

LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LAS REDES DE INTERCAMBIOS DE ARCHIVOS

EUGENIO GIL LÓPEZ

*Profesor adjunto de Derecho Informático
de la Universidad Pontificia de Salamanca, campus de Madrid
Ex alumno del Curso Monográfico
sobre Protección de Datos Personales del CEF*

Extracto:

LA aparición de la sociedad de la información, consecuencia del desarrollo tecnológico que se ha venido produciendo en los últimos años, ha abierto nuevas vías, fundamentalmente en el campo de las relaciones sociales y culturales entre particulares y, por extensión, entre los pueblos y las diferentes culturas.

A este auge tecnológico no podía ser ajeno el Derecho que, al fin y al cabo, va a ser el instrumento que debe regular el comportamiento social, estableciendo los límites entre lo permitido y lo no permitido, para garantizar la convivencia de las personas, y siempre teniendo como fin una idea básica que sería la idea de justicia.

Pero el Derecho encuentra numerosas dificultades para regular y dar cobertura a las nuevas situaciones jurídicas que surgen en la sociedad de la información a través del uso de las nuevas tecnologías, y se hace necesario la aparición de un nuevo conjunto normativo que aglutina una serie de normas que han venido a regular estas nuevas situaciones y otorgar de nuevo la seguridad jurídica imprescindible para el desarrollo de la sociedad.

En el presente trabajo, y dentro del ámbito de la sociedad de la información, vamos a analizar la colisión que se produce básicamente entre el derecho a la intimidad de los usuarios de redes P2P y el derecho a la tutela efectiva del derecho de propiedad (dentro del cual se encuentra la propiedad intelectual) de los titulares de los derechos sobre las obras cuyo intercambio se produce en las redes citadas.

Palabras clave: sociedad de la información, intimidad, copia privada, P2P, ánimo de lucro.

Sumario

1. La sociedad de la información.
2. Los derechos fundamentales en conflicto.
 - 2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.
 - 2.2. El derecho a la intimidad.
3. Las redes peer to peer o P2P.
 - 3.1. El caso Napster.
 - 3.2. El intercambio a través de las redes P2P.
 - 3.3. La identificación de los usuarios.

1. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En los últimos años nos hemos adentrado de lleno en un ámbito social al que de forma generalizada se le ha dado el nombre de sociedad de la información (SI) o, con una mayor precisión, sociedad de la información y el conocimiento (SIC), caracterizada fundamentalmente porque se trata de una sociedad que en gran medida se ve dirigida por la tecnología y por los avances tecnológicos que se producen prácticamente de forma diaria.

El estudio de esta SI ya se inició a finales de la década de los 60 y principios de los 70 por diversos pensadores, estudios que se consolidaron en las dos décadas siguientes, los años 80 y 90, donde además se produce un hecho clave en el desarrollo de la SI como es la aparición del PC. En los últimos años, ya en la presente década, la expansión de la SI se ha realizado de forma voraz, al amparo del desarrollo monstruoso que han tenido las tecnologías informáticas, que han dado lugar a que gran parte de nuestras relaciones personales, sociales, económicas y culturales se vean influenciadas, en mayor o menor medida, por las citadas tecnologías informáticas o tecnologías de la información.

Ahora bien, ¿son semejantes los conflictos de intereses que se producen en el momento actual con los que se producían en la década de los 60?; o dicho de otro modo, ¿puede un juez con las herramientas jurídicas que tiene a su alcance dar una solución justa a los conflictos que se producen en la nueva SI?

Para dar respuesta a estas cuestiones, debemos tener en cuenta que en la SI nos encontramos con una sociedad en la que las relaciones entre las personas se realizan en gran medida entre ausentes (a través de la contratación electrónica) y no entre presentes (tal y como se venían realizando de forma habitual), y que la persecución de los ilícitos se hace mucho más dificultosa como consecuencia del anonimato que a priori parecen proporcionar las tecnologías de la información. Todo ello hace necesario una reformulación de la normativa legal existente, a través de la creación de nuevas normas legales adaptadas a la nueva situación, y de la interpretación de las normas existentes de forma adecuada al nuevo modelo de sociedad que nos toca vivir ¹.

¹ Artículo 3.º 1 del Código Civil español: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

El origen de la controversia que vamos a tratar lo encontramos en la aparición de nuevas herramientas tecnológicas que se han desarrollado en los últimos años, como son, por ejemplo, las Redes P2P; y esta controversia refleja una colisión entre dos derechos fundamentales regulados y amparados por el Título I de nuestra Constitución, como son el derecho a la intimidad, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva para la protección del derecho a la propiedad, por otro. En este sentido, es importante tener presente la diversidad de normativa legal existente en el ámbito de la Unión Europea ², lo cual acrecienta aún más los problemas que ya de por sí plantea la cuestión a analizar.

