

## **ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS DESCARGAS DE MÚSICA EN INTERNET**

*Prof. Dra. Henar Álvarez Álvarez*  
Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

### **I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO**

En el presente trabajo voy a tratar de presentar una perspectiva de una cuestión tan espinosa como es la de la calificación jurídica de las descargas de música en Internet.

Como se verá, las opiniones sobre si es legal o no el uso de las redes P2P son variadas, pero cada una defiende un interés. Por un lado están los servidores de redes P2P y los usuarios, que apuestan por la licitud de las descargas de música de Internet, y por el otro las discográficas y la mayoría de los artistas, que abogan por su ilicitud.

Hay que tener presente que la protección de los derechos de autor en la sociedad de la información cada vez va adquiriendo mayor importancia, pues se reproducen y distribuyen creaciones intelectuales, entre ellas las obras musicales, sin el consentimiento del autor y sin su correspondiente contraprestación económica. En el presente artículo analizo los medios jurídicos de los que disponemos para la protección de los derechos de autor para evitar con ello la copia y el aprovechamiento ilícito por terceras personas.

Los problemas surgen porque Internet se ha convertido en una herramienta a través de la cual se pueden llevar a cabo ciertas actuaciones que son difícilmente perseguibles. A pesar de ello, no puede olvidarse el esfuerzo que están haciendo los

legisladores de los diferentes países europeos principalmente a través de la incorporación a sus ordenamientos jurídicos de las Directivas siguientes: 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 de Comercio electrónico (transpuesta al Estado español a través de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico), y la directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor de la sociedad de la información (transpuesta con la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual –en adelante LPI–).

Hay que tener presente que la descarga de música en Internet puede hacerse de tres maneras:

- A través de las páginas en las que los titulares de los derechos de autor cargan partes o canciones enteras a disposición de cualquier usuario.
- Mediante los servidores P2P. Este segundo tipo es el que plantea más problemas de ilegalidad.
- A través de tiendas *on line* como *itunes*. Es un sistema de licencias de uso, en las que el usuario no adquiere la propiedad de la copia, sino solo el uso personal de la misma, ya sea temporal o permanente.

Asimismo, el disfrute de la música por Internet puede ser temporal (simplemente escuchar la canción por Internet) o bien duradero (cuando se descarga la canción en el disco duro del ordenador).

Sin embargo, no podemos olvidar que el último año las ventas de reproductores de música MP3 se han disparado, al igual que las descargas de música, tanto legales como ilegales. Las ventas de CDs disminuyen, mientras que las descargas de música por Internet crecen.

## **II. LOS PROGRAMAS DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS MEDIANTE INTERNET P2P. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVAS MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN MUSICAL**

Una cuestión que ha revolucionado el mercado de la música es la tecnología digital. La digitalización permite representar cualquier información en forma de có-

digo binario, lo que supone grandes ventajas para la transmisión de la música, pues las canciones pasan a ocupar poco espacio, pudiendo incluso comprimirse, agilizando la circulación de la música por las distintas redes. Asimismo, gracias a la digitalización se pueden realizar copias sin perder calidad<sup>1</sup>, y facilita la utilización y el tratamiento de la información (es el caso de los CDs, DVD, etc.). Ello conlleva que se generalicen y se extiendan los soportes digitales y prevalezcan sobre los analógicos<sup>2</sup>.

El formato digital denominado MP3 sirve para reproducir de forma gratuita las obras musicales<sup>3</sup>. Es un formato de compresión de sonido que permite la codificación digital y que hace factible por su tamaño el envío en alta calidad de piezas musicales, con la misma calidad que un CD, pero la gran ventaja del MP3 es que reduce el tamaño del fichero de cada canción sin perder calidad. Como son archivos pequeños, las canciones comprimidas en MP3 se pueden mover fácilmente por Internet y permite la descarga de archivos a través de Internet en un tiempo razonable<sup>4</sup>.

A la digitalización hay que sumar Internet, pues permite la transmisión de información digitalizada en tiempo real o con un escaso margen de tiempo, a pesar de que puedan existir grandes distancias geográficas.

Así, las nuevas modalidades de explotación de la música pueden ser de tres tipos:

- La descarga (*download*), que implica descargar o bajar información (en este caso una canción) desde un servidor a un ordenador conectado a Internet, y el usuario puede almacenar las canciones en el disco duro de su ordenador, en otra terminal, en un *pen drive*, etc. Después de “bajarse” la canción, el usuario puede escucharla las veces que desee, y puede incluso hacer copias de la misma, mandarla a otras personas, etc.

---

<sup>1</sup> A diferencia de lo que sucede con las copias realizadas en fotocopiadoras, grabadoras de audio, faxes u otras máquinas similares, que cada vez que van reproduciéndose pierden calidad en comparación con el original.

<sup>2</sup> Cfr. ROMÁN PÉREZ, R. de: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003, pp. 264 y 265. Los sistemas analógicos tienen un formato que no presenta la información en código binario.

<sup>3</sup> El único gasto consiste en la pérdida del tiempo por la búsqueda en la red de la canción.

<sup>4</sup> Esta innovación tecnológica no se contemplaba en el texto de la LPI de 1996.

- El *streaming*: significa literalmente “que fluye”. Esta modalidad de explotación permite escuchar o visualizar archivos directamente. Se trata de un mecanismo más inmediato que el *download*, pues no es necesario esperar a que el archivo se descargue para poder escucharlo.
- Existe una tercera modalidad de explotación, que es un híbrido o mezcla de los dos sistemas anteriores, que permite escuchar la música al tiempo que se efectúa una copia de la misma.

A continuación hay que hacer referencia a las redes *peer to peer*, P2P, “de amigo a amigo”, o “de igual a igual”. Las principales cuestiones jurídicas que el fenómeno de las redes P2P ha generado son las siguientes: las demandas contra los operadores P2P (ya sean centralizados o descentralizados) y las demandas frente a los usuarios de redes P2P.

Existen tres tipos de sistemas *peer to peer*: centralizados, semicentralizados y descentralizados.

### 1. Centralizados

Los usuarios que quieren cambiar música se conectan entre sí a través de un servidor central administrado por la red P2P, a través del cual pueden buscar las canciones que les interesan. Cada ordenador es servidor y cliente a la vez. Cada uno de los ordenadores miembros de la red P2P es no sólo emisor, sino también receptor de ficheros de música. El usuario solicita una canción al programa y éste se encarga de buscar entre otros internautas conectados en cualquier parte del mundo la canción solicitada, que la guardan en su disco duro. Se tiene acceso a las carpetas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado el programa P2P. El servidor P2P no incluye ninguna canción, lo único que hace es funcionar como un puente entre dos ordenadores conectados a Internet.

### 2. Descentralizados

Los usuarios pueden conectarse entre sí sin que sea preciso utilizar un servidor u ordenador central que haga de intermediario. Por ello, a diferencia de los sistemas centralizados, si un ordenador falla o se estropea, el sistema no se ve afectado.

En los sistemas descentralizados, al contrario de lo que sucede con los sistemas centralizados, no existe un sistema de índice central con las canciones que están en la red, sino que el programa busca la canción en los ordenadores que están conectados en ese momento, y cuando la encuentra, comienza la transferencia de un usuario a otro.

El problema de los sistemas centralizados es que cualquier ataque que se produjese a dicho servidor implicaría la anulación de todas las operaciones. Esta vulnerabilidad de las redes con un servidor central (porque basta con cerrar el servidor para que se bloquee todo el sistema) se evita con las redes descentralizadas, aunque en ellas la búsqueda y transferencia es menos eficiente.

### 3. Semicentralizados

De lo anterior se deduce que los mejores sistemas son los semicentralizados, que han asumido las ventajas de los anteriores sistemas, consiguiendo un equilibrio entre resistencia a ataques y eficiencia. Con el sistema semidescentralizado y el descentralizado no existe un servidor central que permita la interconexión y el intercambio de archivos, por lo que basta con descargarse el programa en el ordenador que permitirá intercambiar archivos musicales, y además no hay un servidor que cerrar ni una entidad que se pueda perseguir legalmente.

Pero además hay un modelo o sistema que podría calificarse como **privado**: se produce cuando hay un intercambio de ficheros a través del correo electrónico, mediante un programa de correo electrónico, como el *Outlook*. El intercambio se realiza de forma individual, desde un ordenador a otro, no hay varios usuarios interconectados, ni un sitio Web para hacer descargas, sino que existe sólo una comunicación directa entre usuarios individuales sin ninguna intermediación.

## III. CASO NAPSTER

Resulta tremendamente clarificador el estudio del caso *Napster* por ser el primer programa P2P que fue cuestionado ante los Tribunales.

En 1999 un estudiante norteamericano de 19 años de edad, llamado Shawn Fanning creó una aplicación destinada al intercambio de archivos de MP3, primero entre un círculo reducido de amigos, pero rápidamente se extendió, pues era la forma

más fácil y barata de obtener canciones en formato MP3 a través de Internet. Era el programa *Napster*<sup>5</sup>. En este servidor los archivos no se almacenaban por el prestador de servicios de la sociedad de la información, sino que se intercambiaban desde los discos duros de los ordenadores de los usuarios, por lo que resultaba muy difícil perseguir todos los actos ilícitos, debido al gran número de usuarios que utilizaban el programa *Napster*.

