

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR A TRAVÉS DE REDES P2P: ¿RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN O DE LOS MIEMBROS DE LAS REDES?

JAVIER ANDRÉS MORENO*

I. LAS REGLAS DE JUEGO

para lograr un estudio coherente de la responsabilidad por la violación de derechos de autor que se puede presentar al interior de las redes P2P, lo primero a lo que se debe hacer referencia es acerca del marco jurídico en el cual se va a circunscribir el tema objeto de estudio.

Se ha escogido para este efecto, en primer lugar y en relación con la sociedad de la información, la Directiva sobre Comercio electrónico 2000/31/CE del Parlamento Europeo y la Ley de Servicios de la Sociedad de la información Española Ley 34/2002 de 11 de julio (en adelante LSSI), toda vez que a en el ámbito europeo son normas rectoras que regulan casos concretos de responsabilidad de los intervinientes en el entorno electrónico.

A pesar de la limitación que se realiza, no se quiere desconocer que en el mundo se viene presentando un desarrollo legislativo muy importante tendente a llenar supuestos vacíos jurídicos que se presentan como consecuencia de la realización de actos que son ejecutados por quienes en el comercio electrónico intervienen.

Sin embargo, la limitación del objeto de estudio a las normas mencionadas resulta fundamental y se justifica en el hecho de que se consideran como un ejemplo de desarrollo que tiende a proteger los medios sobre los cuales se están gestando los innovadores caminos que está tomando el comercio electrónico.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Maestría oficial en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid y, en la actualidad, candidato a Doctor en Derecho de la misma universidad. El trabajo que se expone proviene de la investigación realizada para elaborar la tesina por medio de la cual se obtiene el título de Máster, esta fue calificada con Matrícula de Honor por unanimidad del Tribunal. Así mismo, constituye la base y punto de partida de la elaboración de la Tesis Doctoral. E-mail: general.appliance@gmail.com. Fecha de recepción: 2 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2010.

En segundo lugar y bajo la línea impuesta por la normatividad enunciada, se tiene que el estudio de la violación de derechos de propiedad intelectual se va a centrar en lo estipulado por la normatividad contenida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual Española, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante *TRLPI*) y en el libro verde de consumidores y en especial en la Ley 26/1984, de 19 de julio, también española.

La delimitación normativa que se anuncia no se hace de manera arbitraria o caprichosa: se fundamenta en dos razones principales. En primer lugar, a la actualidad que el tema tiene hoy en día, lo cual se ve reflejado en que los tribunales españoles han tenido que detenerse en un detallado estudio para el desarrollo de las controversias que de este tipo llegan a sus despachos, lo cual los ha convertido en una especie de pioneros en el tema de atribución de responsabilidad como consecuencia de la violación de derechos de autor a través de las redes P2P.

La segunda razón se basa en la consideración que se realiza respecto a la mentalidad abierta al desarrollo tecnológico y la constitución de diques en materia de responsabilidad que tienen los tribunales a la hora de la aplicación del *TRLPI* en estos casos. Esto, en pro de evitar que mediante una justicia cerrada e inflexible se obstaculice el uso del desarrollo tecnológico, que sin duda alguna se muestra como una evolución clara y beneficiosa del comercio electrónico. En palabras más claras, la creencia de que las redes P2P deben ser legisladas y reguladas mas no combatidas hasta su desaparición.

II. LOS QUE INTERVIENEN

Una vez claro el marco en el cual se va a desarrollar el presente estudio, corresponde definir quiénes son, cómo se determinan y qué naturaleza jurídica tienen quienes intervienen en las redes P2P.

El análisis subsiguiente hace referencia a quienes ejecutan actividades en cualquier instancia de las etapas que se deben desarrollar para la puesta en marcha y ejecución de una red P2P; sin embargo, se debe mencionar que la calidad y tipo de responsabilidad de cada una de las partes que a continuación se enuncian podrá variar de acuerdo con el momento contractual en el que se encuentren inmersas, estudio que se hace de manera detallada en trabajos tales como el régimen jurídico aplicable a las redes P2P.

A. PRESTADOR DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Por prestador de servicios de la sociedad de la información (en adelante *PSI*), se puede entender toda persona física o jurídica que tenga por objeto proporcionar un servicio que sea considerado como aquellos que hacen parte de la sociedad de la información¹, definición que resulta así de obvia como de sencilla.

1. Literal C del anexo de la *LSSI*.

Como consecuencia de lo anterior, en cuanto a las redes P2P, de acuerdo con la definición de servicios de sociedad de la información, se tiene que los portales web que tienen el *software* o programa que da acceso a la red, se enmarcarían dentro de esta categoría. Aunque el Anexo de la LSSI, engloba una serie de actividades que son consideradas como servicios de la sociedad de la información, vale aclarar, que la lista es apenas enunciativa y de ninguna forma excluyente de otra clase de servicios que se puedan entender como parte de la sociedad de la información.

