetos a derechos de Propiedad Intelectual⁸. Por otra parte, el Acuerdo tiene su propio código en lo relativo a la protección de los derechos de artistas y productores de fonogramas, pero no hace ningún tipo de referencia, sin embargo, a la protección de derechos de Propiedad Intelectual en lo relativo a obras digitales y servicios on-line.

B) Tratados de la OMPI

Con la llegada de internet y otras tecnologías relacionadas, surge, sin embargo, una nueva dimensión internacional de estos derechos, ya que nunca los titulares de derechos de Propiedad Intelectual se habían encontrado con unas perspectivas de piratería y explotación como las que nos encontramos actualmente. Por ello la comunidad internacional llega a varios acuerdos en 1996, año en el que 127 estados firmaron dos nuevos acuerdos que quizás actualmente sean los más relevantes en materia de Propiedad Intelectual en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): El Tratado sobre Derechos de autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas., donde, entre otros, se incluyen varios preceptos en relación a las nuevas tecnologías, lo cual supone que el Derecho

⁸ En este sentido sería destacable una resolución del Panel de la OMC, donde se dictaminó que la Sección 110 (5) de la Copyright Act estadounidense, que eximía a la mayoría de restaurantes, bares y pequeños comercios del pago de royalties por la música reproducida en sus locales, infringía las reglas internacionales del comercio en relación a la Propiedad Intelectual (DS 160/R)

Internacional se convierte en el punto de partida para la adopción del derecho nacional, proceso que generalmente suele tomar el camino contrario y lo que hace deducir que de alguna manera los gobiernos de los países signatarios tomaron conciencia de que los problemas que se producen en Propiedad Intelectual a causa de las nuevas tecnologías y redes digitales sólo pueden ser resueltos con la adopción de medidas de carácter internacional.

Importante fue en la elaboración del Tratado la influencia de la Unión Europea, ya que cabría destacar que varios preceptos del mismo siguen la línea del Libro Verde⁹.

Como es habitual en este tipo de concertación internacional, la aceptación por parte de los estados de este tratado traía consigo la transposición del mismo a las legislaciones nacionales, aprobándose de esta manera por ejemplo la Directiva sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información 2001/29/CE de 22 de Mayo de 2001 o la “Digital Millennium Copyright Act” en Estados Unidos, aprobada el 28 de octubre de 1998.

Profundizando en el contenido del Tratado, analizaremos tres derechos muy definidos en el mismo: el derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de comunicación pública.

El derecho de reproducción, recogido en el Art. 7 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación y ejecución de fonogramas, se aplica en toda su extensión al medio digital y en particular a la utilización de las interpretaciones y de los fonogramas en forma digital. Por lo tanto el Tratado cubre las posibles infracciones que puedan lesionar derechos de Propiedad Intelectual sobre obras cuya divulgación se produzca por internet.

⁹ Libro Verde de la comisión Europea sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información de 19 de Julio de 1995 (COM (95) 382 final)

No hace el Tratado referencia expresa, sin embargo, al tema de la copia transitoria, aunque se considera que está implícitamente incluida y que a su vez constituye una infracción al mismo, como así se ha podido comprobar posteriormente con la transposición a la Directiva Europea.¹⁰, donde se protege expresamente no sólo contra la copia transitoria sino además contra la reproducción permanente de una obra sujeta a Propiedad Intelectual.

En lo relativo al derecho de distribución, el Art. 6 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor reconoce el derecho de los autores a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otro tipo de transferencia de la propiedad, refiriéndose con ello a la puesta en circulación de objetos tangibles, descartando de esta manera las copias descargadas a través de internet, ya que son intangibles y quedarían excluidas de este derecho de distribución, por lo que la relevancia de este precepto en el campo de las nuevas tecnologías no es muy importante..

Sí sería destacable comentar la teoría del agotamiento de derecho en la distribución dentro de la Unión Europea¹¹, donde se establece que sólo se produce dicho agotamiento en los casos especialmente previstos por ella, lo cual se daría cuando se realizara la primera venta o algún otro tipo de transmisión de la propiedad del objeto.¹²

Por último, analizaremos el derecho de comunicación pública y puesta a disposición del público, que sería aquel que le daría a los autores la facultad para autorizar o prohibir

¹⁰ Art.2 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Mayo de 2001.

¹¹ Art. 4.2 de la Directiva

¹² Con los archivos colgados en Napster, no se consideró que pudiera darse esta teoría, ya que se consideró como un acto de comunicación pública, necesitando por tanto la autorización del autor.

todo tipo de comunicación al público de su obra ampliándose a su vez a la divulgación on-line de las mismas.

La transposición a la Directiva¹³ de este tema provoca un debate más que interesante, ya que según Victoriano Darías de las Heras¹⁴, si bien es cierto que hay un derecho por parte de los titulares de los derechos de comercializar los productos a través de la Red, el derecho de puesta a disposición no se agota con esta acción y por tanto la doctrina de la primera venta no sería aplicable, lo que supondría que a falta de autorización explícita, el usuario no estará autorizado a proceder a una nueva puesta a disposición de una obra descargada de internet, lo cual supone una gran diferencia con el sistema de comercialización tradicional en este tipo de campo, donde si un sujeto adquiere un CD, puede posteriormente revenderlo sin tener que pedir autorización del titular a causa de los Derechos de Propiedad intelectual, pero en cambio si esta obra es adquirida on-line, este derecho desaparece, lo cual, según Victoriano Darías podría suponer un cambio en la manera de adquisición de los fonogramas por parte de los consumidores, ya que no se adquiriría un derecho de propiedad sobre el soporte comprado, sino al igual que ocurre con el Software, una licencia de uso.

3. EL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE REDES *PEER-TO-PEER* (P2P)

Son varios los tipos de archivos con contenido protegido por derechos de autor que circulan por internet. En audio, por ejemplo, tenemos los formatos OGG (para programas de código abierto) o WMA (para Microsoft) y en formato de vídeo tenemos

¹³ Art. 3.3 de la Directiva

¹⁴ DARIAS de las HERAS, Victoriano. “Aspectos jurídicos de la música en Internet”. Septem Ediciones, Oviedo 2003. p.19

los archivos MPEG-4 o DivX, pero es sin duda el formato MP3 el que ha supuesto la autentica revolución dentro del panorama de transmisión de obras digitales.