Hay que tener en cuenta que estos archivos MP3 que circulan a través de las redes P2P en su gran mayoría son obras protegidas por los derechos de autor. *Napster* no vendía directamente los archivos de MP3, sino que permitía la transmisión de archivos de música MP3 entre sus usuarios a través del proceso P2P, transfiriéndose copias exactas de los archivos de un usuario a otro a través de Internet de forma gratuita. El usuario debía descargarse el programa de *software* en su ordenador personal que proporcionaba *Napster*. Automáticamente el programa creaba en el disco duro del ordenador una carpeta llamada “music”, y cuando el usuario abría el programa, podía acceder a la música de otros usuarios que estaban conectados y que tenían también esa carpeta “music”. El programa le ayudaba a buscar la canción que quería a través de un potente buscador, que localizaba las canciones por título y por autor, mostrando quiénes de los usuarios conectados en ese momento tenía las canciones, señalaba qué usuario era más conveniente para efectuar la transferencia más rápida, clasificando a cada usuario con color rojo, amarillo o verde, dependiendo de su velocidad de conexión, y trasfirió copias de un archivo MP3 a otro ordenador a través del *peer to peer*. El problema en principio es que la búsqueda de las canciones que se querían conseguir dependía de los usuarios que en cada momento se encontrasen conectados, pero esto no suponía ningún inconveniente, pues el número de usuarios que habitualmente usaban este programa era bastante elevado, por lo que en la práctica se encontraban siempre las canciones que se buscaban.

---

<sup>5</sup> Sobre el caso *Napster* vid. más ampliamente RAMOS SUÁREZ, F: “Legalidad o ilegalidad de los Programas o Software de búsquedas de archivos de música en Internet”, AR: Revista de Derecho informático, nº 52, noviembre 2002; VILLALBA DIAZ, F. A.: “Algunos aspectos sobre los derechos de autor en Internet”, AR: Revista de Derecho Informático, nº 31, febrero 2001; IGLESIAS LOZANO, I.: “Situación actual del sector de la música en España”, ICE, Economía de la cultura, nº 792, junio-julio 2001; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*, Comares, Granada, 2005, pp. 235 y ss.

A pesar de ello, se producía un intercambio ilegal de música en la red, infringiendo el derecho de reproducción y el derecho de distribución, pues no se hacía ningún desembolso en concepto de derechos de autor, reduciéndose notablemente la venta de CDs originales, pues se podía escuchar y guardar las canciones de forma gratuita, por lo que en diciembre de 1999 la *Recording Industry Association of America* (RIAA), que agrupaba a las compañías discográficas de EEUU, demandó a *Napster.com*, solicitando 100.000 dólares por cada descarga de un tema protegido por las leyes de *copyright*, ya que permitía intercambiar ficheros de música MP3 a sus usuarios a través de Internet de forma gratuita y sencilla<sup>6</sup>. Pero no sólo se pedía una indemnización, sino que se impusiera a *Napster* la obligación de cesar en su actividad de distribuir obras musicales protegidas por los derechos de autor sin el consentimiento de sus titulares. Por ello se creó una gran expectación de este caso, pues la resolución de este conflicto era de vital importancia para el futuro tratamiento de los derechos de autor en la Red.

*Napster* argumentó las líneas de su defensa en el sentido de que sólo era un proveedor, poniendo en contacto a los usuarios, pero no realizaba copias de los archivos de MP3 ni tampoco los difundía. No almacenaba las canciones. Sólo era un intermediario que suministraba un *software* con el que los usuarios sí realizaban una actividad ilícita, pero no *Napster*. Los usuarios no intercambiaban dinero entre ellos, ni *Napster* competía en el mercado discográfico del mismo modo que lo hacían las copias piratas. Se consideraba que era lo mismo que grabar en una cassette una canción difundida en la radio, pero esto no es cierto, ya que las entidades de radiodifusión pagan a las sociedades de gestión colectiva y a las compañías discográficas por la explotación que hacen de las obras protegidas por el derecho de autor. Así, este argumento no podía sostenerse, pues *Napster* era responsable de un acto ilícito si contribuía a su realización, ya que sin el *software* de *Napster*, ningún usuario podía

---

<sup>6</sup> No obstante, no todos eran detractores de *Napster*, pues incluso artistas, como U2, Prince, Smushing Pumpkins, Red Hot Chili Peppers, Alanis Morissette, Public Enemy, Def Leopard o Petter Gabriel se mostraban a favor de *Napster*, pues consideran que supone una mejor remuneración para los artistas y una pérdida del predominio de las grandes discográficas. En el mismo sentido se mostraba a favor de *Napster* Peter Gabriel, quien consideraba que aunque la distribución de su música a través de Internet sea ilegal, ha aumentado la afluencia de público a sus conciertos, por lo que ha obtenido más beneficios que los que recibe por la venta de sus canciones, ya que las empresas discográficas son las que reciben la mayor parte de las ganancias y un porcentaje muy reducido queda para los autores. Por el contrario, se querellaron contra *Napster* Paul Maccartney y Metálica.

acceder al disco duro del resto de los usuarios para bajarse las canciones. Además, *Napster* facilitaba apoyo técnico para catalogar y buscar los productos y archivos MP3 a través de Internet, creando incluso un Chat para que los usuarios manifestaran sus opiniones sobre la música, y señalaba cuál de los usuarios conectados era el más conveniente para hacer la descarga de la canción por el tiempo de conexión, la cercanía, etc.

También los abogados de *Napster* defendían que se trataba de un supuesto similar al famoso caso *Betamax*, en el que en los años 70 en EEUU se demandó a la compañía Sony por entender que se vulneraban los derechos de propiedad intelectual al permitirse grabar con un vídeo doméstico *Betamax* películas, programas de televisión, etc. Sin embargo en este caso el TS norteamericano señaló que la reproducción doméstica de este tipo de obras no violaba ningún derecho de propiedad intelectual, pues los aparatos de vídeo permiten grabar, pero no son considerados responsables de lo que los usuarios realicen. El TS entendió que “una nueva tecnología que puede ser utilizada para la piratería u otras violaciones del copyright no puede ser prohibida mientras tengan sustanciales usos no ilegales”. Se permitía el sistema *Betamax* siempre que el uso principal fuera lícito y se compensase económicamente a los titulares de los derechos de autor. *Napster* pretendía que se aplicase este argumento a su caso, por utilizar una tecnología que tiene algún uso legal.

Sin embargo, el programa *Napster* no funciona de esta manera, sino que ampara prácticas ilegales, y *Napster* era responsable de todos los ficheros que circulaban porque se hacía a través de su servidor.

Además *Napster* sí se lucraba con su servicio, pues aunque no cobraba a los usuarios por sus servicios (por los intercambios que efectuaban los usuarios), obtenía ganancias muy cuantiosas por otros medios, concretamente a través de la publicidad y los *banners* que aparecía en su *website*. Por tanto indirectamente se estaba lucrando con las obras musicales al cobrar la publicidad que aparecía en su página Web.

Es por ello por lo que la justicia norteamericana consideró a *Napster* responsable subsidiario de la actuación de los usuarios, al conocer la actividad ilegal y contribuir a ella. Pero el proceso no llegó a su fin, ya que *Napster* fue adquirida por una de las empresas demandantes, concretamente una empresa alemana (*Beterlsmann*)



y en la actualidad es un servicio de pago, pues los usuarios tienen que suscribirse, satisfaciendo con ello los derechos de propiedad intelectual de los artistas, y permite sólo la descarga de obras licenciadas.

Así, *Napster* finalmente tuvo que llegar a un acuerdo con las compañías discográficas a través del cual compró los derechos de las canciones, por lo que se vio obligado a cobrar a los usuarios una cuota mensual por utilizar el programa o una copia por cada canción que descargasen. Sin embargo, como era de imaginar, esta solución para *Napster* no fue rentable, ya que surgieron otros programas P2P que conseguían eludir la legislación infringida por *Napster* y que resultaban más económicos para los usuarios, por lo que se produjo la huida de los usuarios de *Napster* a otros programas. De hecho en la actualidad a pesar de seguir existiendo dicho portal en la Web, ya no es tan rentable.

Estos nuevos programas que surgieron (*Winmx*, *soul seek*, *Gnutella*, *audiogalaxy*, *aimster*, *grecstok*, *streamcast*, *MusicCity*, *Scour*, *Freenet*, *eMule*, *KazaA*, etc.) burlaban la ilegalidad de *Napster*, pues conectaban a los usuarios pero no dejaban rastro en los servidores al ser sistemas descentralizados o semicentralizados. Además, *Napster* permitía sólo el intercambio de canciones, mientras que en *eMule*, por ejemplo, se pueden descargar películas. Estos nuevos programas permiten el intercambio de canciones de forma anónima, al operar sin ningún control central, imposibilitando que se persiga el hecho ilícito realizado. Los usuarios pueden conectarse directamente entre ellos sin necesidad de acceder a través de ningún portal. Estos sistemas no necesitan de un servidor central, siendo más rápido, y permite un mayor número de usuarios al mismo tiempo.

De hecho, los sistemas descentralizados P2P fueron demandados también en EEUU por las empresas discográficas, pero fueron absueltos tanto en primera como en segunda instancia, por la existencia de un 10% de usos lícitos, con el posterior intercambio de archivos lícitos entre los usuarios, y porque contra estos operadores P2P, a diferencia de lo que sucedía con *Napster*, no se podía hacer nada para impedir los actos ilícitos, pues aunque desactivasen todos sus ordenadores, los usuarios podrían continuar intercambiando archivos. El problema está en si existiría una obligación de diseñar programas P2P que permitiesen el control del intercambio de autorizado de archivos, pues parece que premeditadamente los sistemas descentralizados

creaban voluntariamente un *software* P2P que no tenía en cuenta las vulneraciones de los derechos de autor<sup>7</sup>.