Ahora, también es cierto que la sencillez de la definición se ve abarcada por el problema de la ambigüedad y la inexactitud (ILLESCAS ORTÍZ, 2002: 3 a 26), remarcado por la deficiente regulación que del tema trae la LSSI y CE., toda vez que ésta parece establecer el concepto de PSSI en aras de una clasificación de sujetos que se podría calificar como deficiente toda vez que si se atiende a la realidad, la definición debería hacerse por funciones o actividades desarrolladas.

Así se enuncia por la ley que existen dos clases de PSSI, los que lo hacen de manera directa y los que fungen como prestadores de servicios con carácter de intermediarios. Por esta razón, se considera que es adecuada la redefinición propuesta por la profesora TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2006: 129 y s.s.) en los siguientes términos:

En primer lugar, se parte de la base de que el sistema de regulación contenido en la LSSI se muestra inadecuado, tanto por defecto como por exceso, razón por la cual se diseña un sistema de clasificación tripartito.

Se fundamenta esta afirmación en que es un error de la ley considerar que bajo las transacciones económicas solo se ubican dos estratos: uno, conformado por la infraestructura técnica de acceso, transporte, copia y almacenamiento de datos, y, el segundo, conformado por la prestación de servicios de ofrecimiento de información y contratación de productos cuando en realidad los estratos presentes en una relación en soporte electrónico son tres: a) la intermediación técnica, b) la intermediación de contenidos y c) el ofrecimiento o la provisión de contenidos.

a. La intermediación técnica

Este tipo de funciones se caracterizan por su naturaleza meramente instrumental, toda vez que son éstas las que permiten el funcionamiento de la infraestructura de internet, aunque trabajan con datos, con contenidos; respecto de éstos, se puede afirmar que los servicios prestados son considerados como informativamente neutros.

Se considera entonces que los servicios prestados por este tipo de personas físicas o jurídicas, se definen por servicios: conectar, transportar, almacenar, copiar, encargándose así de trabajos de intermediación de datos más no de información².

2. La profesora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS diferencia los la información de los datos, entendiendo estos últimos como información no gestionada ni procesada.

b. Intermediación de contenidos

Esta categoría constituye la nota diferenciadora de la clasificación realizada por la LSSI. Es innegable que la eficacia de Internet como ámbito de contratación deriva de su operatividad. La gran cantidad de información dispar que se mueve en la red hace poco eficiente la búsqueda y presentación de dicha información.

Aunado con los costos que supone la clasificación de la información, se puede afirmar que hay un gran entorpecimiento de la capacidad de evaluación de la confianza de la información. Por esta razón, aparecen los servicios de intermediación de contenidos, a través de los cuales se crean estructuras de reputación que construyen credibilidad.

Hacen parte de esta categoría los servicios de búsqueda, los enlaces y los portales, entre otros; los cuales, a la luz de la LSSI, parecían huérfanos al no encontrarse un lugar claro en la clasificación que ésta hace de los PSSI. Así pues, se realizan actividades de intermediación basadas en la búsqueda de información, de gestión, organización y presentación sistematizada de datos, canalizan búsquedas, dan valor a la información e introducen previsibilidad y confianza.

c. Provisión de contenidos

Se enmarcan dentro de esta categoría los servicios de suministro de información y distribución de contenidos, las actividades de promoción y publicidad, el ofrecimiento de bienes y servicios, entre otros.

Se trata entonces de productos y servicios que se gestionan, se ofrecen y se prestan a través de la red. Se destaca que su heterogeneidad es tan extensa como la creatividad empresarial pueda serlo.

Una vez clara la definición y clasificación según las funciones que desempeñan, se debe ahora encuadrar en qué categoría de los PSSI se encuentran las redes P2P, si responden a una sola de estas categorías o si sus funciones se enmarcan en dos o más de ellas; para ello, primero habrá que hacer mención al resultado de la constatación fáctica para poder determinar la calidad de éstos.

Ahora, cuando se trata de aplicaciones basadas en la compartición de ficheros, podemos afirmar que quienes se constituyen como prestadores de servicios de la sociedad de la información son los sujetos que tienen y distribuyen el software por medio del cual se accede a este tipo de redes. La realidad nos muestra que quienes en forma general prestan estos servicios son portales Web, como por ejemplo, www.emule-project.net/, www.tododownload.com, www.softonic.com, www.limeware.com, etc., en los cuales se clasifica la información acerca de los diferentes programas que dan acceso a las diferentes redes P2P existentes, son los encargados de sistematizar la información y brindar la licencia de uso del programa para poder ser considerado como usuario.

Si entonces es esto lo que la realidad nos presenta, en el entorno jurídico se concluye que los PSSI corresponden a la clase de intermediarios de contenidos.

Aquellos encargados de proveer servicios más que técnicos, se encargan de organizar información, darle valor y confianza. Se llega a esta conclusión, con fundamento, aparte de la mención expresa que de éstos se hace en el análisis anterior, al hecho de que aunque no se trata de motores de búsqueda, sí cumplen funciones similares a las que se les añade el procesamiento de los datos.

