

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, ¿UN OBSTÁCULO PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO DIGITAL?

Autor:

Rafael Sánchez Arísti: Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

Presentación:

El 29 de enero de 2008 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) dictaba una Sentencia,¹ la cual resulta de gran interés por lo que se refiere a la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, y concretamente en el ámbito de las explotaciones no consentidas que se producen merced el empleo de determinadas aplicaciones de Internet (redes o plataformas peer-to-peer) que facilitan el intercambio masivo de archivos digitales que contienen música y películas. La sentencia aborda el problema de la identificación de los usuarios involucrados en ese tráfico, y por lo tanto se proyecta sobre la actuación de las compañías que prestan servicios de acceso a Internet en lo tocante a la colaboración que deben proporcionar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados: si, por un lado, cabe ver como una solución lógica que la Ley les obligue a cooperar para detectar y perseguir al infractor, por otro no debe olvidarse que está en juego el compromiso de preservar la confidencialidad de los datos de su clientela.

¹ Disponible en la web del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, <<http://curia.eu.int>>.

Obra:

Más allá de la doctrina que contiene la Sentencia, y de los concretos hechos sobre los que versa, interesa reflexionar sobre el contexto en el que ha sido dictada y sobre los escenarios hacia los que –cabe especular. Nos moveremos en un futuro próximo. Debo anticipar que la resolución no resulta demasiado satisfactoria para la protección de los derechos de propiedad intelectual, y aunque no puede decirse que anteponga a aquélla la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas,² lo cierto es que el esfuerzo legislativo efectuado en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea para lograr una más completa y efectiva protección de los derechos de autor y conexos, no sale demasiado bien parado del test al que lo somete el Tribunal de Justicia en esta ocasión.

El caso nos enseña que la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital se mueve en unas coordenadas bastante alejadas de las tradicionales, puesto que, en las explotaciones en línea, se debe contar con el factor de la intermediación de los proveedores de servicios de Internet, lo que introduce una lógica distinta, proveniente de la regulación sobre comercio electrónico y de la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas. Esto hace que las consideraciones relativas a la infracción en sí pasen prácticamente en un segundo plano, y debamos ocuparnos de materias que hasta hace poco era difícil imaginar que pudieran constituir el eje de una reclamación judicial por infracción de derechos de propiedad intelectual: antes de poder determinar si los sujetos a quienes se pretende demandar han cometido o no una infracción, el titular presuntamente afectado por la infracción se encuentra con que no tiene medio de averiguar la identidad de las personas a las que pretende demandar, las cuales se hallan parapetadas tras la protección de sus datos personales en el entorno de las comunicaciones electrónicas.³

² Como dicen I. Davies/ S. Helmer “productores de Música de España (“Promusicae”) v telefónica de España SAU (“Telefónica”) (C-275/06)”, *European Intellectual Property Review*, 2008/8 (Opinion), p. 308, el resultado podría haber sido todavía peor, pues el TJCEE podría haber establecido que el derecho a la intimidad debe prevalecer sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual.

³ Como ha dicho A. González Gozalo, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe.i. revista*

El telón de fondo sobre el que se produjo la controversia que originó la sentencia objeto de análisis es el de los usuarios de Internet que intercambian archivos (con obras y prestaciones protegidas) a través de redes *peer-to-peer* (P2P), y más en concreto a través de la red Kazaa.⁴ La entidad Productores de Música de España (Promusicae), que agrupa a los principales productores fonográficos de España, disponía de la direcciones IP de los usuarios involucrados en esa clase de tráfico, dato susceptible de detección cuando alguien hace uso de una de estas aplicaciones, pero desconocía los datos personales de los usuarios o abonados a los que tales direcciones IP correspondían, lo que imposibilita entablar una demanda frente de ellos, a menos que el operador de acceso –en cuya mano estaba vincular los datos de tráfico con los datos relacionados necesarios para identificar a los respectivos clientes– prestase su colaboración.