El formato MP3¹⁵ permite comprimir los ficheros de audio reduciendo el tamaño de los mismos en una proporción 12:1, haciendo posible, junto al aumento de la capacidad de banda, la rápida transmisión de música por internet y la proliferación a su vez de todo tipo de soportes electrónicos compatibles con este formato, su fácil grabación y reproducción sin una pérdida notoria de calidad de sonido, pudiéndose grabar en CD, discos duros, lápices de memoria, reproductores, etc., o transferirse por todo el mundo a través de las redes *Peer-to-Peer* (P2P)¹⁶ y que podría definirse como “*una red que no tiene clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan simultáneamente como clientes y como servidores de los demás nodos de la red. Este modelo de red contrasta con el modelo cliente-servidor el cual se rige de una arquitectura monolítica donde no hay distribución de tareas entre sí, solo una simple comunicación entre un usuario y una terminal en donde el cliente y el servidor no pueden cambiar de roles.*”¹⁷

3.1. Tipos de Redes P2P:

En primer lugar tenemos las redes puras o descentralizadas, que no contienen un servidor central y en las que los usuarios actúan como clientes y servidores al mismo tiempo. Las redes P2P de este tipo son las más comunes, siendo las más versátiles al no requerir gestión central alguna, lo que hace que no sea tan necesario utilizar un servidor central. Por tanto todas las comunicaciones son directamente de usuario a usuario con

¹⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/MP3>

¹⁶ Del inglés, vendría a significar “de punto a punto” aunque su traducción más acertada sería la de “redes entre iguales”.

¹⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>

ayuda de un nodo (que es otro usuario) que permite enlazar esas comunicaciones. Las redes de este tipo tienen como características principales, además de que los nodos actúan como cliente y servidor, que no existe un servidor central que maneje las conexiones de red y además que no hay un *router* que sirva como administrador de direcciones y como nodo.

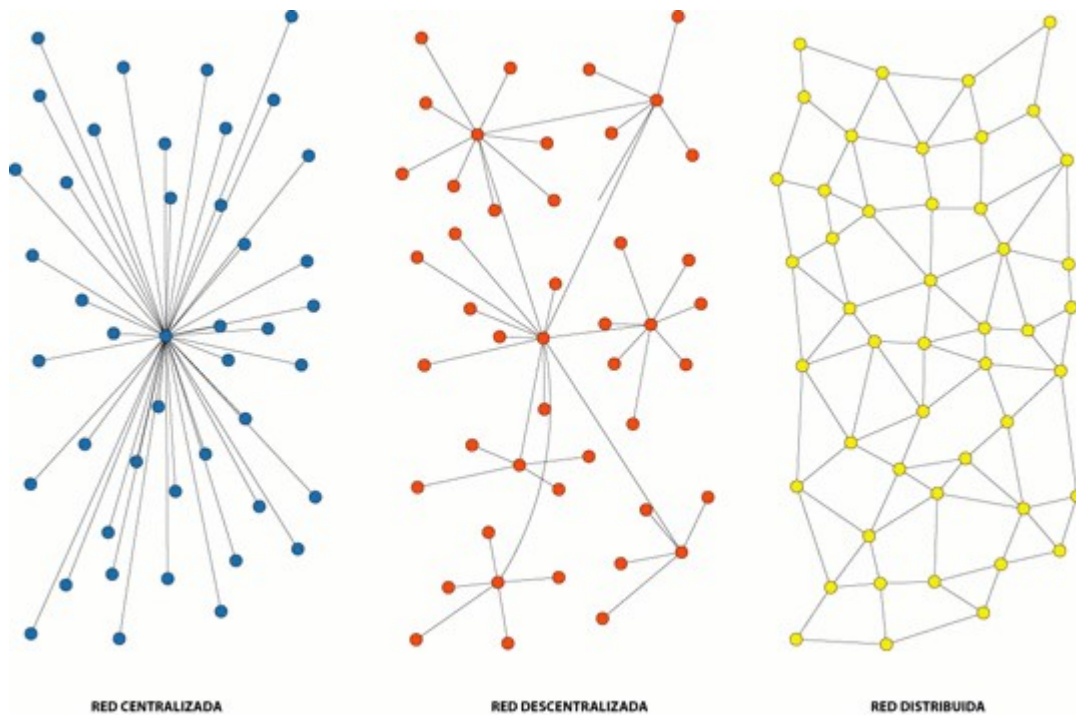
Algunas de las más populares de este tipo son Ares Galaxy, Kazaa o Gnutella.

En segundo lugar existen las redes P2P híbridas o centralizadas, que contienen un servidor central que guarda la información de los usuarios y responde a las demandas de los mismos, aunque los usuarios son los encargados del almacenamiento de los ficheros así como de su utilización. Este tipo de redes se basa en una arquitectura monolítica donde todas las transacciones se hacen a través de un único servidor que sirve de punto de enlace entre dos nodos y que a la vez almacena y distribuye los nodos donde se almacenan los contenidos. Poseen una administración muy dinámica y una disposición más permanente de contenido. Sin embargo, están muy limitadas en la privacidad de los usuarios y en la falta de escalabilidad de un solo servidor, además de ofrecer problemas en puntos únicos de fallo, situaciones legales y enormes costos en el mantenimiento, así como el consumo de ancho de banda. Además, todas las comunicaciones dependen exclusivamente de la existencia de un servidor. Un par de ejemplos de esta clase son Napster y Audiogalaxy.

Una tercera clase serían las redes mixtas o distribuidas, que tienen características de las dos anteriores. Poseen una serie de súper nodos que contienen la lista de servidores del contenido de los nodos conectados. Los usuarios tienen la oportunidad de poner su ordenador con la función del súper nodo o de ejecutar el programa cliente para

compartir archivos. Algunos ejemplos de estas redes son eMule (actualmente una de las más utilizadas y famosas), eDonkey o FastTrack.

Una topología de estos tipos de redes según los gráficos de Paul Baran¹⁸ podemos observarla en el siguiente gráfico¹⁹:



Por último hay que añadir un cuarto modelo surgido en los últimos años con gran aceptación, que sería el utilizado por BitTorrent Inc²⁰, que consiste en una empresa localizada en San Francisco que permite que todos los usuarios cooperen y contribuyan a la distribución de los archivos. En este sistema, a diferencia de en los otros P2P, el principal objetivo es proporcionar una forma eficiente de distribuir un mismo fichero a un gran grupo de personas, para lo cual se fuerza a todos los que descargan un fichero a compartirlo también con otros. Primero se distribuye por medios convencionales un

¹⁸ Paul Baran (Polonia, 1926) fue uno de los impulsores de las redes de conmutación de paquetes junto a Donald Davies y Leonard Kleinrock.

¹⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>

²⁰ www.bittorrent.com, este sistema utiliza webs existentes y no proporciona al usuario un sitio concreto de intercambio, tan solo el programa que puede descargarse en su web.

pequeño fichero estático con extensión “.torrent”, que normalmente se encuentra en páginas web especializadas. El fichero “.torrent” contiene la dirección de un servidor de búsqueda, el cual se encarga de localizar posibles fuentes con el fichero o parte de él.