De los derechos citados, ¿cuál debe prevalecer? ¿Debemos amparar el derecho a la intimidad de forma absoluta, frente al derecho que tienen otros de obtener la tutela efectiva de sus derechos, incluso en el caso de que la intimidad sirva para amparar actuaciones que perjudiquen el derecho de otro?

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO

2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.

La regulación de este derecho, también denominado en ocasiones derecho a la jurisdicción, la encontramos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, concretamente, en su artículo 24. Nos encontramos ante uno de los derechos más utilizados ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) para fundamentar un recurso de amparo, lo cual nos pone en guardia sobre la complejidad que lleva aparejada, complejidad que se ve acrecentada una vez que analicemos los diferentes derechos en los cuales se desglosa el contenido del artículo 24.

Este derecho fue recogido ya en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, al disponer que:

«Toda persona tiene derecho en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos u obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»

En términos semejantes se enuncia este derecho en el artículo 24 de la Constitución Italiana de 1947, en el artículo 103 de la Ley Fundamental de Bonn, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 6.^o de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

² Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de la propiedad intelectual.

Considerando 8: «Las disparidades existentes entre los regímenes de los Estados miembros por lo que respecta a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y no permiten garantizar que los derechos de propiedad intelectual disfruten de un nivel de protección equivalente en toda la comunidad. Esta situación no facilita la libre circulación dentro del mercado interior, ni crea un entorno favorable a una competencia sana».

2.1.1. Su naturaleza jurídica.

Como he señalado anteriormente, nos encontramos en presencia de un derecho complejo, y el primer problema que se presenta es el de determinar su naturaleza jurídica.

Si bien podría pensarse que este derecho podría encuadrarse dentro del grupo de los derechos de libertad, la mayoría de la doctrina defiende su consideración como un derecho de participación; en palabras de ÁLVAREZ CONDE, su configuración como derecho de participación, aun siendo consciente de sus imprevisiones, es la que mejor parece calificar su significado actual³.

En este sentido, el TC ha declarado de forma expresa que no se trata de un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre; 124/2002, de 20 de mayo; y 327/2005, de 12 de diciembre)⁴.

2.2. El derecho a la intimidad.

La regulación de este derecho la encontramos, al igual que en el derecho anteriormente analizado, en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, concretamente en su artículo 18.

En este artículo se precisa lo siguiente:

«1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.»

Los derechos reconocidos en el artículo 18.1 se desarrollan en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

³ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, pág. 422.

⁴ Sentencia del TC de 9 de febrero de 2009.

No debe olvidarse, para completar el estudio de estos derechos fundamentales, que existe una protección penal de los mismos. En efecto, los artículos 197 a 201 de nuestro Código Penal de 1995 (en adelante CP) se refieren a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos bajo la rúbrica genérica de «delitos contra la intimidad y la propia imagen».

Por su parte, los artículos 205 a 216 del CP, bajo la rúbrica de «delitos contra el honor», se refieren a la injuria y a la calumnia, mientras que el artículo 620 del CP tipifica la falta de injurias leves.

2.2.1. Su naturaleza jurídica.

En relación con este punto, una primera cuestión a analizar es si nos encontramos en presencia de tres derechos autónomos e independientes o si las tres cuestiones recogidas en el punto 1 del artículo 18 son manifestaciones distintas de un mismo derecho, como es el derecho a la intimidad. Nos decantamos en este punto, tras analizar la jurisprudencia de nuestro TC, por la primera posición, y así podemos decir que cada uno de estos derechos tiene sustantividad propia, siendo el bien jurídico protegido distinto, aunque la intimidad destaca frente a los demás ⁵.

En este mismo sentido, como se ha señalado, se manifiesta la jurisprudencia de nuestro TC; así, el fundamento 3.º de la STC 9/2007 afirma que el derecho al honor «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas».

En contraposición a este derecho nos encontraríamos con las SSTC 81/2001 (fund. 2.º) y 156/2001 (fund. 5.º), que insisten en la sustantividad propia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. El primero protege frente a la divulgación de informaciones relativas a una persona, mientras que el segundo tiene por objeto la información gráfica generada por los rasgos de una persona que le hagan reconocible y protege a su titular frente a la captación, divulgación y difusión de la misma.

3. LAS REDES PEER TO PEER O P2P

A finales de la década de los 90 surgieron las denominadas redes *peer to peer* (P2P) o redes entre amigos o particulares. No nos extenderemos en el análisis de estas redes por no ser el objeto central del presente trabajo, pero sí debemos señalar que se trata de una red que permite el intercambio de información entre iguales, que ha tenido un auge extraordinario con la aparición de Internet y que está estrechamente ligada con el formato MP3.

⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 354.