#### IV. CASO WEBLISTEN

Acabamos de ver el caso *Napster*. Pero vamos a ver que también en nuestro país los titulares de derechos de autor han demandado a los responsables de los sistemas P2P. En efecto, por lo que a la jurisprudencia española se refiere, varias resoluciones de nuestros tribunales se han pronunciado y han condenado a una empresa que vendía canciones a los consumidores a través de Internet, concretamente *Weblisten*.

El modo de operar de *Weblisten* era muy similar al de *Napster*, pues el usuario podía descargarse las canciones ofrecidas en el catálogo de *Weblisten*, para lo cual previamente debía adquirir un bono para poder comprar las canciones. Existía la posibilidad de comprar un bono mensual con el que se podían bajar todas las canciones que se quisieran, por el precio de 4.900 ptas., así como un bono weekend, por el precio de 595 ptas. Existían otros bonos según el número de canciones que el usuario se descargase: bono de 500 ptas. para 12 canciones; bono de 1.000 ptas. para 30 canciones; bono de 2.500 ptas. para 100 canciones, y bono de 5.000 ptas. para 225 canciones. Las canciones que se bajaban de *Weblisten* se descargaban en el disco duro del ordenador del usuario y podía escucharlas tantas veces como quisiera.

Sobre esta cuestión, la **SAP de Madrid de 16 de julio de 2004**<sup>8</sup> confirma la sentencia de primera instancia y considera que la sociedad *Weblisten*, dedicada a la actividad de reproducir y poner a disposición del público, a través de su página Web, las grabaciones musicales del repertorio de una discográfica, incurre en una infracción de los derechos de propiedad intelectual así como una conducta de competencia desleal, y por ello condena a la demandada a cesar en su actividad y a indemnizar los daños y perjuicios acreditados, así como a informar de esa condena en su página Web, con inserción de un enlace al texto íntegro de la sentencia.

---

<sup>7</sup> Vid. más ampliamente en este sentido sobre los sistemas descentralizados GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P)”, Pe. i.: Revista de propiedad intelectual, nº 18, 2004, pp. 33 y ss.

<sup>8</sup> Base de Datos La Ley 513855/2004.

En efecto, supone una competencia desleal, de acuerdo con el artículo 11.2 de la Ley de competencia desleal, ya que su actividad comporta “*un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno*”, que poco tiene que ver con el principio sociopolítico del libre acceso a la cultura. “*La demandada, para tratar de excluir de la comparación el factor de concurrencia en el mercado y salvarse del calificativo de desleal, alega que sus actividades son completamente distintas de las de la demandante —una empresa discográfica—. Y en cierto modo lleva razón, porque mientras que la demandante tiene que llevar a cabo una serie de importantes tareas —contratación de autores, intérpretes, técnicos, locales, máquinas, materias primas, etc. — hasta llegar al producto final del disco, dispuesto para su distribución y comercialización, la demandada inicia su trabajo bastante más tarde cuando —por así decirlo— el pan ya está cocido y solo resta ponerlo a la venta. Sería ingenuo pensar que las empresas discográficas producen los discos para que otros —que no tienen que amortizar los gastos de inversiones que aquéllas han tenido que afrontar— se lleven de manera fácil los beneficios de aquel trabajo sin un esfuerzo especial y con el atractivo de una puesta a disposición de ese producto a bajo precio. Por tanto, aunque es cierto que la demandada no es competidor de la actora en el sentido estricto del término, concurre con ella en el mercado utilizando una línea de trabajo que la Ley trata de borrar. El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno*”.

Es decir, la demandada *Weblisten* se beneficiaba de la actividad de promoción y publicidad llevada a cabo por las productoras de fonogramas, para ofrecer la adquisición de los mismos fonogramas, aunque en un formato distinto, a un precio inferior al coste del CD y en unas condiciones más desventajosas para aquéllas, pues los costes de producción y promoción soportado por las productoras no los tienen estas páginas Web.

Lo mismo se considera en la **SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2006**<sup>9</sup>, que condena a la sociedad propietaria de las webs [www.conectamp3.com](http://www.conectamp3.com),

---

<sup>9</sup> JUR 2007\30923. “De esta forma, la demandada entra en concurrencia con las productoras en la venta de estos mismos fonogramas, cuyo coste de producción y promoción ha recaído exclusivamente sobre dichas productoras, ofreciendo su adquisición en unas condiciones económicas que le colocan en una posición ventajosa respecto de aquéllas, quienes, por haber soportado los gastos de producción y promoción, ofertan los fonogramas a un precio superior y en unas condiciones desfavorables, pues el comprador para adquirir las canciones más exitosas tiene que comprar el resto de las que componen el CD”.

www.redmp3.com, www.servidormp3.com y www.red-mp3.com, condenándoles a cesar en su actividad prohibiéndoles su realización en el futuro, y a pagar una serie de indemnizaciones a las productoras, así como a publicar el fallo de la sentencia en sus páginas Web durante un periodo de dos meses, no siendo necesario acudir a la publicidad en la prensa escrita como pretendían las demandantes porque la conducta infractora no ha tenido otra difusión que la que permite el acceso a aquellos sitios Web.

Tal y como argumenta la **AP de Madrid en la sentencia de 16 de julio de 2004**, se considera que se vulneran los derechos de propiedad intelectual porque *“con una sola copia (suponemos que comprada) de los distintos productos de la actora, la apelante lleva a cabo un tipo de reproducción que permite hacer llegar el contenido de aquellos productos por vía Internet a múltiples usuarios. Por poner una comparación, es como si el titular de un comercio de discos comprara un solo ejemplar de un determinado disco, hiciera multitud de copias en una copiadora de CDs, y con el correspondiente envasado los pusiera a la venta, consiguiendo así vender centenares de CDs mediante la compra inicial de uno solo”*. Además, *Weblisten* no contaba con la autorización de los titulares del derecho de propiedad intelectual para realizar tareas de reproducción o de comunicación pública (mediante su colocación en Internet) de las canciones, es decir, no contaba con la autorización de las productoras discográficas.

Y también se condenó a *Weblisten* por una demanda interpuesta por la falta de autorización de la productora de las canciones en la **SAP de Barcelona de 27 de junio de 2002**<sup>10</sup>. Y ello porque poner a disposición de los usuarios de la red que entran en su Web los fonogramas y autorizar la reproducción a quien lo solicite mediante una retribución económica, sin recabar la autorización de las productoras de los fonogramas, viola los derechos exclusivos que les reconocen a estas últimas los artículos 115 y siguientes de la LPI. En esta Sentencia, la AP considera que la transformación y digitalización de un fonograma en formato MP3 es un acto de reproducción, pues *“reproducir la obra es fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines”*.

Asimismo, se condenó penalmente a varias personas encargadas del sitio *Weblisten* por un delito de defraudación de la propiedad intelectual previsto y penado en

---

<sup>10</sup> AC 2002\1551.

el artículo 270.1 del CP a la pena de seis meses de multa a razón de 5,5 euros diarios, así como la clausura de las páginas Web de *Weblisten* (**Sentencias del Juzgado de lo penal de la Comunidad de Madrid de 31 de mayo de 2005**)<sup>11</sup>.

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS DE LAS REDES P2P

El caballo de batalla contra las descargas de música en Internet no acaba aquí, pues también se han producido intentos de exigir responsabilidad a los usuarios de los programas P2P. Y ello porque los usuarios realizan dos actos que están reservados en exclusiva por la LPI a los titulares de los derechos de autor: la reproducción y la comunicación pública (artículos 18 y 20 de la LPI, respectivamente).

Puesto que los sistemas P2P ponen a disposición de los usuarios los medios para que realicen la reproducción y comunicación pública, las compañías discográficas se dirigen directamente a los usuarios del sistema, pues quienes se sirven de esos sistemas *peer to peer* para obtener copias de obras protegidas, infringen derechos de autor, por lo que pueden ser procesados civil y penalmente.

En Internet con las descargas de música *on line* es muy difícil ejercer un control del uso de las obras protegidas por el Derecho de autor. Y es que aunque los usuarios realicen o intercambien canciones para uso privado sin ánimo de lucro, para los titulares de derechos de propiedad intelectual esto constituye una violación de sus derechos y un grave peligro.

No obstante también hay que tener presente que con los programas P2P es posible que el autor haya puesto libremente en la red otros archivos, por lo que el tráfico en estos casos sería legal.

Así las cosas, además de demandar a los titulares de los sistemas P2P, en países de nuestro entorno se ha demandado a los usuarios de las redes P2P. En EEUU, a pesar de que en un principio los Tribunales se mostraron reticentes a pedir a los operadores de redes que facilitasen los datos de sus clientes, se consideró que cualquier prestador debe facilitar la identidad de sus usuarios cuando se presenten pruebas suficientes de que se han descargado una importante cantidad de obras protegidas a través de las redes P2P. Y en otros países europeos, como Italia, Dinamarca o Alema-

---

<sup>11</sup> JUR 2005\148916 y JUR 2005\135812.

nia, se han iniciado demandas civiles contra usuarios individuales de redes P2P por intercambio de archivos musicales. Incluso en Francia, se ha condenado penalmente a usuarios individuales por intercambiar ficheros audiovisuales en Internet (Sentencia del *Tribunal de Grande Instance de Vannes* de 29 de abril de 2004). En este caso, se realizó un registro domiciliario y se halló en el disco duro del ordenador de uno de los usuarios 198 CDs puestos a disposición de los usuarios en la “carpetita compartida” de *Kazaa*. Por ello, el Tribunal francés condenó a cinco de los usuarios por un delito de reproducción ilícita a penas que van entre los 2.000 y los 5.800 euros y al que compartía las 198 películas en la red P2P a tres meses de prisión<sup>12</sup>.