2. *Destinatario del servicio*

Para definir la categoría de usuario, se acude a lo prescrito por la LSSI, la cual lo define como la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información³.

Es evidente, entonces, que la ley toma como destinatario a aquella persona que hace uso de uno o más servicios de la sociedad de la información, sin importar si lo hace de forma gratuita o si se genera a su cargo una remuneración como consecuencia del servicio prestado; así pues, será destinatario toda persona que demande servicios de la sociedad de la información.

Esta definición se antoja cuando menos demasiado ambigua, ya que recoge a cualquier persona que utilice cualquier servicio sin matiz alguno. Por esta razón, es necesario acuñar un término que brinde una mayor seguridad jurídica a la hora de defender su posición, así como en el momento en el que se le tenga que hacer algún reproche por la conducta que realiza en la red.

Como consecuencia de esto, se establece la categoría de consumidor, el cual se define como la persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final de bienes muebles o inmuebles, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, los facilitan, suministran o expiden.

Esta definición es la contenida en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios⁴, y se hace mención a ésta, por remisión legal expresa de la LSSI. Lo que se quiere resaltar es que aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos por la ley, serán acogidas por esta normatividad para la defensa de sus derechos.

Conviene destacar que el concepto de consumidor al que se hace referencia es el de consumidor final (BOTANA, 1991: 51 a 61) entendiéndolo por éste aquel que adquiere el producto o servicio y no tiene la finalidad de volver a ingresar al mercado; sólo este consumidor cualificado será acreedor de la mencionada protección.

Así las cosas, cuando se hace referencia a las redes P2P, quedan claras las partes que intervienen en la relación jurídica. Por un lado, tenemos a los portales web que se encargan de prestar el servicio y brindar acceso a la red, que actuarán de acuerdo a lo explicado como PSSI; en el otro extremo tenemos a la persona jurídica o física

3. Definición que trae el Anexo de la LSSI, tomado de la Directiva del CE., en el artículo 2.º literal d.

4. Ley 26/1984, de 19 de julio.

que hace uso de este servicio, y que como consecuencia de éste ingresa a la red teniendo en cuenta que como servicio prestado por su naturaleza no puede volver a ser introducido por éste al mercado, ostentará la calidad de consumidor final.

Ahora con referencia a la determinación de la partes dentro de la red, se concluye que estas pueden adquirir la calidad de consumidores o de prestadores de servicios, dependiendo del tipo de aplicación en la que se encuentre; sin embargo, se debe dejar claro que en las redes P2P no se desenvuelven relaciones únicamente entre consumidores, ya que algunos de los servicios que se adquieren si pueden y muchas veces son introducidos de nuevo al tráfico en la red, razón por la cual se remarca que las relaciones que se presentan son de igual a igual, puede ser entre empresarios (B2B) o entre consumidores (C2C).

III. LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Constituye este punto el tema más popular de las redes P2P. Para muchos, este tipo de arquitectura de red es una clara promoción a la piratería, ya que afirman que a través de este medio se están viendo violentados los derechos patrimoniales de los autores⁵.

Es por esta razón por la cual las redes P2P se han presentado como una herramienta que facilita la vulneración de derechos, en vez de entenderlas como una nueva forma de comercio electrónico. Debido a esto, ya en muchos países se han tomado correctivos que llegan a extremos poco saludables para el desarrollo de la tecnología basada en este tipo de redes⁶.

Ahora, según los hechos, es innegable que al interior de las redes P2P, de acuerdo con su estructura funcionamiento y funcionalidades, se han presentado sendas violaciones a derechos protegidos por la propiedad intelectual, lo cual, debido a la especial naturaleza de este tipo de redes requiere de un detallado estudio en aras de poder establecer responsabilidades.

Así las cosas, es necesario analizar cuáles son las conductas que ejecutan quienes intervienen en las redes, que pueden llegar a ser consideradas como lesivas, para así poder luego determinar quién debe responder por los daños causados a los autores o titulares de derechos de autor.

En concepto del profesor GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2004: 60), es claro que cuando los usuarios de un programa P2P intercambian obras y prestaciones protegidas a través de Internet están llevando a cabo dos conductas que caen dentro del ámbito exclusivo de los titulares de los derechos de explotación protegidos por el TRLPI.

5. Para ver un detallado estudio de diferentes casos de violaciones a este derecho, no solo a través de redes P2P, sino en general en la red en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2000: 16 y ss.).

6. Un claro ejemplo es la Ley Hadopy o Ley Olivennes, instaurada en Francia por medio del cual se busca garantizar la protección de los derechos de los creadores. Esta ley prevé la desconexión del acceso a Internet durante un periodo que puede ir de tres meses a un año de aquellos ciudadanos que, tras haber recibido dos avisos previos al respecto, sigan descargando contenidos sujetos a derechos de autor.