El MP3 no es más que un formato de compresión de datos, un estándar desarrollado por el instituto Fraunhofer en 1987, con el que se consigue que un minuto de música con calidad similar a un CD audio ocupe sólo un megabyte, reduciendo su tamaño en aproximadamente 12 veces ⁶.

En el momento actual, las redes P2P funcionan como una red descentralizada que no tiene clientes ni servidores fijos, sino que tiene una serie de nodos que se comportan simultáneamente como clientes y servidores de los demás nodos de la red. Cada nodo puede iniciar, detener o completar una transacción compatible. La red P2P, en su estado más puro, funciona en tres etapas:

- **Entrada.** Un nuevo nodo se conecta a otro de la red. Un nodo cualquiera puede conectarse a múltiples nodos, así como también recibir nuevas conexiones formando una malla aleatoria no estructurada.
- **Búsquedas.** Para buscar archivos, un nodo envía un mensaje a los nodos con los cuales está conectado. Estos nodos buscan si los archivos están disponibles de forma local y reenvían el mensaje de búsqueda a los nodos a los que ellos están conectados. Si un nodo posee el archivo, inmediatamente contesta al nodo original que lo solicitó. Éste es un método de difusión de mensajes llamado inundación de red.
- **Descarga.** La descarga de archivos se hace directamente desde los nodos que contestaron. Si son múltiples nodos, suele partirse el archivo en diferentes trozos y cada nodo envía uno de éstos, aumentando la velocidad total de descarga.

La aparición de estas redes que permiten el disfrute de música, películas o libros de forma gratuita ha contado con la oposición no sólo de los autores de estas obras y titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas, que lo han visto como un elemento que permite obtener el resultado de su trabajo de forma gratuita, infringiendo la normativa vigente en materia de propiedad intelectual, sino también de las Entidades Gestoras de los Derechos de Propiedad Intelectual, como SGAE o EGEDA, las cuales argumentan las grandes pérdidas que sufre el sector como consecuencia de estas actuaciones, y que ha hecho que recientemente, en el mes de mayo de 2009, haya sido presentada en España una demanda colectiva por varias entidades de gestión contra Pablo Soto Bravo, como creador de una serie de programas P2P (*Blubster*, *Piolet* y *Manolito*), por considerar que se infringe la normativa de propiedad intelectual, y reclamando una importante indemnización por los daños y perjuicios causados. Sin extendernos en esta materia, debemos señalar que una cosa es que las conductas de descargas de archivos puedan constituirse en un ilícito y otra cosa es que el *software* que permite tal actividad deba tener esa misma consideración, algo que en principio no compartimos con los demandantes del proceso citado.

En contraposición a los detractores de la utilización de estas redes se encuentra una parte importante de los usuarios de Internet que postulan como argumento fundamental el derecho que debemos tener todos al libre acceso a la cultura y al conocimiento, y la necesaria adaptación de la normativa legal a las nuevas posibilidades que nos ofrece la técnica.

⁶ RODRÍGUEZ BAENA, Luis José (2001). *Transmisión de la cultura en la era digital*. Tesis Doctoral no publicada. Madrid: Universidad Pontificia de Salamanca, campus de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, pág. 206.

Esta necesaria adaptación de la normativa legal, así como la calificación jurídica que debe darse a la actuación de descarga de archivos que se lleva a cabo desde las redes P2P para determinar si se infringe la normativa de propiedad intelectual y, en su caso, su consideración como un ilícito penal o un ilícito civil, supone un auténtico quebradero de cabeza para los juristas, dando lugar a numerosas interpretaciones de la normativa, máxime en un campo donde las resoluciones judiciales son todavía muy escasas.

3.1. El caso Napster.

Uno de los primeros y más relevantes casos que se produjo en el comienzo de las redes *peer to peer* fue el de *Napster*. Se trata de un programa de descarga de archivos creado por SHAWN FANNING, un estudiante de Informática en el año 1999, y que se distribuía de forma gratuita entre los usuarios. Pero *Napster* se constituyó en una empresa para explotar un nuevo mercado a través de los ingresos derivados de la publicidad que generaba el gran número de usuarios que se conectaban al servicio ⁷.

El problema de *Napster* (problema desde un punto de vista jurídico) era que contaba con un directorio centralizado desde el cual se podía conocer tanto los archivos existentes en los ordenadores de los usuarios como los usuarios conectados. Un usuario accedía al directorio y, si existía el archivo solicitado y estaba conectado el usuario que lo tenía, se procedía a la descarga. La existencia de este directorio o servidor central sirvió de base para considerar que se estaba infringiendo la normativa en materia de *copyright*, y en julio de 2001 un juez norteamericano ordenó el cierre de los servidores de *Napster*.

