

LAS REDES DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS P2P Y LAS PÁGINAS CON ENLACES A ELLAS. LEGALIDAD Y VALORACIÓN TRAS UNA DÉCADA DE SIGLO XXI A PARTIR DE LA SENTENCIA N° 67/10 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 7 DE BARCELONA, DE 9 DE MARZO DE 2010

Luis Rodríguez Moro

*Profesor Doctor Contratado Interino de Sustitución de Derecho penal.
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya muchos años desde la aparición, en los momentos finales del Siglo XX, de algunos acontecimientos tecnológicos que han cambiado para siempre las formas de expresión, copiado, circulación y comercio de los productos culturales. Las tecnologías digitales y de telecomunicaciones han propiciado un contexto completamente nuevo, en continuo proceso de evolución, que se ha caracterizado por haber multiplicado las posibilidades de difusión de la cultura, aunque también de vulneración de los derechos de propiedad intelectual tal y como venían siendo configurados, a partir de prácticas que se han convertido en comunes y socialmente aceptadas.

Dos de estas prácticas que han generado una mayor demanda de respuesta legal por parte de los productores de la industria cultural, autores y entidades de gestión de sus derechos, han sido el intercambio de archivos en redes P2P y la creación de páginas con enlaces a éstas para su descarga. Y es que ambas han permitido o facilitado a los usuarios la obtención de copias de productos culturales con idénticos o similares niveles de calidad que los productos originales sin tener que pagar nada por ellos. Ello se ha traducido en una reducción del valor de las copias y, como consecuencia, en una paralela reducción de las posibilidades de éxito del sistema de comercialización de los productos culturales en soportes materiales, al que la industria se había acomodado.

A estas prácticas se refiere la reciente sentencia n° 67/10 del Juzgado de lo mercantil n° 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, en un pronunciamiento del que buena cuenta

han tenido los medios de comunicación¹ y que, en palabras del presidente de la Asociación de Internautas, Víctor Domingo, ha sido calificado de “histórico”², al tratarse de la primera sentencia civil que declara legales las redes P2P de descargas (lo que igualmente considera de las páginas de enlaces). Este hecho justifica, a nuestro juicio, aún a pesar de tratarse de una sentencia no definitiva, el análisis particularizado que se desarrolla a continuación.

Quizá el extraordinario valor de la sentencia no sólo resida en su pronunciamiento sobre la materia en términos de legalidad, sino también en lo que viene a significar ahora, tras una década de siglo XXI en la que tales prácticas se han venido desarrollando de forma generalizada, a los efectos de valorar la institución jurídica de la propiedad intelectual. No sólo importa saber si aquellas prácticas son legales o no, sino también si lo deberían ser, esto es, si efectivamente son nocivas para la consecución de los fines que la Ley de propiedad intelectual pretende alcanzar con la concesión de unos derechos de explotación a autores y demás titulares. De hecho, el juez sentenciador parece haber mostrado interés por esta segunda cuestión. Así se deduce de algunas de sus expresiones y, también, del hecho de haberse decidido por enjuiciar *obiter dicta* la legalidad de una práctica, la de la utilización de las redes P2P, que no es parte del objeto de la causa del procedimiento, esto es, las páginas de enlaces a dichas redes, aunque sí tenga relación directa con ella.

II. PAGINAS DE ENLACES A REDES P2P

En relación a estos supuestos, la solución adoptada por el juzgador en el Fundamento de Derecho segundo no parece dar lugar a dudas. Después de una muy dispar descripción de los hechos por la demandante, Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), y por el demandado, titular de la *web*, www.elrincondejesus.com, el juez, con el auxilio de los informes periciales practicados, centra el hecho que se enjuicia en la creación, por el segundo, de una *web* en la que ofrece la posibilidad de descargar archivos de música o películas mediante el sistema de enlaces o “links” a la llamada red P2P eDonkey que utiliza el programa eMule³. El demandado, a través de estos enlaces, favorece y orienta a los usuarios en el acceso a concretas obras a través de las redes de intercambio de archivos, pero nada más. Luego son los usuarios los que, redireccionados, tras acceder a la red, se descargan (intercambian) las obras que tienen en sus respectivos equipos informáticos.