Hay que tener presente que para poder demandar a un usuario de una red P2P es preciso conocer su identidad, pues normalmente en la red se opera por medio de seudónimos o de forma anónima. Se deben solicitar los datos personales a los prestadores de acceso y operadores de redes, gracias a la dirección IP. En España, los operadores tienen obligación de comunicar las identidades de sus usuarios de acuerdo con el artículo 12.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, pues aunque en un primer momento pudiera parecer inconstitucional, no lo es, ya que no es excesivo obligar a los operadores de redes a que proporcionen el nombre de los clientes que violan la propiedad intelectual a través de las redes P2P<sup>13</sup>.

Y aunque se refiere sólo a la obligación de suministrar los datos en los casos de investigaciones criminales o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional (artículo 12.3), poniéndose a disposición de los tribunales o del Ministerio fiscal que así los requieran, es también aplicable a los ilícitos civiles<sup>14</sup>.

Por tanto, para poder demandar al usuario de una red P2P es necesario que los titulares de los derechos de autor logren identificar al usuario. Tarea difícil y costosa. Para ello es imprescindible acudir a los proveedores de acceso (Telefónica, Ono, etc.), que como acabo de señalar pueden identificar al usuario a través de la dirección IP del ordenador del usuario que realiza el acto ilícito. Una vez que tiene la dirección

---

<sup>12</sup> Vid. más ampliamente GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., pp. 253 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., pp. 271 y 272.

<sup>14</sup> Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., p. 272.

IP debe localizar al proveedor de acceso para que revele la identidad del usuario de esa dirección<sup>15</sup>.

Otra cuestión que debe considerarse es si los servidores P2P son responsables de las actividades delictivas o ilegales que cometan los usuarios. La Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de Comercio Electrónico y los artículos 13 y siguientes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, consideran que estos servidores son responsables siempre y cuando:

- Tengan conocimiento de la realización de actividades ilícitas a través de sus programas.
- Cuando intervengan de forma activa en su comisión.
- También cuando impidan el control sobre los contenidos. Por lo que este tipo de servidores sí serían responsables.

De esta manera, el prestador de servicios de Internet desde que tenga conocimiento del hecho ilícito está obligado a retirar los datos de su servidor o hacer que el acceso a ellos sea imposible, para evitar que los usuarios realicen copias de ficheros MP3. Haciéndoles responder a estos servidores es más fácil conseguir la reparación de los daños causados que si hubiera que acudir a los usuarios particulares.

Además, las redes P2P son responsables porque realizan una comunicación pública (artículo 20 i) LPI), como se verá posteriormente.

## **VI. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ÚLTIMAS REFORMAS**

El vigente texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y ha sido modificado recientemente por la LEC 1/2000 (se trata de modificaciones estrictamente de tipo procesal) y por las Leyes 19/2006, de 5 de julio por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para

---

<sup>15</sup> Aquí también surgirían problemas con la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, pues de acuerdo con el artículo 11 de la ley no se pueden entregar datos de carácter personal de un usuario, entre otras circunstancias, salvo que lo establezca una ley o que el destinatario sea un juez o tribunal en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, por lo que introduce importantes modificaciones en la LEC (esta Ley responde a la transposición de la directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y conocida comúnmente como Directiva antipiratería) y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con el objeto de incorporar al Derecho español la Directiva comunitaria 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información<sup>16</sup>.

Por lo que aquí interesa, la Ley 23/2006 ha modificado los artículos 18, 19 y 20 de la LPI, que tratan la reproducción, la distribución y la comunicación pública. Se modifica también el artículo 25 relativo a la compensación equitativa de copia privada, y el artículo 31.2 de la LPI que regula el límite de copia privada.

## **VII. FACULTAD DE REPRODUCCIÓN Y COPIA PRIVADA**

Tanto la reforma de la copia privada como de su sistema de compensación han sido una de las cuestiones que más problemas ha planteado durante la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006, de 7 de julio, debido sobre todo a la importancia económica que tiene en la era digital. Al respecto, tal y como señala el preámbulo de la Ley 23/2006, se ha pretendido encontrar un punto de equilibrio que trate de armonizar los intereses en juego existentes.

Tras la reforma, la excepción de copia privada se regula en el artículo 31.2 de la LPI. Este precepto prevé una excepción, ya que permite reproducciones de las obras para uso privado, siempre que exista una compensación adecuada. Dicha compensación adecuada se regula en el artículo 25 LPI y se verá en el siguiente epígrafe.

Una cuestión trascendental es determinar la diferencia entre lo que es una copia privada y lo que no lo es. La copia privada se introdujo en nuestra LPI para le-

---

<sup>16</sup> Hay que recordar que como en otras ocasiones anteriores, el legislador español no ha transpuesto la Directiva en el plazo de tiempo que tenía, pues debía haberse llevado a cabo antes del 22 de diciembre de 2002. Ni que decir tiene que uno de los puntos más controvertidos a lo largo de la tramitación parlamentaria es el denominado canon por copia privada y la diferenciación de tratamiento jurídico de los entornos analógico y digital.



galizar una situación generalizada en nuestra sociedad, que era la copia no autorizada para uso privado de las obras intelectuales. Por lo que a la música se refiere, se trataba de las copias que se realizaban en cassette y que se pasaban a amigos. Se trata de una práctica socialmente admitida y además hay que tener en cuenta que a su favor juega el derecho de acceso a la cultura. El problema surge porque cuando aparece Internet estas copias se generalizan y se pone en peligro los cuantiosos beneficios de las industrias discográficas, las cuales apelan a los diferentes gobiernos para que reformen la normativa existente sobre propiedad intelectual y se adapte a las nuevas exigencias nacidas de la sociedad de la información.

El actual artículo 18 LPI determina que *“se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*. Con esta nueva redacción, pretende darse cabida a los sistemas P2P.

El supuesto del *download* de archivos musicales en formato MP3 a través de programas de ordenador plantea problemas con la copia privada, pues uno de los derechos más importantes que se le confieren al autor por el Derecho de propiedad intelectual es el de reproducción. Y es que la descarga de canciones por parte del usuario de programas P2P podría vulnerar la excepción de copia privada del artículo 31.2 de la LPI, pues el concepto de copia privada excluye la utilización colectiva y lucrativa. Por tanto, surgen dudas sobre si la copia privada realizada por los usuarios a partir de canciones de otros está cubierta por la excepción del artículo 31.2 de la LPI. Es decir, las dudas surgen sobre si la excepción de copia privada es aplicable o no al intercambio de ficheros a través de las redes P2P.

Para un sector doctrinal y para las discográficas, productoras, etc., las descargas de música a través de Internet con los sistemas P2P son ilegales, pues se considera que el derecho de copia privada supone que la reproducción no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Sin embargo, consideran que en el intercambio de música a través de las redes P2P se pone a disposición de un número indefinido de usuarios una obra, por lo que no se cumplirían los requisitos de copia privada.

Entienden que se trata de un acto de puesta a disposición, que es un derecho de explotación que les corresponde a los autores y a los titulares de derechos de pro-

propiedad intelectual, por lo que las descargas suponen un atentado contra los derechos de estos titulares, pues sin autorización de estos, se ponen a disposición las obras para un uso colectivo, que nada tiene que ver con el derecho de copia privada.

Para otro sector doctrinal y para las redes P2P y sus usuarios, las descargas de música a través de las redes P2P sí estarían incluidas dentro del derecho de copia privada, por lo que serían legales.

Así, aunque la regla general establecida en la Ley es que el ejercicio de los derechos de explotación están reservados a favor del autor, se establecen una serie de límites o excepciones a este principio en los artículos 31 y siguientes, pues se considera que en algunos casos conflictivos el interés privado debe sacrificarse en beneficio de los intereses generales de la comunidad<sup>17</sup>.

El artículo 31.2 LPI preceptúa que *“no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25 (...)”*. Por tanto se permite hacer copias privadas sin autorización del autor.

A continuación me voy a referir a las características que debe tener una reproducción concreta para que pueda ser considerada como privada a los efectos del artículo 31.2 LPI.

1. En primer lugar el precepto se refiere a **“las reproducciones en cualquier soporte”**, por lo que comprende tanto las copias analógicas como las digitales. Es decir, la nueva regulación de la copia privada da cabida a la efectuada mediante mecanismos digitales.

2. Cuando se refiere a **“la autorización del autor”**, hay que considerarla extensible también a los “demás titulares de derechos afines a los derechos de autor”, por haberlo considerado así reiterada jurisprudencia y la doctrina<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 6ª ed., 2006, p. 285.

<sup>18</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros: *Las reformas de la Ley de propiedad intelectual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 130.

3. En tercer lugar, el artículo 31.2 LPI exige que la reproducción sea efectuada por una **persona física**, suprimiéndose la mención al “copista” que se recogía en la redacción anterior del precepto.

En efecto, uno de los aciertos de la reforma de este precepto en virtud de la Ley 23/2006 es que ya no se utiliza el término “copista” como en la redacción anterior, pues se había abierto un amplio debate doctrinal sobre quién debía ser considerado como tal. Por tanto, de acuerdo con la redacción actual, copia privada es aquella realizada por una persona física para su uso propio y personal, por lo que las personas jurídicas no pueden efectuar copias privadas.