3.2 ¿Constituye la carga y descarga en los servidores conectados a internet un acto de reproducción? El acceso de los usuarios a través de internet de contenidos protegidos. Las copias provisionales y efímeras.

Según Lydia Esteve²¹ la respuesta debe ser afirmativa, argumentando para ello que tras la digitalización, escáner o creación de una obra digital debe realizarse una carga (*upload*) de la misma en internet o la descarga (*download*) realiza un acto de reproducción. Por otra parte quien cargara la obra permite realizar reproducciones permitiendo así que cualquier persona pueda acceder a ella cuando y donde lo desee lo que supondría una “*puesta a disposición interactiva*”. Por tanto, el propio acto de cargar una obra en un servidor web tiene dos partes: su introducción en el disco duro de un servidor (reproducción) y asignación a la obra de una URL (puesta a disposición interactiva) lo que conlleva a centrar la cuestión en la obtención de las autorizaciones precisas y la posibilidad de que la carga y descarga puedan estar amparados por alguno de los límites al derecho de autor, lo que variará dependiendo del país en el que nos encontremos y de si se trata de un derecho de reproducción o de comunicación pública.

Como ejemplo de ello tenemos el caso canadiense, en el cual el *Copyright Board* de Canadá declaró que la descarga de archivos por redes P2P no violaba el derecho canadiense²², pero impuso una tarifa de 25\$ como canon a los reproductores de MP3 a modo de compensación a los titulares de los derechos, aunque finalmente el canon fue

²¹ ESTEVE GONZALEZ, Lydia. “Aspectos Internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet”. Comares, Granada 2006. pg. 95

²² Asunto “CCH Canada Ltd vs. Law Society of Canada y BMG” donde la Corte Suprema de Canadá no encontró “ninguna diferencia entre una biblioteca que tiene una fotocopidora y una habitación llena de material protegido y un usuario que comparte sus copias personales en una red P2P”

retirado al año por considerar el Tribunal Federal Canadiense la incompetencia de la *Copyright Board* en esta materia.

La convergencia de tales derechos hace adecuado someter el acto de la carga de información a una sola autorización, y ello porque los proveedores de contenidos que obtengan el derecho a la puesta a disposición interactiva, obtienen implícitamente el derecho de reproducción. Por lo tanto, como regla general al descargar una obra de internet hay que pedir autorización a los autores o titulares.

Una vez obtenido este derecho, el acceso a los contenidos protegidos a través de Internet desde el ordenador del usuario es posible gracias a la transmisión digital de los mismos, que debe ser calificado como un acto de puesta a disposición interactiva, la obtención de estas copias de contenido protegido constituye además un acto de reproducción, que en el caso de que fuera provisional o efímero estaría excepcionado de este cumplimiento.

A su vez, el Art. 5.1 de la Directiva DASI²³ establece que:

“1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

- a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o*
- b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.”*

Y siguiendo con ello, el Art. 31 LPI establece que:

“1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre

²³ Directiva 2001/29/ce del parlamento y del consejo europeo de 22 de mayo de 2001

terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley.”

Tratándose, tal y como se determina en la Exposición de Motivos de dicha ley, de un límite obligatorio, que responde a la lógica del funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, en las que es completamente necesario hacer una serie de sujeciones de carácter técnico para que las obras puedan ser utilizadas por los usuarios, siendo por tanto estas reproducciones parte del funcionamiento de la propia red de Internet, quedan por tanto exentas del derecho de reproducción e inhabilitan la consideración de infracción del *browsing*²⁴ o de las copias provisionales o efímeras.

Sin embargo, la obtención de copias permanentes, sin autorización del autor, de obras protegidas, constituye una infracción de los derechos de autor a la que deberá responder el infractor, con contadas excepciones como la copia privada, que veremos más adelante.

3.3 Responsabilidad por infracciones de derechos de autor en las redes P2P

A) Responsabilidad dependiendo del tipo de red P2P

Como ya hemos apuntado anteriormente, la responsabilidad por infracción de los derechos de autor en la utilización de las redes P2P depende del país en el que nos encontremos (y poníamos como ejemplo el caso canadiense) y del derecho que resulte aplicable, pero ¿son responsables los mismos intervinientes para todos los tipos de redes P2P? La respuesta a esta pregunta es negativa y para ello nos pararemos en un primer lugar a analizar los posibles responsables dependiendo de los tipos de redes que se hayan utilizado.

²⁴ Anglismo que podría traducirse como “mero ojeo” y que viene a ser la forma más normal de navegación por internet

En primer lugar analizaremos el caso de las redes centralizadas o híbridas, y la ejemplificaremos en el caso Napster, quizás por ser el primero y el que tuvo más notoriedad pública por la novedad que representaba. En este caso, por medio de un software de descarga gratuita, Napster permitía a los usuarios intercambiar archivos de música siempre que estuvieran conectados a su sistema.²⁵

Napster se defendía de las acusaciones (que en su mayor parte llegaban por parte de la RIAA²⁶) afirmando que ellos no alojaban ningún contenido ni guiaban los intercambios realizados por su comunidad, por lo que no violaban la *Copyright Act*, estimando además que era una herramienta útil para la promoción de artistas noveles. La RIAA, por su parte, afirmaba que Napster era “*similar a un gigantesco bazar pirata on-line donde los usuarios ponían su colección de MP3 a disposición de otros usuarios, facilitándoles Napster los medios técnicos para poder intercambiar los archivos, un centro de servidores al que conectarse o una base de datos actualizada (...)*”²⁷, por lo que se decidió a emprender acciones legales contra la compañía el 6 de Diciembre de 1999, a pesar de la impopularidad de la medida dado que los artistas se posicionaron a favor de Napster, excepto dos casos particulares que demandaron a la empresa a título individual (Metallica y Dr. Dre).

No le interesaba, sin embargo, al demandante emprender acciones contra los usuarios, ya que aunque podían ser identificados gracias a las direcciones IP, era tal el número y las jurisdicciones distintas que hubiera sido imposible y por otra parte no parecía recomendable demandar a los consumidores de tus productos.

Napster basó su defensa en primer lugar en las excepciones a los derechos exclusivos de propiedad intelectual establecidas por la legislación y jurisprudencia estadounidense a

²⁵ El alto número de usuarios que llegaron a registrarse (más de cincuenta millones) permitía que en ocasiones estuvieran conectados al mismo tiempo cerca de dos millones de usuarios.