La clave reside en quién almacena los archivos que contienen las obras, pues será quien los haya reproducido sin autorización de su titular, en vulneración del derecho de reproducción del artículo 18 de la Ley de propiedad intelectual. En este sentido, el juez acierta al considerar que el demandado no realiza tal conducta y, por tanto, no vulnera tal derecho. La reproducción consiste en la “fijación” por cualquier medio y en cualquier forma de una obra que permita su comunicación o la obtención de copias. En este supuesto de hecho, la única fijación de la obra es la que realizan los usuarios en sus

1 Noticia vista, entre otros medios, en www.elpais.com, a día 13 de marzo de 2010.

2 Quien más concretamente ha señalado que supone “*un nueva victoria de la libertad de expresión en Internet*”.

3 Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo.

respectivos equipos informáticos y que después comparten en la red P2P. El titular de la página *web* solamente intermedia entre los usuarios colocando un enlace, que hace referencia a una concreta obra, y que una vez pulsado por uno le reenvía a la red para que se produzca su descarga desde el equipo de otro, que es quien la tiene reproducida en su equipo informático.

Lógicamente, si el demandado no tiene ninguna obra almacenada (reproducida) en su *web*, no tiene ninguna obra que comunicar o poner a disposición del público. Por tanto, su conducta tampoco supone ningún acto de comunicación pública que vulnere este derecho exclusivo del artículo 20 de la Ley. Y mucho menos vulnerará el derecho de distribución, toda vez que, desde la reforma de la ley de propiedad intelectual de 2006, ha quedado claro que dicha conducta queda circunscrita a la puesta a disposición del público de obras en soporte “tangible”, lo que no se produce en este caso.

Por tanto, la conducta de crear una *web* con enlaces a una red P2P no supone una vulneración de ningún derecho de propiedad intelectual. No se reproduce ni comunica públicamente ninguna obra. Simplemente consiste en una actividad que podríamos denominar de “intermediación” o, como señala el propio juzgador, de favorecimiento u orientación en el acceso a las redes de intercambio de archivos mediante un sistema de menús o portadas. Y lo cierto es que la Ley de propiedad intelectual no prohíbe ninguna de estas conductas que facilitan la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio en redes P2P⁴.

De hecho, la conducta también sería legal aunque el titular de la *web* obtuviese beneficios económicos con su actividad, lo que parece no haber ocurrido en el supuesto de hecho enjuiciado o, al menos, no queda acreditado. Tanto si fuesen directos como indirectos, por ejemplo, de los anunciantes que eventualmente se publicitasen en la *web* -incluso si aquellos oscilaran en función del número de enlaces efectivos realizados a las redes de intercambio-. Y es que, aun a pesar de los beneficios que se obtuviesen, la conducta realizada seguiría sin suponer la vulneración de algún derecho de propiedad intelectual reservado a autores o demás titulares en al Ley⁵.

4 Fundamento de Derecho segundo, párrafo quinto. De hecho, a continuación, el legislador señala de forma algo irónica que “en sentido amplio, el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet y multitud de páginas y buscadores (como google) que permiten técnicamente hacer aquello que precisamente se pretende prohibir en este procedimiento, que es enlazar a las llamadas P2P. Google no ofrece la visualización de las carteleras o portadas, como hace el demandado, y ese plus de conducta del demandado es la que se pretende prohibir”.

5 En sede penal, aún a pesar de que se acredite el elemento del ánimo de lucro, exigido en el tipo delictivo del artículo 270 del Código penal, el cual opera como elemento delimitador entre el ilícito civil y penal, se ha llegado a la misma consideración. Enjuiciando un supuesto de páginas de enlaces a redes P2P, el AAP de Madrid de 18 de junio de 2008 (JUR 2008/211803), considera la atipicidad de la conducta por ausencia de conducta típica, esto es, por no haber una reproducción o comunicación pública de obras. Vid., MIRÓ LLINARES, F., “Derecho penal y libre competencia en Internet. La protección de nuevas creaciones industriales y del ingenio frente a nuevas formas de explotación en Internet”, en *Cuadernos de Política*

III. LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS

Algo más controvertido resulta el análisis legal de la utilización por los usuarios de las redes de intercambio de archivos P2P. A él se refiere el juez de lo mercantil en los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la sentencia, en un esfuerzo, como dijimos, por analizar, más allá del objeto de la causa, la conducta que sigue a la que lo es. Sin embargo, dicho análisis resulta criticable por su carácter impreciso, en la mayor parte de las ocasiones por su falta de profundidad, quizá influenciado más por la consideración personal del juzgador de lo que “debería ser” que de lo que “es”.