En primer lugar, cuando los usuarios o miembros de la red deciden poner a correr al interior de la red un archivo que en principio se considera como personal, están ejecutando un acto de reproducción, el cual se encuentra, según el artículo 18 del TRLPI, consagrado para ser ejercido única y exclusivamente por el autor de la obra. Ahora, esta conducta no se puede ver enmarcada y justificada por el derecho de copia privada, consagrado en el artículo 31.2 del mismo texto legal, toda vez que el hecho de ponerla a correr al interior de la red P2P supone un acto que se puede entender como de publicación, por ende el concepto de privacidad queda desnaturalizado.

En segundo lugar, se puede entender que la actividad principal que se ejecuta por parte de los miembros de una red P2P supone un acto de comunicación pública, puesto que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

Por tanto, el hecho de colocar una obra o prestación protegida por la propiedad intelectual en la carpeta compartida de un programa P2P (tipo *KaZaA* o similar) es un acto ilícito si no se cuenta con la autorización de los titulares de los derechos de reproducción y comunicación pública sobre las obras y prestaciones intercambiadas (Ídem).

Una vez reconocidos cuáles son los actos que suponen una transgresión de los derechos de los autores, corresponde analizar bajo qué supuestos las partes intervinientes en las redes P2P son responsables por el acaecimiento de los daños que se derivan de la transgresión de las normas que rigen la propiedad intelectual.

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

¿Quién debe responder ante las transgresiones antes transcritas? Si se considera que los actos que se ejecutan al interior de las redes son realizados por los miembros de estas, ¿porqué se podría considerar la posibilidad de que sean los PSSI, los que respondan por los hechos ocurridos?

¿Responderán entonces éstos por el hecho propio o responderán por el hecho ajeno bajo un régimen de responsabilidad casi objetivo? En fin, en palabras del profesor CAVANILLAS MÚGICA (2005: 4), se trata de explorar los nuevos territorios situados a un lado y otro de la neutralidad tecnológica, erigida en nueva frontera de la responsabilidad de todo tipo que nace del hecho tecnológico.

Así pues, lo que se busca es determinar bajo qué supuestos y condiciones van a responder quienes intervienen en una red P2P, es decir, tanto el PSSI que actúa en calidad de intermediario, como los miembros de la red.

A. RESPONSABILIDAD DE LOS PSSI

Una vez identificados los daños en los que se puede incurrir con ocasión del desarrollo de actividades ejecutadas al interior de las redes P2P, corresponde analizar

qué circunstancias se deben verificar para que la obligación de indemnizar los daños acaecidos se radique en cabeza de los portales web que actúan como PSSI. Para ello habrá que ceñirse al entramado regulador dispuesto por la LSSI y CE, en los artículos 13 a 17.

Sin embargo, previo a este análisis se debe recordar que los portales web tienen la calidad de PSSI intermediarios. Según lo estudiado y determinado en el capítulo anterior se tiene que se presentó una variante a la clasificación tradicional que trae la LSSI, ya que se considera que es más acertado hacer una distinción de éstos de acuerdo con las funciones que desempeñan.

Ahora, cabe recordar que, por regla general, los portales web que brindan acceso han sido catalogados como motores de búsqueda; por tal razón, habrá que analizar de acuerdo a la LSSI, bajo qué supuestos éstos asumen responsabilidad por los daños originados como consecuencia del servicio que se presta.

1. Delimitación del supuesto de hecho

El supuesto de hecho se puede enmarcar bajo la condición que entre el causante del daño y el dañado no existe una relación previa obligatoria. En estos eventos, el causante del daño es responsable extracontractualmente por el hecho propio. Así pues, la responsabilidad del PSSI de intermediación se determina por el vínculo contractual existente entre éstos y el causante del daño, ya que se convierte en repentinador o facilitador del hecho dañoso (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Op. cit.: 572).

Lo anterior se concluye toda vez que los que resultan dañados como consecuencia de la relación descrita en la primera parte de nuestro supuesto de hecho, ven en los intermediarios un centro de imputación de responsabilidad más próximo, solvente y conocido para resarcir los daños producidos, como consecuencia de su actividad de supuesta amplificación del daño o facilitadores del mismo.

Así pues, lo que se busca es establecer un tipo de responsabilidad indirecta a cargo de los PSSI que, debido al conflicto de intereses, no se muestra como la mejor de las soluciones; por tanto, será necesario estudiar en detalle quién debe correr el riesgo a fin de determinar el régimen de responsabilidad más adecuado.

2. ¿Quién debe correr el riesgo?

El tema referente a si el PSSI está obligado a responder y hasta qué punto lo debe hacer cuando actúa como intermediario de servicios de la sociedad de la información ha sido sometido a un constante debate.