²⁶ *Recording Industry Association of America* traducción al español: “Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos”

²⁷ www.riaa.com/piracy/press/120799.htm

las que podían acogerse sus usuarios para no incurrir en la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual y para ello se basó en el concepto de *fair-use* o uso razonable, que contenía tres puntos:

En primer lugar, el *sampling* o reproducción temporal de una obra musical con vistas a una posterior adquisición de la misma en soporte CD, argumento que rechazó el Tribunal basándose en los informes presentados por las partes.

En segundo lugar, el *space-shifting* o traslado en el espacio que defendía que el usuario pudiera realizar una copia privada de su soporte en otros formatos para su audición en otros soportes, el Tribunal estableció que no era de aplicación cuando a la vez se producía una distribución de la obra musical.

Por último, lo comentado anteriormente acerca de la posibilidad que suponía para los artistas noveles dar a conocer su obra a través de este formato, aunque quedó demostrado que se trataba de un porcentaje muy pequeño.

Por ello el Tribunal consideró que Napster contribuía a la comisión de estos actos ilícitos facilitando los medios técnicos para que se sometieran vulneraciones a los derechos de propiedad intelectual y lo consideró como responsable directo e indirecto de las infracciones de derechos de autor que estaban realizando sus millones de usuarios a lo largo y ancho del planeta con la carga y descarga de archivos MP3, por lo que fue obligado por un juez de San Francisco a finalizar su actividad y fue precisamente por este carácter centralizado por lo que Napster no se pudo acoger a la exenciones previstas para los intermediarios en la *Digital Millenium Copyright Act*.

En segundo lugar tenemos las redes puras o que no contienen un índice centralizado (Sistema utilizado por Bershare o por eDonkey2000) y que hace muy difícil el control

de la actividad que realizan los usuarios, lo que acarrea consecuencias en la responsabilidad de los intermediarios.

El tercer tipo sería el de red mixta, que contiene un índice centralizado, pero éste no es accesible para los usuarios. En su lugar, cada usuario mantiene un índice con los archivos almacenados en su propio ordenador y cualquier interesado que quiera un archivo determinado envía una solicitud que es transferida de usuario a usuario hasta que encuentra el archivo solicitado a través del software. Este es el modelo utilizado por KazaA o Grokster y que ha dado lugar a un arduo debate acerca de la responsabilidad de los mismos, ya que en este caso una serie de decisiones judiciales estadounidenses no consideraban responsables directos a los intermediarios sino a los usuarios de los programas que son los que cometían las infracciones. Finalmente Grokster fue también considerado responsable de las infracciones de derechos de autor realizadas masivamente por sus usuarios por lo que tampoco se consideró en este caso que los intermediarios pudieran beneficiarse de la exención de responsabilidad de la Sección 512 de la *Digital Millenium Copyright Act*²⁸.

Por último debemos también referirnos a ese cuarto modo que estaría integrado por la aplicación BitTorrent, que no es puramente una red P2P ya que el usuario “X” no descarga un archivo del usuario “Y”, sino que se localiza el archivo por partes cuando un usuario lo esté descargando, siendo este archivo dividido en partes cada una de las cuales se transfiere de forma independiente, por lo que otro usuario “Z” podría compartir una parte del archivo mientras otros están compartiendo las demás hasta que

²⁸Según Sentencia de la US Supreme Court

el archivo se complete, siendo esta la principal diferencia que alegan los creadores de BitTorrent frente al resto de redes P2P²⁹.

B) Responsabilidad de las ISPs

Por tanto los intervinientes que pueden ser considerados responsables por infracciones de derechos de autor cometidas en el intercambio de archivos a través de redes P2P serían por un lado los denominados ISPs, que serían aquellos intermediarios que contribuyen a la carga y descarga de los archivos MP3 por los usuarios de la red P2P y que vendrían a ser desde los creadores del programa de ordenador, a los sitios web que posibilitan el intercambio. Estos intermediarios pueden coincidir en una misma persona (física o jurídica) como en el caso Napster o no como en el caso BitTorrent.

C) Responsabilidad de los usuarios

Por otro lado tendríamos a los usuarios los cuales han sido objeto de demanda en numerosos países³⁰.

Queda fuera de duda que si los usuarios han cometido infracciones de derechos de autor, pueden ser demandados por ello, pero el problema principal está en su identificación y en la lesión que pueda producir en su choque con un derecho tan importante como el de la intimidad, ya que la mayoría de usuarios se escuda en el anonimato o bajo pseudónimo, lo cual no significa, por supuesto, que este derecho a la intimidad sirva para protegerse de la comisión de un delito, pero habrá que tratarlo con la delicadeza merecida.

La mayoría de demandas que se han interpuesto de este tipo de casos ha sido solucionada a través de acuerdos extrajudiciales, lo que supone que la jurisprudencia

²⁹ Ch. WAELDE y L. EDWARDS. "On-Line Intermediaries and Liability"

³⁰ <http://www.faq-mac.com/mt/archives/019823.php>

acerca del tema no sea muy numerosa y que la cuestión de que si los ISPs están obligados a proporcionar los datos de los usuarios no esté claramente respondida. En EEUU, por ejemplo, por un procedimiento rápido recogido en el Art. 512 h) de la DMCA, las órdenes de revelación de la identidad se consiguen de una forma rápida y sin autorización judicial, teniendo por tanto los ISPs la obligación de revelar la identidad al recibir tal petición.

En Canadá, en cambio, no siguen las directrices de su vecino sureño y en el asunto *Norwich Pharmacal*³¹ el tribunal canadiense estableció una serie de criterios necesarios para la revelación de identidad, no concediendo finalmente a los demandantes la petición de revelación, teniendo que demostrar los demandantes (las casas discográficas en este caso) no sólo que los requeridos eran las personas que se habían descargado las copias ilegales, sino que además éstas no eran descargadas o compartidas para uso personal.

El caso alemán es curioso, ya que es uno de los países europeos donde la industria discográfica internacional ha presentado más denuncias contra internautas por compartir archivos, presentando cargos criminales contra muchos de ellos y, según un artículo de reciente publicación³², los jueces se están negando sistemáticamente a identificar a los usuarios demandados (de los que sólo se conoce la dirección IP), considerando los magistrados de poca importancia las posibles infracciones de propiedad intelectual y desproporcionado el hecho de emplear la vía criminal.