A pesar del cierre de *Napster* y su posterior reconversión en un sitio de pago hasta el momento actual en septiembre del 2008 en que ha sido comprado por *Best Buy*, se había cimentado ya el soporte sobre el cual se construirían las nuevas generaciones de redes entre iguales. Si *Napster* había sido cerrada básicamente por la existencia de un servidor central, el objetivo era claro, proporcionar el mismo servicio que *Napster* a través de una red descentralizada. Surgieron así numerosos programas que conseguían esta finalidad: *KaZaA*, *eDonkey*, *Morpheus*, *eMule*, etc., siendo algunos de ellos propietarios y otros de código abierto, aunque la distribución de los mismos se realiza de forma gratuita. En ellos se prescinde lógicamente de un servidor central, y todos los ordenadores conectados al sistema funcionan simultáneamente como clientes y servidores, de manera que a medida que nuevos usuarios se descargan el *software*, la red crece de forma exponencial.

3.2. El intercambio a través de las redes P2P.

Una de las cuestiones principales con la que nos encontramos en esta materia es determinar si la propia actividad de intercambio de archivos debe ser considerada como una actividad ilícita y por

⁷ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente». Madrid: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 8, 2005, págs. 55-72.

lo tanto sancionable. Debemos tener presente en este punto que una cosa es que una actividad constituya una infracción penal (y que, por tanto, pueda llevar aparejada una pena de prisión) y otra muy distinta es que no sea ilícita, ya que la actividad en cuestión puede ser contraria a la normativa en materia de propiedad intelectual y dar lugar a una responsabilidad civil, pero sin cumplir los requisitos necesarios para quedar enmarcada en alguno de los tipos contemplados en el CP vigente.

3.2.1. *Su tipificación como infracción penal.*

El punto de partida es el párrafo primero del artículo 270⁸ de nuestro CP, que regula los delitos en materia de propiedad intelectual en el Capítulo XI del Título XIII de su Libro II.

El citado artículo, en su párrafo primero, dice como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 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 de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.»

Parece claro que para que una persona que realice la actividad de descarga que venimos analizando sea penalmente responsable, será necesario que cumpla con todos los elementos recogidos en este párrafo, a saber: que exista ánimo de lucro y perjuicio, que lo que haga pueda ser calificado como reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, y que el elemento descargado sea considerado como una obra de propiedad intelectual.

En relación con éste último requisito no nos extenderemos, ya que su consideración parece clara, y así se desprende de la mera lectura del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, donde se hace referencia a las obras originales de carácter literario, científico o artístico, expresadas por cualquier medio o soporte. Recoge este artículo una enumeración no exhaustiva ni cerrada, donde se incluyen las canciones, películas y demás elementos que, en principio, pueden ser objeto de descarga a través de las redes que venimos analizando.

3.2.2. *El ánimo de lucro y el perjuicio de tercero.*

Nos encontramos en este punto con una de las cuestiones más debatidas en relación con esta materia y de la cual depende en gran medida que estas conductas puedan situarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 270 del CP o queden fuera de él. Parece claro que cuando una persona se des-

⁸ Artículo 270 del CP vigente, aprobado por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 y modificado por Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003.

carga un disco de un grupo de música, por ejemplo, a través de una red P2P, obtiene algo que en cierto modo se podría equiparar al lucro, como es el hecho de que se ahorra el dinero que le costaría ese producto en el mercado. Ahora bien, ¿debe ese ahorro ser considerado ánimo de lucro? O, dicho de otro modo: lo que el usuario se ahorra ¿es realmente una ganancia para él? Debemos considerar además que, en muchas ocasiones, si el usuario no se descargara las canciones, eso no significa que iría a la tienda a realizar su adquisición; de hecho, esto, en la práctica, creemos que sucederá las menos veces.

Tradicionalmente, la doctrina y los tribunales han venido considerando que el ánimo de lucro «equivale a obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad⁹», obtenido como consecuencia de una actividad. Sin embargo, este concepto de ánimo de lucro ha sido desarrollado fundamentalmente en el ámbito penal de los delitos contra el patrimonio (robo, hurto, estafa, apropiación indebida...), en los cuales es más sencillo apreciar y valorar la ganancia obtenida. En opinión de José Antonio CRUZ DE PABLO¹⁰, el ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, es en estos delitos contra la propiedad la intención de obtener el beneficio económico que resulta de incorporar una cosa ajena al patrimonio propio, y existe aunque el beneficio obtenido no tenga un contenido económico propio o no llegue a materializarse, o aun cuando lo disfrute un tercero distinto del autor, ya que este ánimo de lucro está implícito en la acción de apoderamiento.

Pero se plantea la cuestión de si se puede extrapolar este concepto de lucro a los delitos contra la propiedad intelectual (concepto de reciente incorporación a nuestro CP en esta materia), atendiendo a las propias peculiaridades de este tipo de propiedad y a la necesaria interpretación que debe hacerse de las normas, de acuerdo con la realidad social en que deban aplicarse, en virtud de lo establecido por el artículo 3.º de nuestro Código Civil¹¹.