La sentencia objeto de examen ha sido dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (art. 234 del Tratado CE), en el marco del procedimiento civil iniciado por

de propiedad intelectual, nº28 (enero-abril 2008), p. 15: “[E]l mayor obstáculo con el que se encuentran los titulares de derechos de propiedad intelectual a la hora de defenderse frente a las infracciones que se cometen a través de redes *peer to peer* es el anonimato en que se amparan los usuarios de Internet para llevar a cabo conductas ilícitas. Frente a la propiedad intelectual y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los usuarios (y los proveedores de acceso) esgrimen su derecho a la protección de datos, que en el ámbito de las redes digitales de comunicaciones parece haberse convertido, de facto, en un derecho absoluto”.

⁴ Con posterioridad a la demanda situada en el origen de este proceso, Kazaa dejó de ser una red de intercambio de archivos *peer-to-peer* perseguida, gracias a diversos acuerdos extrajudiciales alcanzados con los titulares de derechos de propiedad intelectual que la habían demandado, tanto en Estados Unidos como en Australia. Pasó entonces a ofrecer la posibilidad de descargarse archivo dentro de un catálogo de pago, junto a la de intercambiar contenidos originales de los propio usuarios, o no protegidos por el *copyright*. En la actualidad, todo indica que el servicio de Kazaa está prácticamente en desuso, pudiendo decirse que ha dejado de suscitar interés para la comunidad de internautas, los cuales han migrado a otras plataformas de intercambio, o a servicios de descargas legales. Sobre el modelo de Kazaa, cuando todavía estaba expuesta a los avatares de las reclamaciones judiciales, recomiendo el comentario de F. Ruz a la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de septiembre de 2005, resolución que supuso el punto de inflexión en la actividad de esta compañía: “Kazaa y el fin de la revolución”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 21 (septiembre-diciembre 2005), pp. 143-165.

Promusicae contra la compañía Telefónica de España (asunto C-275/06). El asunto giraba en torno a si los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información, y en particular LOS PROVEEDORES DE ACCESO A Internet (como es el caso de Telefónica en España), tienen el deber de facilitar los datos personales de sus clientes, en el *marco de un procedimiento civil* relativo a la supuesta vulneración de derechos de propiedad intelectual cometida por tales clientes. Más en concreto, Promusicae instaba la diligencia preliminar que el art. 256.1.7° de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ha pasado a contemplar tras la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio –de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) para la transposición de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual–, y sobre la que en seguida volveremos.

EL INTERCAMBIO, A TRAVÉS DE REDES *PEER-TO-PEER*, DE OBJETOS PROTEGIDOS POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL AJENA.

La consideración de que los usuarios de una red *peer-to-peer* (ó P") de intercambio de archivos, realizan una actividad infractora de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los contenidos intercambiados (cuando tales derechos, como suele ser habitual, no les pertenezcan), no es seriamente discutida por la mayoría de los estudiosos dedicados a la propiedad intelectual.⁵

⁵ Vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano/ J.J. Marín López, "El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer-to-peer*", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007-III, pp. 164-267 y 200-202 [este estudio también ha sido publicado en *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y el Entrenamiento*, n° 20 (2007), pp. 365-406, bajo el título "Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio <<peer to peer>>"]; S. LEWINSKI, "algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos", Informe preparado para la 13ª Reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor de la UNESCO, París, 22-24 de marzo de 2005; A. GONZÁLEZ GOZALO, "El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), pp. 16-17; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación la actividad de las plataformas P2P", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 16 (enero-abril 2004), pp. 55 y ss.; J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, "La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes "peer to peer" (P2P)", *pe. i. revista de propiedad*