Este mismo debate se da actualmente en los tribunales europeos, donde a petición de Promusicae se está discutiendo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si Telefónica debe identificar a los internautas acusados de intercambiar música ilegalmente con programas P2P. La decisión todavía no se ha hecho pública, pero sí el

³¹ Ch. WAELDE y H. McQueen “From Entertainment to Education: the Scope of Copyright” IPQ, 2004 p.53

³² <http://www.heise.de/english/newsticker/news/93759>

primer dictamen (no vinculante) de la Abogada General del Tribunal de Justicia, Juliane Kokott, quien afirma que en ningún caso Telefónica debería dar esos datos a Promusicae, que sólo se deberían proporcionar a las autoridades judiciales en el marco de una investigación criminal, pero también que según la legislación española las infracciones de copyright no constituyen delito mientras no haya ánimo de lucro. Además, la abogada señala que el hecho de que a través de una dirección IP se hayan lesionado derechos de autor no es concluyente, porque otras personas diferentes del titular podrían haber usado esa conexión.

Dejando aparte el tema de la identificación de usuarios, en algunos países se ha producido ya cierta jurisprudencia e incluso legislación acerca de la responsabilidad de los usuarios por la descarga desde redes P2P.

Por un lado, un ejemplo de absolución a los usuarios lo encontramos en Argentina, donde La Cámara del Crimen porteña revocó un fallo de primera instancia y sobreseyó al dueño de un cibercafé que anunciaba ofertas para bajar música desde sus ordenadores y grabarlas posteriormente a CD³³ estableciendo el magistrado que *"La venta o facilitación de tecnología que permita realizar el fin señalado (bajar y copiar música) nunca puede ser un delito en sí misma; lo que sí constituye un ilícito vinculado con los derechos de propiedad intelectual es que los temas musicales sean copiados y se comercialicen"*³⁴ las compañías discográficas han apelado ante la Cámara de Casación Penal argentina³⁵ y el caso se encuentra actualmente sin sentencia firme.

En el extremo opuesto tendríamos el caso francés³⁶ donde la Ley de Propiedad Intelectual ha abordado directamente el tema de las redes P2P estableciendo multas que

³³ <http://www.clarin.com/diario/2006/07/03/um/m-01227277.htm>

³⁴ <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=29898>

³⁵ <http://www.20minutos.es/noticia/140409/0/cibercafe/argentina/p2p/>

³⁶ <http://www.20minutos.es/noticia/137342/0/propiedad/intelectual/francia/>

van desde los 38€ por descargar un archivo o los 150€ por poner a disposición una obra protegida en este tipo de programas hasta la pena de prisión de hasta 3 años por comercializar un programa de intercambio de archivos en red. La fuerte presión de la industria cinematográfica (de gran influencia en el país vecino) consiguió que los legisladores cambiaran el anterior proyecto de reforma donde se legalizaba la utilización de estas redes y aprobaran el mencionado.

3.4 Las redes P2P en España

En España la jurisprudencia acerca del tema es escasa y tendremos ocasión de analizarla en este apartado, pero ateniéndonos al derecho español, la responsabilidad por la puesta a disposición sin la autorización del autor recaerá sobre el infractor, que deberán ser localizados o subsidiariamente por los intermediarios on-line, cuya responsabilidad dependerá de que se cumplan las condiciones establecidas en la LSSI³⁷, que de todas maneras pueden llegar a ser absolutamente inviables en caso de que se trate de un modelo de red P2P descentralizado, por la dificultades de localizar a los infractores, por lo que habría que atenerse al caso concreto.

Como ya he dicho, la jurisprudencia en estos temas es prácticamente nula, aunque encontramos alguna sentencia que ha suscitado cierta polémica y repercusión mediática³⁸ como la de la juez de lo Penal número 3 de Santander que absolvió a un usuario para el cual el Ministerio Fiscal, la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (Afyve) y la Asociación Española de distribuidores y editores de software de entretenimiento (Adese) pedían dos años de cárcel por descargar y compartir música en internet, por considerar que esa práctica no es delito, si no existe ánimo de lucro, y está

³⁷ Art. 14 y ss. LSSI

³⁸ http://www.eldiariomontanes.es/prensa/20061102/cantabria/jueza-santander-resuelve-delito_20061102.html

amparada por el derecho de copia privada (al que nos referiremos a continuación) ya que los hechos probados de la sentencia establecen que *“el acusado ofrecía o cambiaba su música a otros usuarios de internet en todo caso sin mediar precio”*, detalle en el que se basa la absolución, ya que como establece la juez: *“Ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían. Y, a juicio de esta juzgadora, ello entra en conexión con la posibilidad que el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito”* . Por esta razón consideró que no se cometía una infracción merecedora de sanción penal.

Esta corriente que despenaliza la puesta a disposición y descarga de archivos si no hay ánimo de lucro es seguida también por Víctor Domingo³⁹ amparándose en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2006 sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 que establece que el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial.

4. LA COPIA PRIVADA

El Art. 9.2 del Convenio de Berna recoge el denominado “Test de los tres pasos” (*Three-step-test*) que construye el punto de partida en toda respuesta a una eventual excepción o no del derecho de autor en una situación privada internacional determinada

³⁹DOMINGO, Victor. Ponencia "Comunidad internauta y los derechos de propiedad intelectual. Canon digital y programas de intercambios de ficheros P2P"

y ha sido adoptado por los Tratados de la OMPI de 1996 y por la Directiva DASI, así como en todos los sistemas inspirados en la concepción objetiva o *fair use*. Este test supone un examen económico que marca en tres pasos el límite máximo que puede tener una excepción a los derechos patrimoniales del autor:

- 1) Las excepciones tienen que establecerse para ciertos casos excepcionales, específicos y particulares.
- 2) No debe afectar a la explotación normal de la obra
- 3) No puede perjudicar injustificadamente los intereses patrimoniales del autor.

Con ello, la Directiva contiene en sus Arts. 5.2 y 5.3 un catálogo de posibles límites a los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución. Estos preceptos se refieren al derecho del particular de utilizar las obras protegidas de una manera razonable (es decir, cumpliendo con el Test de los tres pasos). Estas excepciones son recogidas a su vez por la mayoría de las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea, aunque no todas recogen estos límites y excepciones de la misma manera siendo algunos ordenamientos más permisivos que otros, lo que podría explicar porque la transposición de los mismos no es obligatoria, siempre con el límite de no recoger más excepciones ni límites que los enumerados en los artículos citados.

Así tenemos, por ejemplo, en un extremo el caso francés donde los tribunales han establecido la ilegalidad de la copia privada⁴⁰ como vemos en resolución en Abril de 2007 de la Corte de Apelación de París donde se dictaminó que la copia privada es un derecho totalmente restringido al autor, y no al usuario. Por su parte el Tribunal de Casación Francés (el equivalente al Supremo español) ha determinado en este mismo caso que:

⁴⁰ http://es.theinquirer.net/2007/04/18/francia_prohibe_la_copia_privada.html

“(…) además de cumplirse determinados requisitos, la copia privada puede alegarse como una defensa en un procedimiento por infracción de la propiedad intelectual pero no puede alegarse como un derecho a ejercer con independencia de la existencia de una remuneración compensatoria pagada por los consumidores”

A pesar de ello, el art. 5.2.b) establece la posibilidad de que los Estados permitan una excepción al derecho de reproducción en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para su uso privado sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa (lo que viene a ser el canon que grava la compra de soportes de almacenamiento tipo CDs, discos duros, DVDs., etc.).