Así, por ejemplo, el juez parece llegar a una primera conclusión de que las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares, “no vulneran derecho alguno protegido por la Ley de propiedad intelectual”⁶. Cierto, pero el verdadero dilema no reside en analizar la legalidad de la red P2P sino la de determinadas prácticas respecto a concretos productos realizadas por los usuarios en ella. Además, hace referencia a eventualidades en el uso de estas redes sin entrar a valorar el impacto que pueden generar en la legalidad o no de las conductas realizadas a través de ellas. Así, por ejemplo, que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos a la red desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo, o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descarga por otros usuarios⁷. Incluso hace ligeras alusiones justificativas a que en las redes circulen archivos con obras que no están protegidas, con el plazo de duración de sus derechos ya extinguido, o que no pertenecen al repertorio de la SGAE⁸. Ello es un argumento incontestable de naturaleza cultural -al que haré referencia más tarde- que muestra las magníficas posibilidades que, entre otras muchas, ofrecen las redes de intercambio de archivos y que, en todo caso, debería justificar su permisividad, aunque no sirve para probar la más concreta cuestión de si, bajo los términos vigentes de la Ley de propiedad intelectual, la compartición de archivos que contengan “obras protegidas” es legal o no.

En términos generales, en referencia a esta cuestión, la clave reside en analizar, en primer lugar, si las conductas de los usuarios suponen el ejercicio de derechos reservados a los titulares y, de ser así, en segundo lugar, si entran dentro de los supuestos de hecho de alguno de los límites a tales derechos, que permiten su realización por cualquiera sin autorización. Básicamente, habría que analizar si las copias descargadas de las redes P2P están amparadas o no por el límite a la copia privada del artículo 31.2 de la Ley de propiedad intelectual. El juez solventa la primera cuestión señalando de forma vaga que las

Criminal. Segunda época, nº 94, 2008-I., pp. 127 a 134, quien descarta el carácter delictivo de variantes de *linking* como el *framing* y el *deep linking*. Sin embargo, cree poder considerar delictiva, de darse el resto de elementos típicos, la conducta de *inline linking*, que supone la descarga directa de un elemento de una página *web* (que podría ser una obra) en otra, apareciendo como si fuera un contenido propio de esta última. Habría una comunicación pública no autorizada de la obra en la *web*.

6 Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo.

7 Fundamento de Derecho cuarto, párrafo cuarto.

8 Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo.

actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran “acomodo claro y específico” en los comportamientos que prohíbe la ley, en especial, la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización, aunque no justifica dicha consideración⁹. Quizá sea porque entiende que, en respuesta a la segunda cuestión, se dan los presupuestos del límite a la copia privada. Efectivamente, respecto a ellos, no hay duda que las copias realizadas por los usuarios son de obras *ya divulgadas* -en la mayor parte de los casos-, efectuadas *por persona física y para uso privado*. Además, señala el juez, que las copias no son objeto de una *utilización lucrativa ni colectiva*, tal y como exige el límite, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada¹⁰. Y finalmente, también considera que se cumple el último requisito de la copia privada, introducido en la Ley en 2006, es decir, que se haya *accedido legalmente* a la obra. Al respecto el juez señala que la legalidad es del “acceso” a ella, no de la fuente de donde proviene o de la copia en sí, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto que han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red¹¹. Por tanto, para el juez, las descargas efectuadas por los usuarios en este tipo de redes son legales. A mi juicio, esta cuestión merece un análisis más detallado según determinadas variables.

En las redes P2P, lo más habitual es que el sujeto que descarga de Internet (*downloader*) comparta con el resto de usuarios de la red los archivos descargados en la denominada “carpeta compartida” o *incoming*. Al compartir con el público los contenidos, lo que hace es ponerlos a su disposición de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellos desde el lugar y en el momento que elija. Bastará con conectarse a la red. La efectiva descarga, esto es, la reproducción efectuada por el usuario en la CPU de su equipo, contenida en aquella carpeta, implicará extralimitarse en el *uso privado* exigido en el límite a la copia privada, pues es objeto (al menos susceptible) de una *utilización colectiva*, lo que implica la ilegalidad de la *reproducción*¹². No lo estima así el juez de lo mercantil, quien considera que la utilización colectiva prohibida en el límite sólo es la “posterior” a la descarga, es decir, la que se realiza “una vez obtenida la copia”, lo que no parece apreciar en el supuesto de las redes P2P. Esta consideración no parece acertada, pues la puesta a disposición del público a través de la red se produce una vez que la copia ha sido “fijada” en la “carpeta compartida”, es decir, después de que efectivamente se haya obtenido, vía descarga.

9 Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo, es decir, el juez no acredita, por ejemplo, por qué descargarse obras en la CPU de un ordenador no constituye su reproducción o por qué colgarlas en la red no supone su comunicación pública.