Una simple visualización de los resultados a que nos llevaría considerar la existencia del ánimo de lucro y, por lo tanto, de un ilícito penal en esta clase de actuaciones nos indica que hay algo que no encaja a la hora de calificar estas conductas. Si consideramos que existe un ilícito penal, al usuario que realiza la descarga de una canción le podríamos imputar un delito contra la propiedad intelectual del apartado 1.º del artículo 270 del CP, que lleva aparejado una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses. Pero si esa misma persona se lleva el CD de música del grupo en cuestión de un establecimiento comercial sin abonar el precio estipulado, estaríamos ante una falta de hurto, que llevaría aparejada una leve multa como sanción. Parece claro que ambas situaciones son en cierto modo semejantes, pero la represión, sin embargo, difiere mucho en uno y otro caso, lo cual nos hace ver la necesidad de analizar cuidadosamente el concepto de ánimo de lucro y utilizarlo en el ámbito en el que ha sido generado, teniendo mucho cuidado al extrapolarlo a otras situaciones y actuaciones.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004.

¹⁰ CRUZ DE PABLO, José Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Volumen I. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, pág. 102.

¹¹ Auto de sobreseimiento del caso Spanishare del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid de 12 de noviembre de 2008. «... Así, resulta evidente que un concepto de "ánimo de lucro" como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del CP y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de una copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor...».

Ante estas consideraciones, ¿cuál es la postura que han adoptado nuestros tribunales? Teniendo presente que todavía no existe ninguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto, sí son clarificadoras las resoluciones de algún órgano judicial inmediatamente inferior al Supremo, que han optado por la no inclusión de esta infracción en el artículo 270, al faltar el elemento subjetivo del ánimo de lucro. Así, la Audiencia Provincial de Cantabria ¹², en vía de recurso y en un supuesto de descarga por Internet de copias exactas de álbumes musicales, ha considerado que la conducta del acusado es atípica al no haberse demostrado que éste actuara con beneficio comercial, ya que no cobraba ni se enriquecía más allá de su ahorro personal.

Añade la sentencia que: «...el sentido de la expresión ánimo de lucro difiere del que se da en otros delitos contra la propiedad. La intención de lucro comercial no se da en los intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido, cuyo resarcimiento puede lograrse en vía civil».

En términos semejantes se ha manifestado la Fiscalía General del Estado ¹³ al manifestar que es necesaria la existencia de un lucro comercial para la existencia del elemento subjetivo del injusto, sin que sea suficiente la obtención de una ventaja de carácter individual o personal.

Por tanto, y partiendo de estas consideraciones, parece claro que mientras no se produzca una reforma de nuestro CP, la redacción actual del mismo no parece amparar (a juicio de las instancias judiciales) una actuación en vía penal contra la mera descarga de música a través de la red por faltar el elemento subjetivo esencial del injusto. Lo que sí parece que existe es un claro perjuicio a los titulares de los derechos de autor, al no obtener retribución alguna por el disfrute de sus obras. La sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Cantabria también es clara a este respecto, y hace referencia al perjuicio causado con la expresión «daño producido», señalando a continuación, de forma muy clarificadora, que podrá en su caso ser reclamado en vía civil a través de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

3.2.3. *La existencia de una reproducción autorizada.*

Una vez confirmada la inexistencia del ánimo de lucro y, por tanto, abandonada la vía penal para la persecución de estas actuaciones según el artículo 270 del CP, se plantea, como ya hemos señalado

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de febrero de 2008, rec. núm. 362/2005.

¹³ Orden 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: «...en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil. La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el CP, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial, por otro lado, en la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3.º la obligación de los Estados miembros de considerar delito todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial».

anteriormente, la existencia de un perjuicio a los titulares de los derechos y, por tanto, la posibilidad de su reclamación en vía civil. No hay duda acerca de la existencia de este daño que, como hemos visto en el apartado anterior, recogen de forma expresa nuestros tribunales; sin embargo, sin negar la existencia del mismo, se ha tratado de encajar, no sin cierta dosis de imaginación, la actividad de descarga de archivos dentro de alguna de las situaciones autorizadas por la Ley de Propiedad Intelectual, como es la consideración de las obras que circulan por la red como copia de seguridad o como copia privada, y así evitar el abono de la correspondiente indemnización a pesar de que pueda existir perjuicio.

De las diferentes y posibles actuaciones a que hace referencia el artículo 270 del CP («...reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente...»), parece claro que las que podrían encajar dentro de la actividad de descarga de archivos a través de una red P2P son la de reproducción y la de comunicación pública.

En relación con ésta última, la Ley de Propiedad Intelectual¹⁴ indica que «se entenderá por comunicación pública 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».