En España, la LPI esa excepción al derecho de reproducción viene recogida en el artículo 31.1.2º:

“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.”

Como observamos en la lectura de este artículo, en el Art. 25 se establece el derecho de los titulares de derechos a una remuneración por copia privada. Surge aquí una de las mayores polémicas en este tema y es que la remuneración se realiza a través de un canon impuesto sobre aparatos reproductores y sobre los soportes en los que se realizan copias y que varias asociaciones de consumidores y usuarios, así como de internautas han considerado como ilícito denunciando a la gestora de este canon (La SGAE) ya que

argumentan que la utilización de estos soportes no siempre conlleva la utilización de archivos que hayan dañado algún derecho de propiedad Intelectual.

La jurisprudencia en este caso empieza a ser numerosa y toda va por el mismo camino, el de reconocer la licitud del canon.

Así por ejemplo tenemos como uno de los primeros precedentes, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Barcelona de 2 de Enero de 2002, en el caso por el cual la SGAE demandó a la empresa Traxdat Iberica S.L. por el impago del canon por copia de los CDs de datos comercializados por esta empresa. La Juez consideró que estos soportes, independientemente de que puedan ser utilizados con otros fines, resulta un medio idóneo para la reproducción de CDs musicales, dando la razón a la SGAE.

Otra Sentencia más reciente⁴¹ del Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona condena a una pequeña tienda familiar (Traxtore) a pagar más de dieciocho mil euros (18.000 €) a la SGAE como compensación por las ventas de soportes digitales entre 2002 y 2004, sin importar el uso al que hayan sido destinados, basando la sentencia en el art.25 LPI y argumentando el juez que *“el canon no se fija en función de la efectiva reproducción o no de la obra, sino en función de los equipos, aparatos o soportes idóneos para realizar la copia privada”*. Quedando de esta manera los distribuidores mayoristas y minoristas como responsables solidarios, lo que le da derecho a las entidades de gestión (como la SGAE) a reclamarle el importe que el deudor principal del producto no ha satisfecho.

Otra referencia jurisprudencial acerca de este tema la encontramos⁴² en a sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao que desestima la demanda de un comprador que reclamaba 0,42€ que tuvo que pagar al adquirir un CD-R. El magistrado argumenta de nuevo su decisión en el Art.25.1 LPI rechazando además la cuestión de inconstitucionalidad planteada por le demandante porque *“Es una moderación o*

⁴¹ Noticia de El Mundo, Lunes 2 de Julio de 2007, p.27 por Luis Garrido

⁴² Noticia de El Mundo, Lunes 16 de Abril de 2007, p.14.

mitigación de un ejercicio social del derecho patrimonial del autor, que renuncia a la inviabilidad de que se copie su obra cuando se hace por quien la ha adquirido lícitamente y para su disfrute privado, sin utilización colectiva de lucro”

Actualmente el canon a los distintos soportes es el siguiente:⁴³

Concepto	Sin IVA	Con IVA
CD-R 74 min (cada unidad)	22 ¢	26 ¢
CD-R 80 min (cada unidad)	24 ¢	28 ¢
DVD-+R SL (cada unidad)	60 ¢ (1,20 € ⁴)	70 ¢ (1,39 € ⁴)
Tarrina de 50 CD-R 80 min	12 €	13,92 €
Tarrina de 25 DVD-+R	15 € (30 € ⁴)	17,40 € (34,80 € ⁴)
Tarjeta de memoria SD 512MiB	1,92 €	2,23 €
Reproductor MP3 con tarjeta de memoria de 512 MiB	2,52 €	2,92 €
Regrabadora de DVD 16x	6,61 €	7,67 €
Equipo de música con dos fuentes de grabación (radio+CD)	1,20 €	1,40 €
Equipo grabador de vídeo VHS o de DVD	6,61 €	7,67 €
Cinta virgen de vídeo de 180 minutos	90 ¢	1,04 €
Cinta virgen de audio de 90 minutos	27 ¢	31 ¢

5. NUEVAS FORMAS DE LICENCIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL:

5.1. Copyleft y Creative Commons.

Durante los últimos años los modelos “libres” o “abiertos” de producción y distribución de obras intelectuales se están empezando a probar en muchos ámbitos (música,

⁴³ http://es.wikipedia.org/wiki/Canon_por_copia_privada_%28Espa%C3%B1a%29

producción literaria, enciclopedias, cine o publicación científica). En cierta manera, todos ellos están aprovechando las ideas y la experiencia del primer campo donde se probaron estos modelos: el software a principio de la década de los 80.

Es en este punto donde nace el término “Copyleft”⁴⁴ que viene a ser una filosofía que se traduce en diversos tipos de licencias comerciales, la primera de las cuales fue la GPL⁴⁵ del software libre, nacida para tutelar a ésta e impedir que nadie privatice o se aprovecha adquiriendo la propiedad de los resultados de la obra de comunidades libres de usuarios y programadores, ya que el software libre tiene como característica tener el "código abierto", lo que lo hace potencialmente controlable, modificable, mejorable y con posibilidad de ser copiado por los usuarios.

Legalmente hablando, la situación de los programas libres es distinta a la de los privativos: ambos tipos se distribuyen bajo licencia, lo que les distingue es qué permite esa licencia. La Ley de Propiedad Intelectual estipula que si no hay permiso explícito se pueden pocas cosas con un programa de ordenador, incluso si se ha obtenido mediante compra. Sólo el propietario del programa puede otorgar ese permiso, habitualmente mediante una licencia.