10 Fundamento de Derecho tercero, párrafo tercero.

11 Fundamento de Derecho tercero, párrafo cuarto.

12 Cfr. GAY FUENTES, C., “La propiedad intelectual en el entorno digital. De la copia digital a la distribución no autorizada de obras en Internet”, en AA.VV., *Alternativas de política cultural. Las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Gedisa editorial, Barcelona, 2007, p. 233. Vid. la SAP de Cantabria de 18 de febrero de 2008 (ARP 2008/262), que en un supuesto penal aprecia la ilicitud, y también la atipicidad, de la reproducción.

Además, con la nueva redacción del artículo 20.2 i), relativo al derecho de “puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”, esta actividad supondría un acto de *comunicación pública* que, en todo caso, deberá ser autorizado por los titulares de los derechos de las obras que se pongan a disposición¹³. Incluso cualquier sujeto que coloque copias de obras protegidas en dichas redes (*uploader*), aunque no las haya obtenido por descarga de la red, realiza un acto de comunicación pública que está reservado a aquéllos, por lo que realizado sin su autorización deviene ilegal.

Sería diferente si el usuario que descarga los contenidos de la red no tiene una carpeta compartida abierta al público. Simplemente los introduce en la memoria de su equipo pero no los “sube”, es decir, no los hace disponibles a los demás, bien porque el sistema o programa se lo impide bien porque así lo tiene configurado. No hay duda, de que no existe ningún tipo de comunicación pública y tampoco hay una utilización colectiva de la reproducción. ¿Hay copia privada? Tal y como se expuso, el juez de lo mercantil ha optado por considerar que sí, pues aunque el soporte o la copia es ilícita, el acceso a ella –que es a lo que se refiere el límite– es legal, ya que se ha abonado la cuota de acceso a la red, a partir de un contrato válido celebrado con un prestador de servicios de la sociedad de información¹⁴. La copia sería lícita.

No obstante, no parece ésta la solución correcta. Y es que la inicial ilicitud de la comunicación pública efectuada por el *uploader* al “colgar” la obra en la red –subsumible en el artículo 20.2 i), relativo al derecho de puesta a disposición del público, que, como tal, precisa autorización de su titular– se transmite al acto de reproducción del *downloader*, lo que pone en tela de juicio la “*legalidad del acceso a la obra*” que requiere el artículo 31.2¹⁵. Supondría una importante contradicción axiológica considerar ilegales las comunicaciones públicas de estas obras efectuadas sin autorización a través de estas redes P2P y en cambio no las reproducciones realizadas, igualmente sin consentimiento, al amparo de ellas¹⁶. Además, el abono de la cuota de acceso a la red supone la *legalidad del acceso a Internet* pero no la *legalidad del acceso a la obra* dentro de Internet. En otras palabras, el pago permite “navegar”, pero no hacer cualquier actividad ilícita mientras

13 Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (3ª edición). Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 571 y FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 167 y 168.

14 Así lo considera, también, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a...cit.*, pp. 569 y 570.

15 Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer”, en *Protección de la obra audiovisual*. Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 191 a 199 y ESPÍN ALBA, I. / BOUZA LÓPEZ, M.A., “Ley por la que se modifica el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril”, en *ADI*, Tomo XXVI, año 2005-2006, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 436 y 437.

16 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El límite de...cit.”, pp. 196 y 197.

se “navega”. Faltaría, pues, un requisito de la copia privada: el acceso legal, que viene a referirse a un “acceso a la obra con autorización o licencia del titular del derecho”¹⁷.

De todos estos argumentos se concluye que las conductas de intercambio de archivos en redes P2P son ilegales. Quienes colocan las obras en la red vulneran el derecho de comunicación pública del artículo 20.2.i) y quienes las descargan, en todo caso, el derecho de reproducción, al no cumplir, ésta, todos los requisitos de la copia privada.

IV. VALORACIÓN

Sin embargo, que bajo los términos legales vigentes se haya llegado a esta consideración respecto a las redes de intercambio de archivos no quiere decir que se esté de acuerdo con ella. En el terreno de lo que “debería ser”, me inclino por una cierta flexibilización a la hora de construir los perfiles de los derechos de propiedad intelectual que conceda una mayor permisividad respecto de determinados usos en la red que no suponen la “explotación” de aquellos derechos, como ocurre con la compartición de archivos.