Por lo común, se suele estar de acuerdo en que estos usuarios realizan una suma de actos que penetran en la órbita de la exclusiva de los titulares, cuando cargan los archivos en su equipo en primer lugar, los ubican a continuación en una <<carpeta compartida>> –es decir, un directorio que se hace accesible al resto de usuarios de la misma plataforma–, para finalmente descargar los archivos puestos a su disposición por otros internautas. Estaríamos ante un acto inicial de reproducción (por más que sea *instrumental*) consistente en la carga del archivo, e inscribirse por tanto en la órbita del derecho exclusivo regulado en el art. 18 LPI y concordantes,⁶ seguido de un acto de puesta a disposición del público de los archivos previamente cargados, lo que de nuevo penetra en la órbita de otro derecho exclusivo de los autores (art. 20.2.i/LPI) y demás titulares de propiedad intelectual,⁷ y continuando por un segundo acto de reproducción, esta vez por vía de descarga de los archivos que otros usuarios de la red ponen a disposición del público. La realización no consentida (ni amparable en un límite) de esta suma de actos, convierte a quien los protagoniza en infractor y legitimado pasivo, no sólo de una acción de cesación (art. 139 LPI) sino también de una acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 140 LPI).

A los sumo, se ha especulado sobre la posibilidad de acogerse, sólo por lo que respecta a la fase de descarga de los archivos puestos a disposición del público por otros usuarios, al límite de copia privada, pues a tal uso destinaría el usuario el archivo descargado. Sin embargo, más allá de que los archivos descargados pasen normalmente a engrosar la carpeta compartida del usuario en cuestión (en muchos casos el programa obliga a ello para poder efectuar las descargas, por lo que ni siquiera son actos separables), lo que impediría considerar esas copias como privadas

intelectual, n° 18 (septiembre-diciembre 2004), pp. 25 y ss; J.P. APARICIO VAQUERO, “El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 8 (2005-2), pp. 55-72. Yo mismo me he referido a esta cuestión en R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, pp. 163 y ss. [un resumen de esta monografía ha sido publicado por el Instituto de Derecho de Autor en su Boletín n° 4 (dic.2007), puede verse en <http://www.institutoautor.org>].

⁶ Art. 107 LPI para los artistas, 115 y 121 LPI para los productores (fonográficos y audiovisuales), 126.1.b) LPI para las entidades de radiodifusión.

⁷ Vid. Arts. 108 LPI para los artistas, 116 y 122 LPI para productores, 126.1.c) LPI para las entidades de radiodifusión.

dada la evidente utilización colectiva que de ellas se estaría haciendo,⁸ sucede que en algunos ordenamientos se exige también como requisito para poder aplicar el límite de copia privada, que la persona que la realice haya tenido acceso legal al soporte matriz de la obra.⁹ Y no existe tal acceso legal, según creo, cuando la fuente de procedencia ha sido objeto de explotación sin salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de los titulares afectados por dicha explotación, extremo éste –ilicitud en la explotación del soporte de procedencia– que el internauta que participa en una red *peer-to-peer* sabe o no puede diligentemente ignorar,¹⁰ dado el rol de proveedor no autorizado de una red de este tipo. Así pues, habida cuenta de la ausencia de buena fe que a este respecto presenta el usuario de una plataforma P2P, no queda satisfecho el requisito de *acceso legal a la obra*.¹¹ En conclusión, los usuarios de redes P2P, aunque se limiten –hipótesis poco frecuente– a efectuar la mera descarga de archivos puestos a su disposición por otros usuarios, admiten ser considerados infractores del derecho de reproducción de los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual.

⁸ Para poder beneficiarse del límite de copia privada, la Ley española exige –entre otros requisitos– que las copia en cuestión “no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa” (art. 31.2 LPI). Por esta misma razón, los archivos que (no provenientes de la red) son subidos o cargados por el usuario a su carpeta compartida, nunca pueden beneficiarse del límite de copia privada, pues la subsiguiente puesta a disposición del público de esos ficheros constituye una evidente utilización colectiva de los mismos.

⁹ Es el caso español, desde la reforma de la LPI operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información (DDASI).