En el software libre se conceden, además de éste, también los derechos de distribución y modificación, de hecho, la principal diferencia de las licencias de software libre con las de programas privativos reside en que en lugar de restringir lo que se puede hacer, otorgan ciertos permisos explícitos lo que no quiere decir que las licencias libres también no puedan poner condiciones, y de hecho, es habitual que las pongan. Normalmente estas condiciones están orientadas a defender algunos derechos del autor

⁴⁴ Logo Copyleft: es una “C” invertida en contraria a la que regula el “Copyright”

⁴⁵ GNU Public License



como la mención de autoría o a procurar mantener la libertad del software según va pasando de mano en mano.⁴⁶

Hay varias asociaciones que se encargan de gestionar los derechos de los autores de igual manera que hacen algunas sociedades en España, como por ejemplo la SGAE, bajo la bandera del copyleft, como por ejemplo *Copyfight*⁴⁷, *La Fundación Copyleft*⁴⁸ o, sin duda, la más popular actualmente *Creative Commons* que ofrece a los autores de las obras distintas licencias para los creadores de las obras y que recogen perfectamente el espíritu de lo que quiere significar el “copyleft”, es por ello por lo que a continuación pasaremos a analizar estas licencias que si bien son las ofrecidas por Creative Commons, bien pudieran ser utilizadas por cualquier entidad de gestión de este tipo de derechos, lo que no significa que no tengan copyright. Las obras ofrecen algunos derechos a terceras personas bajo ciertas condiciones, cuya combinación dan lugar a la licencia que el autor de la obra quiera establecer par ala misma. Estas condiciones son las siguientes:

- 1.- Reconocimiento: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceras personas si se muestra en los créditos siempre la autoría del mismo.
- 2.- Sin Obra Derivada: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido pero no se puede utilizar para crear un trabajo derivado del original. Esto sirve por ejemplo para que no se utilice su obra para hacer remezclas, utilizar samplers de la misma en otras obras, hacer versiones, etc.
- 3.- No uso comercial: El material original y los trabajos derivados pueden ser distribuidos, copiados y exhibidos mientras su uso no sea comercial ni haya

⁴⁶ VARIOS AUTORES, “Copyleft, Manual de Uso” Traficantes de Sueños 2006

⁴⁷ <http://www.elastico.net/copyfight/>

⁴⁸ <http://fundacioncopyleft.org/es>

animo de lucro en el mismo, así por ejemplo nadie podrá aprovecharse del trabajo de este autor para grabar CDs de su obra y venderlos posteriormente, esta suele ser junto a la de reconocimiento una de las cláusulas más habituales en este tipo de licencia

4.- Compartir de igual modo: El material creado por un artista puede ser modificado y distribuido pero bajo la misma licencia que el material original. Esto supone que alguien por ejemplo cree una obra derivada de otra con licencia Creative Commons y que después exponga su obra bajo licencia Copyright.

La combinación de estas cuatro condiciones da lugar, como dije anteriormente, a la composición de seis licencias entre las cuales el autor de la obra podrá escoger para la misma:

1. Reconocimiento: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos.
2. Reconocimiento + Sin obra derivada: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se pueden realizar obras derivadas.
3. Reconocimiento + Sin obra derivada + No uso comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.
4. Reconocimiento + No uso comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial.

5. Reconocimiento + No comercial + Compartir de igual modo: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.

6. Conocimiento + Compartir de igual modo: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.

Una vez establecida la licencia que el autor desea para su obra, estos derechos serán perfectamente protegibles ante una eventual violación de los mismos.

5.2 Jurisprudencia

Son varias las sentencias con el copyleft como protagonistas que ha habido en nuestro país y la gran mayoría han sido por el mismo motivo, la negativa de locales públicos a pagar a la SGAE derechos de autor ya que la música que se programa en ellos se rige bajo la bandera del Copyleft. Otro denominador común de las mismas es que la parte demandante (la SGAE) no recurre más allá de Primera Instancia, ello puede deberse a que no quieren sentar unos precedentes judiciales en tribunales de mayor rango.

Como ejemplo nos referiremos a tres sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, Oviedo y León.⁴⁹

En el caso ovetense, la SGAE demandó al disco bar “Zapatero” reclamando el importe de 1.988,33 euros correspondiente al período desde julio de 2003 a marzo de 2005. La defensa

⁴⁹ El término copyleft fue introducido por primera vez en la jurisprudencia española el 2 de Febrero de 2006 en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid en el juicio verbal 418/05, caso de la SGAE contra la Asociación Cultural la Dinamo (<http://www.derecho-internet.org/node/357>)

logró demostrar que éste había resuelto el 2 de marzo de 2004 el contrato firmado con la SGAE y que desde principios de ese año el local sólo había utilizado música bajada de Internet que procedía de las páginas web del movimiento copyleft por lo que exime al local del pago de las cuotas a partir de enero de 2004. Establece el Fundamento Segundo de la Sentencia que:

“...se opone por éste último que desde comienzos del año 2004 la música utilizada en su local dejó de ser la incluida en el repertorio gestionado por la SGAE para pasar a ser música bajada desde las páginas de internet que albergan las licencias de "creative commons", alegación que viene apoyada en la declaración testifical prestada por quien fue el encargado del bar hasta el año 2005, Don XX, quien declara que efectivamente desde finales 2003 o principios 2004 dejó de ponerse en el local música comercial y que era el Sr. YY quien se ocupaba de bajar de internet otro tipo de música -caribeña, latina o étnica- que procedía de las páginas web del movimiento "copy left".

(...) Sentado el debate en tales términos, cabe señalar primeramente que aun cuando es cierto que la sola presencia en el establecimiento de aparatos reproductores de música supone una presunción de comunicación pública de obras protegidas por el derecho de autor, no lo es menos que se trata de una mera presunción iuris tantum y que habiendo sido negada dicha comunicación pública por la parte demandada ya en su escrito de oposición de fecha 6 julio 2006 presentada en el juicio monitorio a lo que se sigue la prueba que a su instancia se practicó en el juicio verbal en tal sentido, incumbía a la parte demandante el demostrar que la música utilizada en el local era música comercial incluida en el repertorio de obras gestionadas por ella -mediante cualquier medio usual como puede ser la declaración testifical de personas que hubieran visitado el local y así lo puedan afirmar- de tal manera que su pasividad probatoria lleva a tener por cierta la oposición sostenida de adverso, sin que por otra parte podamos entrar a valorar la posible ilicitud en la obtención de la música por la vía descrita, como se sostiene por la SGAE al denunciar que el demandado no es titular de ninguna licencia "creative commons", pues lo relevante es que en el local no se comunica públicamente música contenida en el repertorio de la obra gestionada por la actora.”⁵⁰

No se manifiesta qué tipo de ilícito se alegó, si civil o criminal. En el supuesto de ser un ilícito civil, queda claro de la sentencia que es una afirmación que no tiene ninguna relevancia y en el caso de que hubiera sido un ilícito criminal (el establecimiento sí tiene ánimo de lucro comercial), y si hubiese sido delito, la Ley establece que el Juez está obligado a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que éste hubiese ejercitado, en su caso, las acciones criminales que hubiesen correspondido.

El caso madrileño va por el mismo camino, en este caso la SGAE demandó a una persona física porque en su local "Buena Vistilla Club Social", sede de la asociación cultural de igual nombre, existía un equipo de música en el que se emitían obras gestionadas por la SGAE. El importe de la reclamación era de 783,78 euros en concepto de comunicación pública.