Se debe tener en cuenta que en este escenario se ven enfrentados varios intereses: por un lado, se tiene a los PSSI; por otro, a los titulares de los bienes jurídicos vulnerados e inclusive existe el interés de la sociedad, encaminado a lograr un desarrollo adecuado de los servicios prestados a través de las diferentes redes de telecomunicaciones en los que no se vea afectado el derecho a la libertad de expresión (BARCELÓ, 2007: 12 y ss.).

Desde el punto de vista de la defensa de los intereses de los titulares de derechos que se ven vulnerados con ocasión de las redes P2P, se puede afirmar que quienes han hecho un mayor esfuerzo y se han mostrado más en contra de esta nueva tecnología son los titulares de derechos de autor y derechos conexos. Éstos han propugnado para que a los PSSI con carácter de intermediarios se le imponga una regla de supervisión general respecto a los contenidos transmitidos en la red, así como la adopción de sistemas de detección de contenidos ilícitos a modo de filtro respecto de la información que se transmite (CLEMENTE MEORO, 2003: 39). Lo anterior ha dado lugar a un sinnúmero de contiendas legales, de todas ellas la más conocida en el ámbito mundial fue la librada con la red P2P establecida por *NAPSTER* (GONZÁLEZ, s.f.: 65 y ss.).

Por otro lado, se encuentran los argumentos de los PSSI, los cuales están encaminados a mostrar que en caso de que se les llegara a imponer una obligación como la pretendida por los titulares de los derechos vulnerados, se les estaría haciendo responsables de manera objetiva; se debe tener en cuenta que el volumen de información que circula en una red es infinito, lo que hace imposible llevar a cabo un control, ni siquiera uno de tipo selectivo y, aunque esto fuera posible, las medidas técnicas, como el uso de filtros, solo permiten detectar contenidos, pero no determinar su licitud.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que si se impusiera a los PSSI una responsabilidad objetiva, el resultado podría ser que en términos generales y no sólo con respecto a redes P2P, se presentará una restricción de acceso a sólo los sujetos en que aquellos pudieran confiar y por ende la exclusión de los demás. Esto, sumado a lo anterior, llevaría al encarecimiento del acceso y del uso del internet.

Ahora se debe tener en cuenta que el tema no era fácil, la jurisprudencia era oscura además de contradictoria en muchos casos (CLEMENTE MEORO, 2003: 69), ya que veía en los intermediarios, un centro de imputación de responsabilidad, más próximo, solvente y conocido para resarcir los daños producidos.

Por lo anterior, se evidencia la necesidad de crear un mecanismo que permita en la medida de lo posible satisfacer los intereses de las partes que se ven involucradas, por lo cual a nivel legislativo, en el mundo se han hecho ingentes esfuerzos en pro de regular la situación. A continuación, se analizará el régimen que se da a los PSSI, tanto en la Directiva sobre comercio electrónico, como en la LSSI y CE.

3. Responsabilidad a luz de la Directiva de Comercio Electrónico⁷

En primer lugar, se debe resaltar que el régimen establecido en la citada normativa está encaminado a la regulación exclusiva de los intermediarios; por esto, propug-

7. 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 sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

na por una solución de equilibrio entre los PSSI y los titulares de derechos que puedan verse vulnerados. Se establece la inexistencia de una obligación general de supervisión según lo dispuesto en el artículo 15⁸.

Así las cosas, se destaca que la responsabilidad de los PSSI no puede cimentarse sobre un incumplimiento de una obligación general de supervisar⁹ que, de acuerdo con el texto citado, no cabe imponer, así como tampoco en la presunción de conocimiento de unos contenidos que no hay por qué supervisar. Ahora, la directiva también es clara en que los Estados miembros tienen libertad para legislar supuestos de responsabilidad en casos concretos, en los cuales el PSSI sí sería responsable.

En segundo lugar, se puede resaltar que en esta norma *sub exámine* se presenta una regulación horizontal de la responsabilidad, en el sentido que este régimen se aplica a todo tipo de actividades ilícitas sin importar cual sea el derecho o el interés tutelado, lo cual conlleva a que los criterios de responsabilidad resulten aplicables a cualquiera de las conductas de las que derive el daño (Ídem: 74).

4. Responsabilidad a la luz de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información establece en su artículo 13 la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, así:

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.

El artículo anterior encabeza la sección II de la LSSI y CE, por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad aplicable a los PSSI. Así las cosas, el artículo 13-1, se destaca porque a diferencia de lo que ocurre con la directiva, la LSSI regula y determina el régimen de responsabilidad de todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En segundo lugar, es evidente que mediante esta ley se determina la responsabilidad que se deriva de la ocurrencia de un daño que vulnera un bien jurídicamente tutelado por cualquier rama del Derecho, así consagra que se incurre en respon-

8. Inexistencia de obligación general de supervisión

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

9. Esta exclusión de responsabilidad se puede ver fundamentada en el entorno europeo bajo la consideración de que la mayoría de estos son empresas de tamaño pequeño o mediano a las que les resultaría muy costoso llevar a cabo una tarea de supervisión de contenidos. Ver en BARCELÓ (1998: 462).

sabilidad civil, penal y administrativa, gracias a la aplicación de la inalterabilidad del derecho preexistente y al principio de la neutralidad tecnológica.