¹⁰ El estándar de conocimiento efectivo o implícito es manejado por la LPI española a efectos de valorar el comportamiento infractor, en sede tanto de programas de ordenador como de medidas tecnológicas de protección. En el primer caso, el art. 102 LPI considera infractor a “quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador *conociendo o pudiendo presumir* su naturaleza ilegítima”; en el segundo, el art. 160.1 LPI se considera legitimado pasivo de las acciones judiciales de protección que la propia LPI regula a “quienes, *a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo*, eludan cualquier medida tecnológica eficaz” [énfasis mío].

¹¹ Para un análisis más detallado de esta cuestión me permito remitir al lector a R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de la plataformas peer to peer*, ed. Instituto de Derecho de Autor Madrid, 2007, pp. 167-177. Vid. Asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ J.J. MARÍN LÓPEZ, “El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer-to-peer*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007-III, pp. 178-199.

Con todo, pese a la fácil constatación de que los usuarios de una red de este tipo invaden los derechos exclusivos de los titulares de propiedad intelectual, al tiempo que no pueden acogerse a un límite o excepción legal, ni realizan una actividad permitida compensada a través de un canon o compensación equitativa, lo complicado es, dado su elevado número, dispersión y anonimato, proceder a interponer las correspondientes demandas por infracción de los derechos. Justo lo contrario de lo que sucede con los operadores de esta redes, o proveedores del software de intercambio, las demandas contra los cuales no representan un reto por el volumen de potenciales demandados, o la dificultad de identificación de los mismos, sino por lo arduo de llevar al juez al convencimiento de que, debido a la comercialización de tecnología *peer-to-peer*, pueden ser considerados infractores indirectos de los derechos de propiedad intelectual relativos a los contenidos intercambiados.¹²

LA DILIGENCIA PRELIMINAR DE AVERIGUACIÓN DE DATOS DEL ART. 256.1.7º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Como ya hemos apuntado, el asunto que dio origen a la sentencia objeto de análisis se enmarcaba en un pleito de naturaleza civil. Concretamente arrancaba de una solicitud de diligencias preliminares para la

¹² Así se ha comprobado en los casos judiciales más célebres sobre la materia (Napster, Aimster, Grokster y Kazaa), los cuales he sometido a análisis en R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, pp. 97-137. Teniendo presentes las enseñanzas de esos casos, me propuse también un examen del problema a la luz del Derecho español (pp. 180-196). En mi opinión, los operadores de programas P2P comercializan un producto que, si bien en hipótesis es susceptible de usos lícitos, se emplea masivamente para usos ilícitos, o bien carece de usos lícitos comercialmente relevantes de acuerdo con el modelo de negocio elegido por el propio operador. Éste no puede de buena fe ignorar que los usuarios de su *software* no se proveerán de licencias para dar cobertura a su actividad, así como que dicha actividad no admite ser amparado bajo ningún límite legal. Ese conocimiento va unido al dato de que el operador del programa, que obtiene una ganancia comercial directamente ligada a los usos infractores del mismo, contribuye materialmente a la infracción, en tanto renuncia de antemano a articular un servicio que pueda conferirle el menor tipo de control sobre lo que hagan los usuarios, así como a incorporar en el *software* los elementos técnicos que pudieran eliminar o reducir las infracciones. Todo ello lo convierte en infractor civil de los derechos de propiedad intelectual afectados, en calidad de corresponsable de las infracciones protagonizadas por todos los usuarios de su programa.

obtención de información sobre el origen y las redes de distribución de mercancías o servicios ilícitos, de cara a preparar un pleito civil principal en defensa de derechos de propiedad intelectual. Conforme al art. 256.1.7° LEC, “todo juicio [civil] podrá prepararse (...) mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial (...)”. A continuación, el precepto especifica algunos de los datos cuya averiguación se podrá pretender con base en esta diligencia, aunque lo hace sin ánimo de exhaustividad. Se trata de: (a) los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías; (b) los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios; (c) las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías. También señala que las diligencias consistirán en el interrogatorio de una serie de sujetos, desde aquél a quien el solicitante de la medida considere autor de la violación, pasando por quienes, a escala comercial, hayan prestado o utilizado servicios, o hayan estado en posesión de mercancías, que pudieran haber lesionado derechos de propiedad intelectual (o industrial), hasta llegar a aquéllos a quienes los anteriores hubiesen atribuido intervención en los procesos de fabricación, distribución o prestación de tales mercancías y servicios. Las diligencias podrán extenderse a la exhibición de documentos acreditativos de los datos sobre los que versen todos estos interrogatorios.