En este sentido, no dejan de sorprender las palabras del juez de lo mercantil de Barcelona cuando, a modo de conclusión, señala que, en definitiva, no hay que olvidar que se trata de “un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto”¹⁸. Tal y como se ha hecho siempre entre particulares. Ciertamente es que a través de un medio, como es la red de Internet, que se ha tornado masivo y de ámbito mundial, y que ha otorgado a dichas prácticas implicaciones mucho mayores que las que generaban en la era analógica. Se trata de una valoración muy atrevida por el hecho de estar incluida en una sentencia judicial. Pero si pensamos en dichas palabras en el momento en el que han sido escritas, en la actualidad, tras más de una década de utilización de las redes P2P, parecen no llamar tanto la atención, al menos, como lo harían hace algunos años. Tiempo en el que éstas y otras prácticas similares eran vistas y definidas por autores y entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, desde una perspectiva catastrofista, como las culpables, de no ser prohibidas, del “fin de la cultura”. Pero ¿se ha acabado la cultura?

Claro está que las redes P2P han generado efectos negativos a la industria cultural. Así lo acredita el descenso que se ha producido en las ventas de esta clase de productos. Pero si lo pensamos bien, más que a la cultura en sí, a lo que ha afectado es al sistema de negocio sobre el que la industria cultural se ha asentado, un sistema basado en la copia material. Y ello es así por la sencilla razón de que la copia, al poder ser obtenida con idénticos niveles de calidad que los de los productos originales, ha perdido el valor que antes tenía. La solución al problema por el que atraviesa la industria es una cuestión de adaptación. De buscar nuevas formas de explotación de los derechos de autor en este nuevo contexto tecnológico. Una tarea complicada, cierto, pero que ha de hacerse, pues ese contexto es inevitable.

17 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El límite de...cit., p. 195.

18 Fundamento de Derecho cuarto, párrafo cuarto.

Y es que tampoco se puede olvidar que, al margen de estos efectos negativos, las redes P2P también ofrecen algunas nuevas posibilidades que resultan provechosas para el fomento de la producción y la creación y el acceso a la cultura que, no se nos escape, constituyen el fundamento de toda Ley de propiedad intelectual. Los derechos son un instrumento para su consecución.

El juez ya se refería a que permiten llegar a obras sin copyright, obras cuyos derechos de explotación han expirado u obras descatalogadas o no comercializadas en formato físico en determinados ámbitos territoriales. Estas posibilidades son francamente positivas para la difusión de la cultura. Pero incluso estas formas de compartir pueden ser productivas respecto de las obras que están protegidas pues, a diferencia de las conductas de piratería, o cualquier otra forma de explotación de derechos ajenos –que indudablemente deben ser perseguidas–, aportan un valor añadido a la creatividad que debe ser tenido en consideración. Gracias a ellas, se puede acceder o descubrir productos a los que no se podría llegar o no se pagaría por ellos de no mediar un contacto con la obra, lo que en muchas ocasiones se traduce en futuras adquisiciones de los productos originales o en ingresos a través de otras vías. De aquí se deduce algo que ya nadie cuestiona en absoluto, esto es, que no toda descarga supone un ejemplar original dejado de comprar. Además, a nivel creativo, éstas y otras formas de compartir las obras sirven para poner al alcance de la mano del creador artístico un fondo de obras existentes que alberga saberes y conocimientos que valen, como así ha sido siempre, para desarrollar y estimular sus capacidades de creación, aprendizaje e innovación que, de no permitirse, estarían en peligro, al igual que la posibilidad de unir a grupos humanos en torno a estas prácticas de retroalimentación cultural y creativa.

Evidentemente, hay que proteger las ediciones comerciales y, además, a través de unos derechos de propiedad intelectual que den garantías. Sólo así se puede recompensar económicamente al autor por su esfuerzo y trabajo y, además, fomentar la producción e inversión cultural. No obstante, a mi juicio, tales derechos no deben tener unos perfiles tan restrictivos que impidan todas estas prácticas participativas de compartición, pues anularían por completo los efectos positivos que tienen para la cultura.

Incluso en términos productivos, cabe señalar que, tras la utilización generalizada de Internet y el impacto de las tecnologías digitales, los bienes culturales han pasado de ser bienes escasos a abundantes. Antes había menos dónde elegir y pocos cauces para acceder al producto. Ahora todo lo contrario: exceso de oferta cultural y de formas de acceso, a lo que hay que añadir una mucho menor capacidad de atención del público. Unos derechos de propiedad intelectual muy restrictivos, que no permitan llegar, conocer o palpar el producto, por ejemplo, a través de estas redes, alejarían a ese público cuya capacidad de atención está mucho más distraída.