Ahora, lo que no queda del todo claro es qué tipo de responsabilidad se establece con carácter general en el ordenamiento jurídico, ya que no se podría entender que tratándose del ámbito de la responsabilidad civil, ésta queda circunscrita solo a lo dispuesto por artículo 1902 del Código Civil (BUSTO LAGO, 2004: 1 y 2).

Sin embargo, en el caso concreto de las redes P2P, tenemos que los portales web que ostentan la calidad de PSSI, según el supuesto de hecho establecido al inicio del presente capítulo sí se ven regidos por el mencionado artículo, toda vez que se trata de una clara responsabilidad extracontractual, derivada del hecho propio como consecuencia de su calidad de amplificador o facilitador del daño.

Ahora bien, el segundo inciso del citado artículo incorpora la distinción que hace la ley entre las clases de PSSI, estableciendo unas reglas especiales que delimitan el régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores con naturaleza de intermediarios; pautas o criterios bajo los cuales se estructura la responsabilidad. El estudio de éstos se hace a continuación:

a. Principio de no responsabilidad

Teniendo en cuenta que los PSSI en el desarrollo de sus funciones de intermediarios no se encargan del manejo ni procesamiento de los datos, es lógico concluir que tampoco tienen el control de la actividad mediante la cual se genera el daño. Por tanto, no se podría declarar la responsabilidad, debido a que ésta se deriva del hecho ajeno, es decir, el causante del daño vendría siendo el usuario que actúa al interior de la red P2P.

Lo anterior es la corroboración de lo dispuesto en los artículos 14, 15 16 y 17 de la LSSI, en sus primeros incisos respectivamente. Esta declaración de no responsabilidad es el elemento estructural sobre el cual se edifican las normas en mención. Así se corrobora el principio según el cual sólo se es responsable por los hechos propios. Sin embargo, la amplitud de la ley respecto a esta declaración debe ser delimitada, por ende, se debe determinar el supuesto bajo el cual opera este fenómeno.

Así las cosas, se puede entender que habrá lugar a la no responsabilidad en el supuesto en el cual el PSSI sin tener conocimiento alguno acerca de la ilicitud de la conducta ejecutada por el miembro al interior de la red y como medio intermediario pasivo, no resulta responsable por los actos de éstos, toda vez que no ejerce ningún tipo de control ni de vigilancia¹⁰, trayendo como conclusión, la inaplicación del régimen de responsabilidad dispuesto en los artículos 1902 o 1903 del Código Civil.

10. Para ver más a fondo por qué no hay aplicación bajo el supuesto planteado de los artículos 1902 y 1903 del CC, ver RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (Ob. cit.: 575 y 576).

b. Conocimiento efectivo

Del estudio de las normas que delimitan el régimen de responsabilidad de los PSSI, se deduce que el segundo elemento estructurador de la responsabilidad de éstos viene determinado por el conocimiento de la infracción por parte de los prestadores, toda vez que una vez conozca de la infracción se deberá actuar de forma diligente (CAVANILLAS MÚGICA, Ob. cit.: 49).

Esto es lo que viene prescrito por los artículos 15 en su literal e, 16.1 literal a y 17.1 literal a, ya que la consecuencia de omitir el comportamiento exigido es la de generar responsabilidad en cabeza de los PSSI, por el hecho propio, toda vez que con su inobservancia de esta obligación, se entiende que se está contribuyendo con la producción del daño.

Así entonces, lo que se pretende a través de las citadas normas es tratar de satisfacer, en la medida de lo posible los intereses de los titulares de derechos vulnerados, ya que se establece un deber concreto a cargo del PSSI que se hace de obligatorio cumplimiento cuando tiene conocimiento efectivo de que hay una conducta ilícita, la cual constituye, según la redacción de las normas, una obligación de medio tendente a retirar la información o hacer imposible el acceso a la misma (GARROTE –DIEZ, 2004: 16).

Así las cosas, el eje central de la obligación de actuación que se exige a los PSSI es el conocimiento efectivo de la ilicitud de la conducta, el cual se constituye como el presupuesto de imputación de responsabilidad por la falta de actuación o por la actuación tardía por parte de éstos.

c. Actuación diligente

Por último, nos encontramos frente al deber de actuar con diligencia por parte de los PSSI una vez haya conocimiento efectivo. Este deber no se puede generalizar a todos los prestadores de servicios, sino que en cada caso en concreto deberán valorarse los medios con los que cuentan cada uno de los PSSI en aras de determinar si su actividad frente al conocimiento de la ilicitud de la conducta es negligente (CARRASCO, s.f.: 423 a 438).