4. La copia obtenida **no** puede ser objeto de **utilización colectiva**. Tiene que realizarse para **uso privado**. Es un hecho constatado en la práctica que resulta totalmente imposible la prohibición de realizar copias privadas de discos o de canciones. Es decir, se acepta la realización de copias privadas para fines particulares porque técnicamente es muy difícil controlar este tipo de actividad. Por ello, se permite que cualquier persona las realice sin contar con la autorización del autor. Pero sólo se permiten las copias privadas y personales, por lo que no pueden hacerse copias para utilización colectiva y lucrativa.

De lo que se trata es que esa persona física destine la reproducción para su uso privado. Así, no sería uso privado si lo destina para reproducirla en su empresa o en su lugar de trabajo y tampoco habría copia privada en los casos de reproducciones que se hacen en lugares abiertos al público (cibercafés).

No obstante, dentro del concepto de uso privado sí hay que incluir las reproducciones que se realicen dentro del círculo familiar o cuasi familiar<sup>19</sup>.

De todo lo anterior se deduce que el uso privado es algo distinto y más amplio que el uso personal. No es privado en los casos en los que una pluralidad de personas fuera del ámbito estrictamente doméstico puede acceder a la obra.

Por ello, la reproducción de copias para su distribución, ya sea onerosa o gratuita, a un número indeterminado de personas ajenas al círculo familiar o cuasi familiar supone que no pueda darse la excepción de copia para uso privado. Y ello a pesar de que la copia no se ofrezca al público en general.

---

<sup>19</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros: *Las reformas...*, cit., p. 131.

Es decir, el número de copias no puede ser ilimitado, pues se prohíbe en el artículo 31.2 la utilización colectiva de las mismas. Pero, ¿qué cantidad de copias se permite? La doctrina española ha señalado que del artículo 31.2 LPI podría deducirse que, a partir de un determinado número de copias, las copias obtenidas no satisfacen un uso privado, pero no han fijado un número concreto. En este sentido, la jurisprudencia alemana ha entendido que no debe superar un máximo de siete, aunque algún autor alemán ha considerado que es mejor rebajarlo a la cantidad de tres, mientras que otros estiman que en algunas circunstancias puede ser incluso mayor<sup>20</sup>. Se trata de una carencia o déficit de la ley, por lo que habría sido muy conveniente que el legislador se hubiera pronunciado expresamente al respecto.

**5.** Se considera que no son copias privadas aquellas reproducciones destinadas a un **“uso lucrativo”**.

El uso lucrativo no puede considerarse existente en los casos en los que se descargue música a través de Internet alegando que existe ahorro del coste de adquirir un ejemplar original, pues si así se entendiera, la excepción del artículo 31.2 LPI quedaría vacía de contenido. Es decir, el ánimo de lucro implica que no se obtenga cualquier rendimiento patrimonial. Así, no habrá ánimo de lucro cuando una persona se baje música de Internet y facilite sus propias copias a otros usuarios de la red de forma gratuita. Pero no habría excepción de copia privada porque hay utilización colectiva. No obstante, sobre esta cuestión volveré cuando me refiera al tratamiento penal de esta cuestión.

**6.** Establece el artículo 31.2 de la LPI que es requisito imprescindible que la reproducción se realice **“a partir de obras a las que se haya accedido legalmente”**. Nos encontramos con el requisito del “acceso legal”, que constituye la novedad más importante de la reforma y el punto más problemático.

El problema se encuentra en la ambigüedad de esta expresión. Parece que quiere decir que debe partirse del original, pero al mismo tiempo no se atreve a decirlo expresamente.

---

<sup>20</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: “Napster: “copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet”, Pe. i.: Revista de propiedad intelectual, nº 6, 2000, p. 72; CRUZ RIVERO, D.: “Distribución de música a través de Internet. ¿Lucro o copia privada? (A propósito de la Sentencia 309/06, de 14 de julio de 2006, del Juzgado de lo penal nº 3 de Santander)”, Revista de la Contratación Electrónica, nº 76, 2006, p. 55.

Al respecto, los usuarios argumentan que no se puede demostrar que al bajarse música de Internet se consiga un lucro con ello, pues realmente es un ánimo de ahorro, no previsto en la ley; y tampoco podría demostrarse el perjuicio para tercero, porque no se puede probar que el usuario hubiera comprado el disco en la tienda, por lo que a la discográfica y a la SGAE no se le habría perjudicado.

El problema del “acceso legal” es que no se puede controlar si realmente ha existido un acceso legal a la obra<sup>21</sup>.

No obstante, de acuerdo con el tenor del precepto, la legalidad o ilegalidad depende del modo en el que la persona física que hace la reproducción accede a la obra musical.

Ahora bien, a primera vista si los archivos han sido puestos ilícitamente en la red P2P, parece que el legislador entiende que no se tiene acceso legal, por lo que no podría realizarse una copia para uso privado. Y lo mismo sucedería en los casos de descargas a partir de un sitio Web ilegal. Pero si el usuario en estos dos casos se limita a guardarlas para su uso personal, no poniéndolas a disposición del público, ¿serían copia privadas? La doctrina ha considerado que sí, porque el soporte a partir del cual se haga la copia puede ser ilícito, pero el acceso a dicho soporte es legal, pues se ha abonado la cuota de acceso a Internet, y no hay una ulterior puesta a disposición del público, al no almacenarlo en la carpeta compartida con el resto de los usuarios<sup>22</sup>.

Pero el grado de conocimiento del que realiza la copia es trascendental, pues sólo habrá acceso legal a la obra cuando se ignore que ha sido puesta en el mercado ilícitamente. Es decir, si el usuario conoce que la copia que está realizando proviene de un sitio web ilegal o ha sido colgada ilegalmente en la red, no habrá excepción de copia privada.

Asimismo, antes de la reforma también se llegaba a la misma conclusión por parte de la doctrina más acreditada, que entendía que “*es irrelevante que la copia se haga de un original al que se tenga acceso lícito o no*”, pues se ampara en la excepción de copia privada<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “Y no parece una buena idea aprobar leyes que en la práctica no se pueden hacer cumplir”. Vid. en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros: *Las reformas...*, cit., p. 136.

<sup>22</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros: *Las reformas...*, cit., pp. 134 y 135.

<sup>23</sup> Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., p. 261.

De lo anterior se deduce que cuando una persona a través de una red P2P comparte música con otros usuarios de la red, no existe copia privada, ya que las reproducciones se están ofreciendo al público, hay un acto de puesta a disposición. Las reproducciones no son para uso privado, sino que se almacenan en una parte del ordenador que está abierto a los demás usuarios para que se pueda continuar la cadena de transmisión, por lo que hay un uso colectivo, se sobrepasa el ámbito privado.

Por tanto, hay que diferenciar la actividad de descargar música de la red P2P, en la que el usuario actúa como cliente, de cuando actúa como servidor, porque transmite a otros archivos de su repertorio personal. En este último caso se vulnerarían los derechos de propiedad intelectual, pero si el usuario no tiene una carpeta para compartir con el resto de los usuarios de la red P2P habría copia privada.

## VIII. LA COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA

El derecho de compensación por copia privada ha sido objeto de reforma con la nueva redacción del artículo 25 LPI, así como por la inclusión de un régimen transitorio para la compensación en el ámbito digital que se establece en la Disposición Transitoria única de la Ley 23/2006<sup>24</sup>.

El artículo 25 de la LPI recoge la compensación equitativa por copia privada, y señala que *“la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes”*.

En este sentido, es posible que al autor o intérprete se le otorgue una remuneración por existir un límite a alguna de sus facultades de explotación. Tal cir-

---

<sup>24</sup> Cuando se cerró este trabajo, estábamos inmersos en el polémico proceso de aprobación de la cuantía del canon digital.

cunstancia sucede en el caso de la remuneración por copia privada. El compositor o intérprete en estos casos no realiza una facultad de explotación de su obra, sino que se compensa lo que dejan de percibir como consecuencia de la reproducción privada de sus canciones.

La Ley 23/2006 ha modificado tanto el artículo 31.2 como el artículo 25 LPI cambiando la expresión “*remuneración equitativa*” por la de “*compensación equitativa*”. El cambio de terminología es acertado. Este cambio se debe a que las cantidades que se perciben por los titulares de derechos de propiedad intelectual tienen como finalidad sustituir los ingresos dejados de percibir por la confección de copia privada. No se trata de un derecho de remuneración, sino una compensación por los derechos dejados de obtener.

Pero la compensación será diferente si se trata de copia privada analógica que si se trata de copia privada digital.

En relación con ello, el artículo 31.2 de la LPI permite que para uso privado cualquier ciudadano pueda reproducir o copiar una canción sin necesidad de solicitar una autorización previa a los titulares de los derechos de autor. A cambio de esta posibilidad es por lo que se prevé en el artículo 25 de la LPI un régimen de compensación para los autores, artistas y productores, que consiste en incorporar un canon al precio de venta de los soportes vírgenes capaces de realizar reproducciones privadas (CDs, DVDs, etc.) o aparatos de reproducción que son susceptibles de grabar o almacenar dichas obras (reproductores MP3).