⁵⁰ Sentencia obtenida de http://derecho-internet.org/files/2006-10-25_sentencia_jm-1-oviedo.pdf

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, en sentencia, de fecha 30 de marzo de 2006, juicio verbal 10/2006 argumentó en el Fundamento Jurídico Tercero de este caso:

“Respecto de la existencia de un equipo de música en el local, si bien no negado por la demandada, sin embargo no puede considerarse suficientemente acreditado que dicho equipo de música y el repertorio de CD que existe en el establecimiento pertenezca a la actora, antes al contrario de la declaración del testigo Sr. GC, a la sazón periodista musical, se desprende que la música utilizada por la demandada en su establecimiento no es música de actualidad, sino que se trata de música "relativamente desconocida", no incardinable en el repertorio de la SGAE, y que la música utilizada es bajada de Internet que se pasa a CD, lo que coincide con la declaración de la demandada y la documental aportada por ésta. Declaraciones corroboradas por la propia documental aportada por la actora, en concreto un documento extraído de una publicación del periódico El País, donde se dice expresamente que el local de la demandada "reproduce lo mejor del Caribe y lo más desconocido de la música latina y de otros países rítmicos". En consecuencia de cuanto se ha expuesto, del estudio ponderado del conjunto probatorio obrante en autos, no puede considerarse acreditado que la demandada haya realizado actos de comunicación no autorizados de un repertorio musical que le corresponde su gestión a la actora, por lo que la demanda ha de correr suerte desestimatoria.”

En esta sentencia vemos que el hecho de que la música programada por el local no esté en el repertorio de la SGAE es suficiente para que ésta no pudiera percibir el cobro reclamado.

Por último tenemos la sentencia más reciente⁵¹, sentencia del juzgado número 8 de León⁵² donde empieza a sentarse base jurisprudencial al afirmar el juez que:

"Las licencias Creative Commons, son distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos libre o gratuito de la misma (...) el demandado prueba que hace uso de música cuyo uso es cedido por sus autores a través de dichas licencias Creative Commons".

Desestimando el juez con ello la demanda contra el bar musical Crazy Town por la SGAE, que reclamaba el pago de mil euros.

⁵¹http://www.elpais.com/articulo/portada/Nueva/sentencia/cobro/SGAE/bares/musicales/Creative/Commons/elpeuteccib/20070712elpcbpor_3/Tes

⁵² Sentencia obtenida de

<http://www.josemanueldefuente.com/editor/images/sentencia%20de%203%20de%20Julio%20de%202007%20de%20Leon.pdf>

6.- CONCLUSION

Por lo cual podemos comprobar que en nuestro país, en lo que se refiere a las redes P2P, a falta de una regulación tan específica como la francesa, sin el ánimo de lucro comercial por parte del usuario no se puede condenar penalmente, al menos de momento, por las descargas realizadas en este tipo de redes P2P. En mi opinión, se antoja completamente necesario que, ante una realidad tan absolutamente palpable en la sociedad actual como lo es el uso de internet para la descarga y subidas de archivos protegidos, se le de cobertura legal a este tipo de actividades para no caer tampoco en casos tan esperpénticos como el del profesor de la Universidad de Valencia que fue expulsado de la misma, bajo presión de la SGAE, por dar una conferencia a favor de la utilización de este tipo de redes o el reciente caso que se ha dado en EEUU en el que una madre ha tenido que acudir a los tribunales para que la amparen ante las presiones de las discográficas para retirar un video colgado en Youtube en el que aparecía su bebé bailando con una canción que tenía Copyright.

También considero necesario que se tengan en cuenta las formas alternativas de regulación de los derechos de Propiedad Intelectual de las que he hecho mención en esta monografía, a fin de que la gestión de los mismos no se traduzca en un monopolio, tal y como parece que algunas entidades de gestión pretenden hacer ver.

El último intento de reforma de la LSSI (la inclusión del Art. 17 bis, finalmente no aprobado, que posibilitaba a la SGAE la solicitud de los bloqueos de los contenidos en red) no me parece el camino adecuado sobre todo ante la posibilidad de autores que quieran establecer una forma alternativa de gestión de sus derechos o al margen de estas sociedades.

La realidad social siempre va por delante del derecho, que tendrá que buscar la manera de adaptarse lo mejor posible para todos a la misma. El camino indicado por la jurisprudencia, actualmente demasiado escasa, puede ser un buen punto de partida por el que el legislador puede guiarse, pero que esperar a ver que es lo que opinan cotas judiciales más altas acerca del tema. En definitiva, la ausencia de ánimo de lucro debe ser la “piedra angular” de la no criminalización de estas conductas y en el particular de la responsabilidad civil, estimo adecuadamente cubierta la misma con el establecimiento del canon existente.

7. BIBLIOGRAFIA.

ESTEVE GONZALEZ, Lydia. “Aspectos Internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet”. Comares, Granada 2006.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. “Tratado de Derecho industrial. Propiedad Intelectual. Propiedad Industrial. Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal. Editorial” Civitas. 1993

DOMINGO, Victor . Ponencia "Comunidad internauta y los derechos de propiedad intelectual. Canon digital y programas de intercambios de ficheros P2P"

DARIAS de las HERAS, Victoriano. “Aspectos jurídicos de la música en Internet”. Septem Ediciones, Oviedo 2003.

Ch. WAELDE y L. EDWARDS. “On-Line Intermediaries and liability for copyright infringements” publicado en el seminario celebrado en el seno de la OMPI en abril 2005

Ch. WAELDE y H. McQueen “From Entertainment to Education: the Scope of Copyright” IPQ, 2004

VARIOS AUTORES, “Copyleft, Manual de Uso” Traficantes de Sueños 2006

Libro Verde de la comisión Europea sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información de 19 de Julio de 1995

Hemeroteca del diario EL MUNDO.

Sitios web consultados:

<http://www.bibliotecasvirtuales.com>
<http://es.wikipedia.org>
<http://www.bittorrent.com>
<http://www.riaa.com>
<http://www.faq-mac.com>
<http://es.theinquirer.net>
<http://www.bufetalmeida.com>
http://www.filmica.com/david_bravo
<http://www.internautas.org/>
<http://es.creativecommons.org>
<http://www.blogalaxia.com>
<http://www.hispasonic.com>
<http://www.wumingfoundation.com>
<http://fundacioncopyleft.org/es>
<http://www.elastico.net/copyfight/>

<http://nomada.blogs.com/jfreire/>
<http://www.derecho-internet.org>
www.josemanueldefuente.com

Diarios On-Line

www.20minutos.es
www.elpais.com
www.diariojudicial.com
www.eldiariomontanes.es
www.heise.de
www.clarin.com
www.elmundo.es