Ahora, una vez claros los presupuestos bajo los cuales opera la responsabilidad en cuanto a los PSSI intermediarios en términos generales, corresponde analizar el tema concreto de los PSSI que actúan en las redes P2P. Se debe recordar entonces que de acuerdo con la clasificación de intermediarios propuesta, los PSSI de las redes P2P cabrían dentro de la categoría de proveedores de intermediarios de contenidos.

Por ende, la categoría que parecía huérfana relativa a los motores de búsqueda o páginas de enlaces a otros contenidos quedarán reguladas por estricta orden legal por lo dispuesto en el artículo 17 de la LSI. Así, teniendo en cuenta la constatación fáctica, encontramos que los portales web objeto de estudio toman información, la clasifican, la ordenan y la ponen a disposición de los usuarios, sin ejercer ningún tipo de modificación

a la misma; es una labor simplemente organizativa que hace más rápida y eficiente la búsqueda de cierto tipo de enlaces a los usuarios carentes de información.

Si así se muestra la realidad técnica en lo referente a las redes P2P, no queda más que concluir que los elementos estructuradores de responsabilidad antes estudiados son los aplicables a la hora de determinar si los portales web que brindan acceso a las redes, deberán responder por el hecho propio al facilitar la producción de un daño.

5. Aplicación por los tribunales en supuestos específicos

A continuación se reseñan algunos casos en los que los tribunales españoles decidieron supuestos bajo los cuales se pretende atribuir responsabilidad a los PSSI, por la violación de derechos de autor; por tanto, se analizarán las normas reguladoras de este tema.

1) Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 16 de septiembre de 2009, en este caso se pretendía, por parte de los demandantes, endilgar responsabilidad penal por la administración de la página web *elitedivx.com*, a través de la cual se brindaba acceso a unos programas de intercambio de archivos *peer to peer*, concretamente *emule* y *eDonkey*.

En la primera instancia se ordenó el sobreseimiento del caso por las siguientes razones:

En el desarrollo de esta actividad los imputados citados no intervienen directamente sobre las obras, salvo en lo tocante a actuaciones de tipo técnico y de control, y no obtenían una ganancia directa proveniente del acceso a la página web o de las obras que serían intercambiadas, con independencia de la ganancia que pudieron obtener de la publicidad insertada en la citada página y de la participación en la gestión de la misma”, considera que la labor desarrollada por los imputados es de mera intermediación sin trascendencia penal y que, en todo caso, faltaría el “dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización”.

De acuerdo con lo anterior, en materia penal, al no haber tipicidad de la conducta por parte de los demandados, no se podría imputar responsabilidad penal a éstos. Ahora, se puede afirmar que no hay tipicidad toda vez que en la actividad de intermediación que se realiza no hay control, manejo ni supervisión de datos, ni de usuarios de las redes.

2) Una reciente sentencia que declara la legalidad de las redes P2P, es la proferida por Juzgado Mercantil Número 7 de Barcelona, número 261/09 de 9 de marzo de 2010¹¹.

11. <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/03/13/sentenciaelrincondejesus.pdf>, consultado el 6 de mayo de 2010.

El Juzgado resuelve la demanda interpuesta por la SGAE (Sociedad general de autores y editores de España) en contra del señor JESÚS GUALDRON, en su calidad de titular de la pagina web www.elrincondejesus.com, por estar infringiendo derechos de autor, concretamente los artículos 17, 18 y 20.2, consagrados en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

A través del material probatorio, se pudo constatar que en la página objeto de demanda, solo se establecían vínculos de enlaces a la red P2P de EMULE, mas no se disponía en su servidores de obras protegidas por derechos de autor, así que mucho menos se podía verificar una distribución de la misma.

El sistema de *links* desarrollado por el demandado no supone ni distribución ni reproducción ni comunicación pública; el sistema desarrollado es el de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P, mediante el sistema de menús.

Frente a la normativa de propiedad intelectual se consideró por parte del juez que: “no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, orientar a los usuarios de la red de internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes p2p. En un sentido amplio el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet y multitud de páginas y buscadores (como google), permiten técnicamente hacer aquello que precisamente se pretende prohibir en este procedimiento, que es enlazar a las llamadas redes P2P”.

Frente a las conductas ejecutadas en las redes P2P el Juzgado determinó que: “los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la Ley en especial la reproducción, comunicación y distribución pública sin autorización. Por ello la actividad desarrollada por el demandado difícilmente encuentra acomodo en los actos típicos de la Ley. Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de internet no vulnera derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual”.

Como conclusión de lo anterior, se puede decir que la actividad desarrollada por portales web, no se encuentra tipificada en la Ley de propiedad Intelectual, razón por la cual tampoco a luz de esta normativa serían estos responsables frente a las vulneraciones de los derechos de los autores.

B. RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS REDES P2P

Como ya se mencionó, en aras de establecer la responsabilidad por daños ocasionados a terceros como consecuencia de la ejecución de actividades al interior de las redes P2P, los afectados prefieren encaminar su litigio hacia el PSSI, toda vez que el anonimato de los pares que intervienen en la red constituye una barrera que dificulta en gran medida la persecución de los verdaderos infractores.