Pero no deben pagar este canon las conexiones ADSL, pues no son ni equipos ni soportes materiales aptos para la confección o almacenamiento de copias privadas sino que se trata de meras conexiones. Tampoco están sujetos al pago de compensación los discos duros de ordenador, cuestión no exenta de polémica. Se ha optado por considerarlo una excepción al pago de la compensación porque a pesar de que el disco duro sirve para almacenar datos, información y otros contenidos no protegidos, también se utiliza para almacenar copias para uso privado de canciones protegidas por la propiedad intelectual. Sin embargo, en Alemania, por ejemplo, sí se paga una compensación. Por lo que se refiere a los discos duros portátiles, lápices de memoria o *pen drives*, considero que también estarían excluidos de pagar la compensación, por

el mismo argumento que se utiliza para los discos duros de ordenador. Y ello porque no es justo gravar todos los dispositivos que podrían ser idóneos para poder hacer las copias, pues pueden dedicarse a otras finalidades totalmente diferentes.

En cuanto a este derecho de compensación:

1. los acreedores de la compensación, los que van a recibir una remuneración por la copia privada son los autores, los productores de fonogramas y videogramas, y los artistas, intérpretes y ejecutantes (apartado 4 b) del artículo 25 LPI).

2. Los deudores son los fabricantes o los importadores de los soportes o aparatos susceptibles de almacenar, grabar o reproducir las canciones.

3. En cuanto al canon a pagar (no es un impuesto, pues no tiene una función remuneratoria o estrictamente recaudatoria, sino que pretende compensar, que no remunerar, una práctica autorizada por la ley), son diferentes según se trate de aparatos analógicos o digitales (artículo 25, apartados 5 y 6)<sup>25</sup>. Los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales pagarán una compensación que será aprobada por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, con una revisión bienal. El sistema de liquidación es trimestral, coincidiendo con los trimestres naturales.

4. Se establece un listado de equipos y soportes sujetos al canon de copia privada. Evidentemente, no se aplica la remuneración por copia privada a los equipos o soportes que no permitan la grabación de las obras. Pero el canon a pagar será diferente el analógico del digital, cada uno con sus propios criterios y sus modos de determinación.

5. A diferencia de la piratería, que es una conducta ilegal, la copia privada es un modelo de compensación de un daño que está autorizado por la propia ley, por lo que quien copia una obra, satisface el canon y lo hace para su uso privado, no comete un delito. Es una compensación por las copias privadas que el usuario realiza de las creaciones sujetas a la propiedad intelectual.

6. El problema es que el canon se paga aunque no se utilice para vulnerar derechos de propiedad intelectual: CDs que se compran para grabar fotos de viajes, unidades DVD regrabadoras, etc.

---

<sup>25</sup> El canon para las copias digitales es una novedad de la reforma. Pero el canon por copia privada en los sistemas analógicos está vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1987.



7. La compensación se hace efectiva a través de las entidades de gestión, se trata de una gestión colectiva justificada en alcanzar la efectividad plena del derecho de remuneración de copia privada (apartado 8 del artículo 25 de la LPI)<sup>26</sup>.

## IX. LA COMUNICACIÓN PÚBLICA

Acabamos de ver que el derecho de remuneración por copia privada recogido en el artículo 25 de la LPI (redacción Ley 23/2006) es una compensación económica a favor de los artistas y productores por los derechos que dejan de percibir como consecuencia de que la ley limita su derecho de autorizar la reproducción o copia de sus obras, al permitir que los particulares puedan grabar en su ámbito doméstico y para su uso privado sus canciones. Es claro por tanto que no pueden darle un uso comercial.

Sentado lo anterior, los intercambios en la red, ¿pueden calificarse como actos de comunicación pública?

Podría decirse que no existe un público y una accesibilidad instantánea de las obras. Además, hay que tener presente la libertad de comunicación y de confidencialidad de las comunicaciones privadas.

Por ello, sobre esta cuestión se ha considerado antes de la reforma que no se trata de comunicaciones públicas, pues no existe una pluralidad actual o posible de destinatarios, ya que las comunicaciones son exclusivamente entre dos personas, y se realizan sólo cuando ambas están conectadas a la red. Así, las comunicaciones de obras entre particulares serían actos de reproducción. No obstante, se ha considerado también en este sentido que la solución sería la de la calificación de la circulación de obras protegidas en la red como “comunicación pública” de las mismas, aunque se produzca entre dos personas privadas, con lo que se rompería la tradición legislativa<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Las entidades de gestión son organizaciones privadas de base asociativa sin ánimo de lucro, que ejercen facultades de mediación o gestión, en nombre propio o ajeno, de los derechos de explotación y otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de los titulares de derechos de propiedad intelectual (Cfr. GÓMEZ DE LEÓN LÓPEZ, L.: “Facultades de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, Diario La Ley, nº 6584, 6 de noviembre de 2006).

<sup>27</sup> Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 2001, pp. 74, 75 y 83.

Y esto es lo que ha sucedido, pues de acuerdo con el artículo 20 LPI, la comunicación pública consiste en *“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*. Sin embargo, no será comunicación pública *“cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*. Asimismo, de acuerdo con el nuevo párrafo i) del apartado 2 del precepto, sí es acto de comunicación pública *“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*. Y aquí es donde se incluye a las redes P2P.

Es decir, antes existía la duda sobre si la subida automática que realiza el *software* del programa P2P constituye o no una comunicación pública, pues podría pensarse que no se trataría de un acto de comunicación pública porque no existe propósito ni finalidad de ofrecer esa copia al público en general. Para evitarse estas dudas, se ha incluido este nuevo apartado en el artículo 20 LPI.

Por tanto, la puesta a disposición por los usuarios de canciones que se encuentran en su carpeta compartida a través de la red P2P para que el resto de los usuarios se las descarguen, supone un acto de comunicación pública, al establecerlo expresamente el nuevo apartado i) del artículo 20.2 de la LPI.

Es decir, el mero hecho de ofrecer una canción protegida por los derechos de propiedad intelectual a través de un programa P2P al resto de los usuarios supone un acto de comunicación pública.

Así, puesto que sólo excepcionalmente se permite que terceras personas diferentes del titular de los derechos de autor puedan realizar una copia sin ánimo de lucro y para uso personal, si alguien permite que terceras personas copien de su disco duro del ordenador archivos musicales que pertenecen a otra persona, está realizando una conducta prohibida por la LPI.

Y es que la mera puesta en Internet de la obra en un sitio Web o en la carpeta compartida del disco duro del ordenador del usuario hace que sea potencialmente disfrutada y reproducida por un número indeterminado de personas. Esto afecta a los derechos de explotación exclusivos de la obra, sin que sea preciso verificar si efectivamente alguna persona ha accedido a esa página Web y se ha descargado la canción en cuestión.

Además, para que la copia privada sea legal, es preciso que se utilice en la esfera íntima, prohibiéndose la utilización colectiva de la obra. También es preciso que no tenga carácter lucrativo (esto tendría repercusiones penales, como se verá posteriormente).

## X. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Código Penal castiga aquellos actos y conductas delictivas que vulneran la propiedad intelectual. Se regula en los artículos 270 y siguientes del Código penal, en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Hay que tener en cuenta que en ocasiones la conducta realizada no tiene una entidad suficiente para ser castigada penalmente, aunque sí lo sea civilmente. Pero en otras ocasiones, con independencia de la licitud o ilicitud de la descarga de música a través de Internet desde el punto de vista civil, podrían cumplirse los requisitos del tipo penal del artículo 270 del CP, en cuyo caso se incurriría en un delito.

De acuerdo con el número primero del artículo 270 del CP, *“será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”*.

Este precepto ha agravado la pena en relación con la redacción anterior, ya que ahora en todo caso se impone la pena de prisión, además de la de multa. Además, tras la nueva redacción del precepto por la LO 15/2003, actualmente los delitos contra la propiedad intelectual pueden perseguirse sin denuncia de la persona agraviada, teniendo legitimación activa las entidades de gestión de derechos intelectuales o agrupaciones de autores<sup>28</sup>.

De lo previsto en el artículo 270 del CP se deriva que lo fundamental para incurrir en la conducta típica es el ánimo de lucro, por lo que hay que determinar

---

<sup>28</sup> Cfr. CRUZ RIVERO: D.: “Distribución de música a través de Internet. ¿Lucro o copia privada? (A propósito de la Sentencia 309/06, de 14 de julio de 2006, del Juzgado de lo penal nº 3 de Santander)”, Revista de la Contratación Electrónica, nº 76, 2006, pp. 45 y 46.

si los usuarios de las redes P2P incurren en dicho ánimo cuando descargan música de Internet.

En cuanto a este ánimo de lucro, parte de la doctrina penal ha afirmado que quien pone a disposición de terceros un archivo “*obtiene ciertos privilegios a la hora de, a su vez, conseguir archivos, por lo que, efectivamente, en la mayor parte de los casos, no se puede cuestionar que actúa con la intención de obtener alguna ventaja*”. Pero la doctrina penal en este punto no es unánime y también se considera que existen importantes argumentos en contra de entender que el ánimo de lucro tiene una acepción tan amplia<sup>29</sup>.

Además, a mi juicio el usuario se limita a obtener una copia para uso privado, por lo que no puede considerarse que cometa un delito, aunque simultáneamente lo obtenido esté a disposición de terceros.

En este sentido, resulta clarificadora la **SAP de A Coruña de 13 de noviembre de 2006**<sup>30</sup>, que condenó por un delito continuado contra la propiedad intelectual previsto y penado en el artículo 270 del CP. Se trataba de un establecimiento situado en Santiago de Compostela, denominado “O Copión”, que se dedicaba a realizar copias de fonogramas de obras musicales sin autorización y contra la voluntad de los titulares de derechos de propiedad intelectual. El acusado grababa en el disco duro de los ordenadores de su establecimiento copias de fonogramas de obras musicales que descargaba en formato MP3 desde Internet, sin pagar remuneración alguna ni contar con permiso de los titulares de los derechos. También se bajaba copias de las carátulas originales de los fonogramas. En los ordenadores había más de 35.000 archivos de música en formato MP3. En el local, y a disposición del público, tenía listados que contenían el título y el intérprete de los fonogramas. Así las cosas, las personas que quisieran alguna canción, rellenaban una hoja de pedido con las canciones que solicitaban y a los pocos días tenían su CD grabado. Por ello la asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) denunció esta actividad.