A su vez, la letra i) del mismo artículo 1.º, en su apartado 2.º, continúa diciendo que especialmente son actos 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». Es en este supuesto contemplado en el artículo donde a nuestro juicio debe incorporarse la actividad de quienes colocan en un sitio de Internet una obra sin autorización del titular de los derechos de autor, causando un perjuicio que podrá ser reclamado sin ningún tipo de duda en vía civil por infracción de los derechos de autor ante una comunicación pública no autorizada. En términos semejantes se ha manifestado la Fiscalía General del Estado en la circular antes mencionada.

Pero junto a la comunicación pública, en ocasiones se ha argumentado que la actuación realizada a través de las redes P2P es una reproducción de las obras de propiedad intelectual, fundamentalmente con el fin de justificar estas actuaciones, encajándolas dentro de dos conceptos que excluirían la responsabilidad por los perjuicios causados, como son la copia de seguridad y el límite de la copia privada.

3.2.3.1. El intercambio de archivos como copia de seguridad.

Realmente, esta justificación carece de argumentos legales sólidos y obedece más a un deseo que a una realidad palpable, por lo que no nos extenderemos en su análisis. La copia de seguridad aparece regulada en nuestra legislación como un elemento vinculado no a toda obra de propiedad

¹⁴ Artículo 20.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2006, págs. 25.561-25.572). El apartado i) ha sido añadido por la Ley de 7 de julio de 2006, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

intelectual, sino básicamente a los programas de ordenador en los cuales el legislador ha excluido expresamente la posibilidad de copia privada ¹⁵.

Es decir, la copia de seguridad existe únicamente en los programas de ordenador y está pensada para aquellos supuestos en que el soporte del mismo quede deteriorado y no sea posible su utilización. Esta circunstancia aparece también reflejada en nuestra Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 100.2 al establecer que la realización de una copia de seguridad por el usuario legítimo del programa no podrá ser impedida siempre que resulte necesaria para esa utilización.

Parece claro, a la vista de los argumentos expuestos, que no es defendible la calificación de la reproducción realizada a través de una red P2P como copias de seguridad.

3.2.3.2. La limitación de la copia privada.

El concepto de copia privada, unido al del canon que lleva aparejado, ha sido uno de los temas más mentados por los usuarios de la red, especialmente en los últimos dos años.

Para conocer el alcance de la copia privada, debemos partir del hecho de que nuestra normativa en materia de propiedad intelectual concede al autor dos tipos de derechos, los derechos morales (art. 14 TR 1996) y los derechos patrimoniales, también llamados de explotación, que encontramos en el artículo 17 y siguientes del mismo texto legal. La diferencia esencial entre unos y otros radica en que los primeros son irrenunciables para el autor e indisponibles, mientras que los segundos sí pueden ser objeto de disposición.

Entre los derechos patrimoniales, uno de los regulados por la ley es el derecho a la reproducción de la obra objeto de los derechos de propiedad intelectual. Como derecho del autor, la ley le faculta para que sin su autorización nadie pueda llevar a cabo una reproducción de su obra, pudiendo, en caso de que ésta se produzca, solicitar ante los tribunales las medidas de protección de sus derechos recogidas en el Título I del Libro III del Texto Refundido. Pero ¿qué se entiende por reproducción a efectos legales? Si acudimos al texto refundido, éste califica como tal a «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 ¹⁶».

Ahora bien, este derecho de reproducción no aparece configurado en la ley como un derecho absoluto, sino que se contemplan, por unos motivos u otros, una serie de excepciones al mismo, o dicho de otro modo, existen una serie de supuestos en los que es posible llevar a cabo la reproduc-

¹⁵ Artículo 25, apartado 3.º, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, redactado por la ley de 7 de julio de 2006: «Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador ni a las bases de datos electrónicas». En los apartados anteriores se contiene la regulación de la copia privada y su compensación equitativa.

¹⁶ Artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en redacción dada por la Ley de 7 de julio de 2006.

ción de la obra sin contar con la autorización del autor. Sin ánimo de extendernos en todos los supuestos contemplados, nos interesa especialmente la excepción relativa a la copia privada, cuya regulación encontramos en la Ley de 7 de julio de 2006, que ha venido a modificar el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Este concepto de copia privada se reconoció por primera vez en nuestra legislación en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y en el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, pero el sistema establecido para la determinación y cobro de la compensación fracasó, al resultar incapaces los afectados de compatibilizar sus respectivos intereses. La redacción de estos preceptos ha sido modificada varias veces; la primera vez lo fue por la Ley 20/1992, de Propiedad Intelectual, modificada por la Ley 43/1994, de 30 de noviembre, cuyo texto se incorporó al Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996. Ese texto ha sufrido parciales modificaciones por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, la Ley 1/2000, de 7 de enero, y, por último, por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

El antecedente legal ¹⁷ de este concepto podemos buscarlo en el artículo 9.º del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886 y, más recientemente, en los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (arts. 10 y 11) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (art. 16).