Sin embargo, esto no quiere decir que no sea posible atribuir responsabilidad a éstos; si bien es cierto que la tarea es ardua, no quiere decir que sea imposible,

razón por la cual se estudia a continuación cómo opera la responsabilidad en cabeza de los miembros de las redes P2P.

En realidad, nada obsta para que los usuarios de las redes P2P puedan ser declarados como responsables de la vulneración de los derechos en estudio. De hecho, esto fue lo que ocurrió en el caso *NAPSTER*, en donde muchos usuarios fueron demandados y obligados a pagar sendas indemnizaciones como consecuencia de sus hechos.

Si se analiza la conducta ejecutada por los pares en estos casos en concreto, se encuentra con que se están realizando dos tipos de actos que la Ley de Propiedad intelectual reserva para los titulares de derechos de autor, que son la reproducción y la comunicación pública, lo cual es el fundamento que se deberá utilizar en pro de que se puedan adelantar las reclamaciones (GONZÁLES DE ALAIZA CARDONA, 2004: 51 y ss.).

El punto infranqueable de las reclamaciones viene determinado por la dificultad para determinar al agente que causa el daño. Sin embargo, se puede decir que las transmisiones en la red no son anónimas ya que junto a los datos enviados aparece la IP del ordenador de origen y la del ordenador de destino. La obtención de estos datos puede resultar ilegal si se utilizan rastreadores, pero no lo sería si se utilizaran los mismos programas P2P (Ídem).

Sin embargo, se debe destacar que a pesar de que jurídicamente el escenario planteado muestra la posibilidad de iniciar las reclamaciones pertinentes frente a los usuarios, se debe decir que la determinación del sujeto activo de la infracción no es simple; si bien es cierto lo que se reseñó en el párrafo anterior, se debe tener en cuenta que la IP muestra la actividad realizada por un ordenador, pero no identifica a la persona que se encuentra detrás de éste.

CONSIDERACIONES FINALES

Resolviendo la pregunta que se plantea como título del presente escrito, se puede afirmar que hay lugar a responsabilidad por la violación de los derechos de autor a cargo tanto de los PSSI así como de los usuarios –miembros de las redes P2P, siempre y cuando se verifiquen las condiciones que se analizaron antes.

Así las cosas, se considera que existe un cierto nivel de protección para los autores, que aunque no es el esperado por éstos, configura un mínimo frente al cual ven protegidas sus obras frente a los ataques de los que pueden ser susceptibles en la red.

Ahora, frente a lo dicho por los tribunales judiciales respecto a la obligación de responder por parte de los PSSI, se tiene que aunque los últimos pronunciamientos han ido encaminados a negar la responsabilidad de éstos cuando se trata de meros proveedores de vínculos, también lo es que el tema no es absoluto, sino que es cambiante; por tal razón, pese a que en la actualidad se puede afirmar que la actividad desempeñada por los PSSI de intermediación no tiene asidero claro en el *TRLPI*, no se podría afirmar que a futuro la tesis cambiará.

Ahora, lo que sí resulta claro es que tanto los PSSI como los miembros de las redes P2P son responsables frente a los autores por la vulneración de sus derechos, ya sea por el hecho propio como amplificadores o repetidores del daño ocasionado en el caso de los PSSI, o como responsables directos o ejecutantes principales de la conducta violatoria del Derecho, en el caso de los miembros de las redes P2P.

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ, J. (2007). *La Responsabilidad Civil por daños causados a través de internet*. Madrid.
- BOTANA, G. (1991). “Noción de Consumidor en el derecho Comparado”, en *Revista de Derecho comercial*, número 18, agosto de 1991.
- BUSTO LAGO, J. (2004). “La responsabilidad civil de los “Internet Service Providers” (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, número 5.
- CARRASCO, A. (s.f.). “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, en *Revista de Derecho Notarial*, número 139.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.) (2005). *Deberes y responsabilidad de los servidores de acceso y alojamiento*. Granada: Editorial Comares.
- CLEMENTE MEORO, M. (2003). *Responsabilidad civil y contratos en Internet*. Granada: Editorial Comares.
- GONZÁLES DE ALAIZA CARDONA, J. (2004). “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes P2P”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, número 18.
- GONZÁLES, J. (s.f.). “NAPSTER Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet” en *Revista de Propiedad Intelectual*, número 6.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2004). “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con las actividades de las plataformas P2P”, en *Revista de Propiedad intelectual*, número 16.
- GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I. (2000). “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos” en *Revista de Propiedad Intelectual*, número 6.
- ILLESCAS ORTÍZ, R. (2002). “Claroscuro con patitos. De Nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica”, en *Revista de Comercio Electrónico*, número 27, mayo de 2002.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados*. Madrid: Marcial Pons.