---

<sup>29</sup> Cfr. más ampliamente GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2006, pp. 65 y 66.

<sup>30</sup> JUR 2007\46043.

En este caso, tal y como consideró la Audiencia, *“su actividad no tiene amparo posible en la realización de copias privadas (...). El acusado se proveía gratuita y masivamente de archivos musicales a través de Internet y después y con ánimo de lucro distribuía esas grabaciones musicales entre la clientela del establecimiento, ya fuera en la mayoría de los casos mediante la grabación por él o su personal de los archivos musicales en los CDs, o permitiendo en algún otro que los clientes accedieran a los archivos que él había descargado, forma ésta de distribución ilícita que nada tiene que ver con la copia privada, cuya esencia es la utilización para uso privado de la obra reproducida, lo que no se produce al ser este acopio de copias de fonogramas la base de la actividad comercial que se llevaba a cabo en el establecimiento”*. Y ello a pesar de que el precio del CD grabado fuera similar o el mismo al que se vendía en el establecimiento un CD virgen, pues de acuerdo con la jurisprudencia del TS en los delitos patrimoniales el ánimo de lucro *“ha de ser entendido en sentido amplio como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro era propio o ajeno, es decir, que actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero, siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo”*. Y es que el acusado se beneficiaba económicamente de forma clara de la actividad de grabación, pues atraía al público a su establecimiento, aunque el precio por los CDs grabados fuera similar al de los CDs vírgenes que vendía.

Por tanto se condenó al demandado a la pena de 20 meses de multa, a razón de una cuota diaria de cuatro euros, y a que indemnizase a AFYVE en 6.799,32 euros, y a la SGAE en la cantidad que se fijase en ejecución de sentencia (cuando esta entidad desbrozase los materiales ocupados en el ordenador). También se le condena a que cese la actividad ilícita y se le prohíbe su reanudación, y se ordena la retirada y destrucción de las copias ilícitas halladas y el comiso de los ordenadores. Sin embargo, no se estima procedente la publicación de la sentencia en un Diario oficial, atendiendo al tiempo ya transcurrido desde que la actuación ilícita tuvo lugar y a que no se trató de hechos de trascendencia general.

En este supuesto era claro el ánimo de lucro, pero no lo es tanto en otros casos. Y ello porque en nuestro Derecho el ánimo de lucro no puede interpretarse tan ampliamente que se llegue a considerar que existe simplemente con obtener

cualquier provecho. El CP huye de esta situación, pues se rige por los principios de proporcionalidad y de intervención mínima. Y aunque el TS en alguna ocasión interpreta el lucro como cualquier beneficio o utilidad, lo ha hecho en relación con los delitos de robo o hurto, pues en esos casos, por ejemplo, si se roba una joya, no puede decirse que no existía ánimo de lucro porque era para propio uso y no para venderla. En este caso hay un incremento en el patrimonio del autor del robo, pero sin embargo, por realizar copias de música no se aumenta el patrimonio.

Y es que en muchos supuestos enjuiciados por las Audiencias Provinciales, se ha considerado que no existe ánimo de lucro con relevancia penal, en función del principio de intervención mínima, por lo que debería acudirse tan solo a la vía civil. Así, solamente los actos con ánimo de lucro de distribución o comunicación pública, así como los de reproducción o plagio, serán punibles si dañan severamente los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual. En este sentido, existen numerosas sentencias que han considerado que de acuerdo con el principio de intervención mínima del Derecho penal, la conducta no es punible, por falta de gravedad suficiente<sup>31</sup>:

- SAP de Barcelona de 15 de junio de 2004<sup>32</sup>, que revocó la sentencia condenatoria porque sólo se encontraron en poder del acusado 2 CDs, 2 discos de vinilo y 2 musicassetes.
- SAP de Ourense de 13 de abril de 2005<sup>33</sup>, que a pesar de que se había probado que el acusado vendía copias de CDs piratas en la vía pública, se le absolvió porque sólo le fueron incautadas 20 copias.
- SAP de Barcelona de 30 de enero de 2006<sup>34</sup>, que consideró que la conducta no era penalmente relevante porque sólo se le incautaron al acusado 58 CDs y 20 DVDs.

---

<sup>31</sup> Vid. más ampliamente CRUZ RIVERO: “Distribución de...”, cit., pp. 65 y ss.

<sup>32</sup> ARP 2004\511.

<sup>33</sup> JUR 2005\158124.

<sup>34</sup> JUR 2006\120520.

- SAP de Barcelona de 21 de julio de 2006<sup>35</sup>, que absolvió a una persona que vendía copias piratas en la calle y se le habían intervenido 69 CDs y 40 DVDs.
- SAP de Burgos de 26 de noviembre de 2004<sup>36</sup>, que revocó la sentencia de primera instancia condenatoria, porque solo se le habían incautado al acusado 166 CDs.
- SAP de Zaragoza de 17 de febrero de 2005<sup>37</sup>, consideró irrelevante el número de copias incautadas, a pesar de que eran 15 DVDs y 89 CDs.
- Por el contrario, la SAP de Barcelona de 7 de abril de 2005<sup>38</sup> condenó al acusado al que se le habían intervenido 50 DVDs y 50 CDs.
- También se dictó sentencia condenatoria por la AP de Madrid en Sentencia de 11 de octubre de 2006, pues se le habían incautado al acusado 39 DVDs de películas y 57 CDs de canciones<sup>39</sup>.
- Igualmente se condenó por un delito contra la propiedad intelectual en la SAP de Madrid de 9 de junio de 2006, al incautársele 81 DVDs de películas<sup>40</sup>.

Como se ve, no hay criterio unánime en las Audiencias Provinciales.

Por tanto, importantísimo es el principio de intervención mínima en estos casos. Además, si se aplicase una teoría tan amplia del ánimo de lucro, no podría haber derecho de copia privada, ya que toda copia siempre sería delictiva porque siempre proporciona alguna utilidad, siendo solamente legales aquellas copias que se realizan y que no sirven para nada al que se descarga la música.

---

<sup>35</sup> JUR 2007\56083.

<sup>36</sup> JUR 2005\126300.

<sup>37</sup> JUR 2005\76718.

<sup>38</sup> ARP 2005\280.

<sup>39</sup> JUR 2007\54471.

<sup>40</sup> JUR 2007\33284.

En otros países de nuestro entorno, como Francia y Alemania, se ha condenado a usuarios de redes P2P en sede penal<sup>41</sup>. Sin embargo, en nuestro país tal cosa no ha sucedido, pues en la reciente **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander de 14 de julio de 2006**<sup>42</sup> se absolvió a un usuario de un delito continuado contra la propiedad intelectual de los artículos 270, 271 b) y 272 del CP, de acuerdo con la consideración del ánimo de lucro en su sentido más estricto que acabo de exponer, pues aunque el imputado obtenía copias de álbumes musicales a través de descargas de Internet, y mediante su intervención en chats ofrecía o cambiaba a otros usuarios de Internet sin mediar precio, *“su intención no es en ningún caso comercializar con el material audiovisual del que dispone, sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet”*, por lo que se considera que no existe el elemento subjetivo del dolo que resulta imprescindible en este tipo de delitos defraudatorios de la propiedad intelectual, en los que no cabe su comisión por simple negligencia, por ser necesario el ánimo de lucro.

Según el juez, esta conducta 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. Entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado”*. Así, se consideró que no existía ánimo de lucro con relevancia penal, pues la conducta del acusado se llevaba a cabo sin mediar precio, y cuando existía algún tipo de contraprestación, consistía

---

<sup>41</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA: “La lucha...”, cit., p. 57. Además, hay que tener en cuenta que Francia ha reformado recientemente su legislación sobre propiedad intelectual para transponer la Directiva de 2001 a través de la Loi n° 2006-961, de 1 de agosto de 2006 “relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information”, estableciendo multas de 38 euros por cada canción que se descargue para uso privado sin permiso, así como multas de 150 euros para quienes pongan a disposición de otros internautas esas obras mediante un sistema de intercambio gratis de ficheros. Además, las personas que tengan programas informáticos que permitan desactivar las protecciones de ficheros sometidos al pago de derechos de autor tendrían multa de hasta 750 euros. Asimismo, para los programas *peer to peer*, pueden ser condenados hasta a tres años de cárcel y 300.000 euros de multa. En este sentido, se retiró una enmienda que legalizaba las redes P2P a cambio del pago de una licencia global, pues los autores de las obras no recibían ninguna remuneración. Sin embargo parecía que Francia en un primer momento iba a legalizar de forma expresa las descargas desde redes P2P pero al final no prosperó esta idea.

<sup>42</sup> JUR 2006\250526.



simplemente en el intercambio de álbumes musicales. Esta sentencia está pendiente de apelación por *Promusicae*, la asociación de productores de música, pero su denuncia no va contra usuarios de sistemas como *eMule* o *KazaA*, sino contra una actividad de venta de recopilatorios piratas, más que contra la descarga de contenidos.