Como he señalado anteriormente, la regulación vigente se sitúa en el texto refundido en materia de propiedad intelectual, concretamente, en el artículo 31 apartado 2.º, en el cual se dice:

«2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 a), los programas de ordenador.»

El análisis del artículo 31.2 del texto refundido es el que nos debe indicar si el intercambio de archivos a través de una red P2P puede quedar integrado en la excepción que constituye la copia privada, y, por tanto, aunque se cause un perjuicio, ello no daría lugar a una responsabilidad civil del usuario. Este artículo exige una serie de requisitos para que nos podamos encontrar en presencia de una copia privada:

1. *La copia debe llevarse a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente.*

En primer lugar, se ha eliminado de la redacción anterior el término de «para uso privado del copista», para evitar los problemas planteados, y se sustituye por el concepto de persona física que

¹⁷ Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 14 de junio de 2007.

además debe haber accedido legalmente a la obra. Este concepto es el que plantea las mayores dificultades, ya que el acceso legal a la obra es un concepto demasiado amplio y ambiguo y, por tanto, sujeto a todo tipo de interpretaciones.

Nos podemos encontrar en este punto con numerosos casos, y a cada cual más complejo, porque si, por ejemplo, un amigo me presta un CD de música, parece en principio que si he tenido un acceso legal a la obra y, por tanto, si la copio, estaré amparado por el límite de la copia privada, aunque no sea el adquirente original de la obra. La solución en todos los casos que se puedan plantear es combinar este requisito con los dos siguientes recogidos por el artículo 31.2 como son la inexistencia de un uso colectivo o lucrativo.

2. Que no sean objeto de utilización colectiva o lucrativa.

En el caso anterior, sería perfectamente defendible que nos encontramos en un supuesto de copia privada siempre que a la copia no le demos alguno de los destinos señalados. En cuanto al lucro no nos extenderemos por habernos referido ya a él en partes anteriores de este trabajo, y existirá este lucro cuando utilicemos las copias para obtener un beneficio de carácter comercial.

Pero el concepto más interesante es el de la utilización colectiva. Existirá ésta cuando la copia se difunda más allá del círculo íntimo del que la realiza, y aquí debemos preguntarnos: ¿existe utilización colectiva a través de una red P2P? Parece claro que el usuario que pone una obra a disposición de otras personas a través de una red de intercambio no está dando un uso privado a la copia, sino más bien lo que se está haciendo es todo lo contrario, poner a disposición de un colectivo de usuarios una obra de propiedad intelectual, o dicho de otro modo, se le está dando a la copia un uso colectivo, por lo que aunque el usuario carezca de ánimo de lucro, la utilización de redes de intercambio para compartir copias de obras protegidas no encuentra justificación ni amparo legal en los límites del derecho de autor¹⁸ y, por tanto, no podrá ampararse esa actividad en el límite de la copia privada del artículo 31.

3.3. La identificación de los usuarios.

En líneas anteriores hemos analizado la existencia de una infracción en cuanto a la actividad de intercambio y descarga de archivos a través de las redes P2P, en la que si bien no estaríamos en presencia de una infracción penal, al faltar el elemento subjetivo del injusto, sí nos encontraríamos en presencia de una infracción civil que lleva aparejada la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Ahora bien, la exigencia de la correspondiente responsabilidad civil hace necesario conocer quienes son las personas que realizan las citadas descargas o, en su caso, los titulares de las direcciones

¹⁸ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente». Madrid: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 8, 2005, págs. 55-72.

nes IP desde donde se realizan dichas descargas para poder dirigir contra ellos las acciones correspondientes.

Esta labor de identificación se encuentra con numerosos obstáculos, derivados fundamentalmente del derecho al secreto de las comunicaciones regulado en nuestro texto constitucional ¹⁹ y donde se hace referencia a la necesaria intervención judicial para actuar en contra de este derecho. Asimismo, el secreto de las comunicaciones se encuentra desarrollado a través del artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones de 3 de noviembre de 2003.

Junto a este primer obstáculo (no pequeño, por cierto) del derecho consagrado en el artículo 18.3 del texto constitucional, existe un segundo derecho que podría impedir la comunicación de los datos identificativos del titular de la dirección IP, como es el derecho a la intimidad de éste y, por extensión, el derecho a la protección de datos de los particulares, que fue elevado a categoría de derecho fundamental por nuestro TC. Sin embargo, debemos plantearnos si el derecho a la intimidad de los usuarios debe aplicarse cuando resulta acreditada la existencia de una infracción por parte de los mismos, si bien en este caso no podríamos hablar de la existencia de una infracción penal (como ya hemos visto), pero sí de una infracción civil.

3.3.1. *La legislación aplicable.*

El punto de partida sería la normativa española existente al respecto y concretamente la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (en adelante LSSI), estableciendo la posibilidad en su artículo 8.^º ²⁰ de que se puedan adoptar medidas para interrumpir un servicio de la sociedad de la información en el supuesto de la existencia de una infracción penal. Puesto que en la actividad de intercambio de archivos no hay infracción penal, debemos analizar si sería posible extender tales actuaciones a una investigación preparatoria de un procedimiento civil, que en la práctica será lo que se produzca de forma más habitual por parte de los titulares de los derechos de autor para la defensa de los mismos.

En términos semejantes y ya en el ámbito del Derecho comunitario se manifiesta la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), concretamente, en sus ar-

¹⁹ Artículo 18.3 de la Constitución Española: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

²⁰ Artículo 8.^º de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 11 de julio de 2002 en redacción dada por la Ley de 28 de diciembre de 2007 de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información:

«En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.»

tículos 5.º y 15, si bien ya previamente en su considerando 5 establece que «actualmente se están introduciendo en las redes públicas de comunicación de la comunidad nuevas tecnologías digitales avanzadas que crean necesidades específicas en materia de protección de datos personales y de la intimidad de los usuarios».

Para proteger este derecho a la intimidad y a la protección de datos, el artículo 5.º de la Directiva garantiza la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, recogiendo el artículo 15 una serie de limitaciones a esta confidencialidad en términos semejantes a nuestra LSSI, ya vista. Así, el artículo 15 recoge la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos anteriores cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1.º del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

Como vemos, los términos son semejantes a los de nuestra LSSI, pero aquí se incluye una novedad importante como es la referencia al apartado 1.º del artículo 13 de la Directiva 95/46. Este artículo autoriza también a los Estados miembros a adoptar medidas que limiten la obligación de confidencialidad de los datos personales, cuando tal limitación «constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la protección de los derechos y libertades de otras personas». Como vemos, este precepto no especifica de qué derechos se trata, y, por lo tanto, no existiría en principio ningún inconveniente para extender la limitación a la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva de su derecho de propiedad cuando los autores lo ejercitan a través de un procedimiento civil.

Junto a la directiva analizada, debemos hacer referencia a otras dos directivas importantes en esta materia. Por una parte, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la SI, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, en cuyo artículo 15, apartado 2.º, establece que «los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento».

Asimismo, la Directiva 2004/48, en su artículo 3.º, regula lo que sigue:

«1. Los Estados miembros establecerán las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la presente Directiva. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán justos y equitativos, no serán inútilmente complejos o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.

2. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso.»

Partiendo de la normativa legal citada, debemos señalar que ésta no obliga a los Estados miembros a comunicar los datos personales para proceder a la protección de los derechos de autor al entrar en conflicto el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección de datos en el ámbito de un procedimiento civil ²¹. Sin embargo, debemos considerar que tampoco prohíben esa actuación por parte de los Estados miembros, y, por tanto, en ningún caso debe ser excluida esta posibilidad. En este sentido, la Sentencia de 29 de enero de 2008 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluye señalando que los diferentes Estados, a la hora de adaptar la normativa comunitaria, deben buscar un equilibrio entre los derechos fundamentales protegidos, correspondiendo a los tribunales de cada país la interpretación de las normas de derecho interno, de acuerdo con lo establecido con la normativa comunitaria para dar solución al conflicto.

Como podemos apreciar, se trata simplemente de una huida hacia adelante por parte del Tribunal que deja en manos de los tribunales de cada país la resolución de los casos de este tipo que se le planteen, por lo que deberemos estar atentos a las futuras resoluciones que vayan surgiendo sin perjuicio de la postura que consideremos que se debe adoptar.

Por último debemos destacar que a finales de este mes de mayo fue aprobada en Francia la denominada Ley Hadopi, que permitía desconectar de la red a los internautas que persistieran en la descarga de archivos después de haber sido advertidos dos veces por un órgano creado ad hoc, como es la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y Protección de Derechos en Internet. Recurrida esta ley ante el Consejo Consultivo Francés (órgano semejante a nuestro TC), se ha mostrado contrario a ella al afirmar que si bien es cierto que corresponde imponer una sanción si se descubre la existencia de descargas ilegales (algo que parece lógico y que ampara este consejo, limitando, por tanto, el derecho a la intimidad de los usuarios), señala a continuación que esta alta autoridad no es la competente para imponer el castigo, ya que sólo un juez podrá ordenar el corte de la conexión a los posibles infractores, manifestándose también en términos semejantes no hace mucho el Parlamento Europeo.

²¹ Sentencia de 29 de enero de 2008 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, considerando 70.