De esta manera, en esta sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander se considera que el ánimo de lucro y el daño, aunque en potencia, al titular de los derechos debe ser relevante, por lo que no se condena al acusado penalmente. El hecho de ahorrarse el coste de unos CDs destinados a la colección privada del acusado no es punible en nuestro Derecho. Pero ello no significa que no pueda sancionarse esta conducta de acuerdo con la LPI. A mi juicio, no se da la excepción de copia para uso privado que establece el artículo 31.2 LPI, pues las copias realizadas se destinaban al intercambio con otros usuarios, que excedía de su ámbito familiar o cuasi familiar. Por ello, como se atenta contra los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual, el acusado debería resarcir el daño producido a los titulares de derechos de autor en virtud del artículo 140 LPI.

En cuanto al cálculo del beneficio de las entidades demandadas con la actividad ilícita, podría seguirse el criterio que utilizó la **AP de Barcelona en Sentencia de 29 de septiembre de 2006**<sup>43</sup>: debería partirse de la información suministrada por las compañías telefónicas a través de las que se cobraba la compensación económica por descarga, pero descontando a estos rendimientos los gastos reales. A la hora de resarcir por el enriquecimiento injusto, la cantidad deberá repartirse entre las productoras de fonogramas de forma proporcional en función del número de fonogramas descargados.

De esta manera, la copia sería ilícita cuando se realiza sobre obras musicales protegidas por el derecho de autor y derechos conexos con la finalidad de conseguir un lucro para el sujeto que evade la obligación de efectuar los correspondientes pagos.

De lo anterior se deriva que:

- No es delito grabar un CD para oírlo uno mismo o en su ámbito familiar. Se permite el derecho a la copia para uso personal.

---

<sup>43</sup> JUR 2007\30923.

- Hacer una copia de un CD para dársela a otra persona o mandar canciones por *e-mail* para algún autor es una conducta penalmente perseguible. Sin embargo, para poder perseguir este tipo de conductas haría falta un gran despliegue de medios muy costosos, y habría dificultades con la prueba. Pero a mi juicio el ahorro que supone copiar la obra en lugar de adquirirla no cumple el requisito del ánimo de lucro, si tenemos en cuenta el principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal. Por lo que sólo debería castigarse en sede penal las conductas más graves<sup>44</sup>.

Por tanto, a pesar de que se hagan copias y se distribuyan a cambio de precio, en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal la conducta no tiene entidad suficiente para ser reprobable penalmente, aunque sí lo sería civilmente.

- La utilización de una copia de un CD de música en una fiesta privada no es penalmente perseguible, a pesar de que se ahorre el importe del ejemplar original. El ánimo de lucro no es relevante. En cambio, si se utiliza esa copia en una discoteca, sí habría delito, pues no se puede difundir música sin permiso del autor.
- Es ilegal colgar en un portal de Internet (como *Napster*) ficheros de música a disposición de los demás sin pagar derechos de autor. Pues aunque se puedan descargar las canciones de forma gratuita, existe ánimo de lucro porque se obtienen ingresos a través de la publicidad que se cuelga en la página Web.

## XI. CONCLUSIONES

Hay que tener en cuenta que muchas de las copias que realizan los usuarios a través de programas P2P son legales, bien porque ya haya vencido el plazo de duración del derecho pecuniario de autor, y por tanto son de libre utilización, o bien porque los autores hayan autorizado a estas compañías para que sus obras sean copiadas.

---

<sup>44</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA: “La lucha...”, cit., p. 59.

Además, puesto que la conciencia social es que la transmisión de archivos protegidos por el derecho de autor a través de las redes P2P debería permitirse, habría que realizar una educación cívica o social que amparase los derechos de autor para concienciar a la sociedad de las descargas ilegales de música.

Pero tampoco hay que olvidar que muchos artistas comienzan a autoproducir su música, para evitar el enriquecimiento y el predominio de las compañías discográficas, por lo que los distribuyen a través de Internet. Incluso alguno ha considerado que la solución está en que los artistas vendan directamente la música a sus fans (Courtney Love), pues muchas veces las discográficas no persiguen proteger los derechos de autor, sino más bien evitar una nueva forma de competencia.

De acuerdo con la legislación vigente copia privada únicamente es aquella que se haga “a partir de obras a las que haya accedido legalmente”. El problema se ha visto que está en la vaguedad de la definición, lo que origina inseguridad jurídica. Habrá que esperar a que sean los tribunales los que determinen qué debe entenderse por “acceso legal”.

La inclusión del nuevo derecho de puesta a disposición, se incluye para considerar como comunicación pública no autorizada y por ello ilegal, a la subida de datos que se realiza de forma automática cuando a través de las redes P2P se realizan descargas de música.

Bajar archivos no es ilegal, de hecho se paga un canon del artículo 25.1 LPI por realizar esta conducta. El problema está en la subida de archivos.

Si se trata de archivos que tienen licencia libre o están en el dominio público, la subida es legal.

Las dudas se plantean con los archivos que se suben pero que están protegidos por los derechos de autor. Aquí volvemos con el concepto de comunicación pública. Para solucionar esta cuestión, la reforma de la LPI ha introducido el nuevo artículo 20.2. i) que ilegaliza esta conducta.

En cuanto a la puesta a disposición incompleta de la obra, que se realiza en programas como *eMule*, la descarga de una canción se realiza desde varios ordenadores, cada ordenador descarga un trozo de la canción. Por ello podría pensarse que

quien sube canciones no está difundíendolas. Para paliar estas dudas, hábilmente el legislador ha reformado el artículo 18 LPI al señalar que se entiende por reproducción “*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente de la totalidad o parte de una obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella*”.

De acuerdo con el artículo 270 del CP es necesario para cometer delitos contra la propiedad intelectual que exista ánimo de lucro. Pero las personas que se descargan canciones a través de Internet no incurrir en el tipo penal. Y ello porque no puede interpretarse el ánimo de lucro de forma tan amplia que exista simplemente por obtener una ganancia o utilidad, pues el CP se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

No obstante, a pesar de no constituir un ilícito penal, sería posible que algún juez civil considerase que las copias que se obtienen a través de las redes P2P son copias ilícitas y podría condenar a pagar las indemnizaciones que prevé la LPI.

Lo más conveniente sería dejar de perseguir a los usuarios de las redes P2P y buscar otros sistemas de remuneración de los autores.

La reforma crea inseguridad jurídica, no es nada clara, y deja todo en manos de los jueces.

## **XII. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**

Podría instaurarse lo que GARROTE ha denominado “derecho de mera remuneración”, es decir, el establecimiento de un canon o tarifa plana que grave la actividad de los que se están beneficiando del uso de las redes P2P: los operadores de sistemas P2P, las compañías de teléfonos, proveedores de acceso, prestadores de alojamiento, etc. Esta tarifa plana sería compatible con el derecho de compensación que cobran los titulares de derechos de autor por la excepción de copia privada cuando no se vuelve a compartir en la red P2P<sup>45</sup>.

La solución pasa por respetar los derechos de propiedad intelectual, y para ello lo más conveniente es establecer un sistema de pago mediante suscripción. Con

---

<sup>45</sup> Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., p. 316.

la tarifa que se cobre a los usuarios se destinaría un porcentaje a los productores y a los artistas.

Además, sería conveniente que las plataformas P2P crearan filtros para prevenir el intercambio de archivos no autorizados o protegidos por los derechos de autor. Es decir, que se crease un *software* que detectase cuándo un usuario quiere descargarse una canción de un disco duro de otro usuario, y si ese tema no está protegido por la normativa de propiedad intelectual, se permitiría la transferencia del archivo, mientras que debería bloquearse la operación automáticamente si la canción estuviese protegida por los derechos de autor.

También podrían utilizarse mecanismos anti copia, como por ejemplo la encriptación o cifrado de la obra, de forma que ésta sólo pueda ser accesible mediante una contraseña. También podría utilizarse copias de funcionalidad limitada que no permitan cierto tipo de usos, la restricción de acceso a la obra protegida a partir de una fecha concretada con carácter previo o una vez alcanzado un número concreto de utilizaciones o la obtención de certificados digitales que permitan la identificación del usuario<sup>46</sup>.

En definitiva, Internet representa un gran reto para los derechos de autor. Incluso algunos han considerado que Internet es el final de los derechos de autor, pues no hay que olvidar que a pesar del caso *Napster*, hay otros sitios Web similares que siguen funcionando en la actualidad y son utilizados por un gran número de usuarios: *eMule*<sup>47</sup>, *Ares*, etc. Yo no considero que Internet sea el final de los derechos de autor, simplemente, la legislación deberá adaptarse y evolucionar para seguir protegiendo estos derechos. Dificultades similares se produjeron con el nacimiento de la fotografía, de la televisión, de las fotocopadoras, las videograbadoras, las radiograbadoras, y siempre los derechos de autor se han ido protegiendo a pesar de las nuevas tecnologías. Ante retos tan difíciles se llegó a soluciones satisfactorias, por lo que habrá que buscar una solución. Lo más lógico será que los programas P2P sigan operando en la red pero que los usuarios remuneren a los autores.

---

<sup>46</sup> Así lo ha considerado SERRANO GÓMEZ, E.: “Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?”, *Actualidad Civil*, XLVIII, 2001.

<sup>47</sup> *EMule* publicita en su página que “no está desarrollado con ningún ánimo de lucro”, para cubrirse las espaldas.

Concluyo diciendo que Internet no es el final de los derechos de autor, sino que debe cumplir la finalidad de estos derechos, que es no sólo la de remunerar a los autores, sino también la propagación de la cultura al mayor número de personas posibles.