La averiguación de los nombres y direcciones de los usuarios de programas de intercambio *peer-to-peer* que, con base en este precepto, pretendía Promusicae, se encontraba con el serio obstáculo de que la norma comienza por exigir que la infracción sea cometida *mediante actos desarrollados a escala comercial*, por los cuales el propio art. 256.1 LEC nos dice que hay que entender “aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos”, no siendo pacífica la consideración de que los usuarios de este tipo de redes desarrollen su actividad con la finalidad de lograr esa clase de beneficios.

Ciertamente, los internautas que intercambian archivos en una red *peer-to-peer* experimentan el ahorro del coste de adquisición de los soportes que albergan los contenidos por ellos descargados, pero es claro que la explotación que protagonizan no se efectúa a cambio de la directa percepción de un precio o tarifa, ni se observa que los efectos de la misma se introduzcan indirectamente en el seno de una actividad de índole empresarial o profesional. Habría pues que interpretar en sentido lato la noción de <<beneficio económico o comercial>> para admitir que la diligencia preliminar del art. 256.1.7° LEC puede ser empleada para reaccionar frente a la infracción consistente en la explotación no consentida de obras y otras prestaciones a través de las redes de intercambio de archivos *peer-to-peer*. Eso, o hacer de tal artículo una interpretación conforme con la norma comunitaria a cuya transposición sirve, puesto que el art. 256.1.7° LEC proviene de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la cual se llevó a cabo la incorporación a Derecho interno, entre otras normas comunitarias, de la Directiva 204/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En efecto, hay en esa Directiva elementos que nos pueden llevar a concluir, en primer término, que el legislador español ha efectuado una incorrecta transposición de algunos de sus preceptos, y de forma refleja, que la diligencia preliminar de la que venimos hablando debe poder emplearse para solicitar de un operador de acceso a Internet que desvele la identidad de aquellos de sus usuarios que tomen parte en una red de intercambio *peer-to-peer*.

En primer lugar, el Considerando (14) de la Directiva 2004/48/CE establece una precisión que puede tener su importancia en el caso que nos ocupa, ya que tras señalar que las medidas previstas -entre otros- en el art. 8°.1 de la propia Directiva (que, bajo la denominación de "derecho de información" contempla el antecedente de la diligencia preliminar regulada en nuestro art. 256.1.7° LEC) sólo se aplicarán con respecto a actos llevados a cabo a escala comercial, y explicar que por tales hay que entender los realizados para obtener beneficios económicos o comerciales director o indirectos, aclara que "esto excluye normalmente los actos realizados por los consumidores finales de buena fe". Así pues, esta puntualización puede venir en ayuda de la interpretación de la noción de "beneficio económico o comercial directo o indirecto" del art. 256.1 LEC, y permitiría considerar que también los consumidores finales, cuando no sean de buena fe (como sería el supuesto de los usuarios de una red de

intercambio de archivo *peer-to-peer*) puede protagonizar actos a escala comercial, a los efectos de poner en marcha una diligencia preliminar de averiguación de datos sobre el origen y redes de distribución de mercancías y servicios infractores de un derecho de propiedad intelectual.¹³

Por otro lado, y lo que sin duda resulta más significativo, el art. 8°.1 de la Directiva 2004/48/CE, a diferencia de lo que prevé el art. 256.1.7° LEC, no limita la diligencia preliminar de averiguación de información a las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas mediante actos desarrollados a escala comercial, sino que se refiere de manera genérica a la necesidad de que los Estados miembros garanticen que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar a determinados sujetos “que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infrinjan un derecho de propiedad intelectual”. Es cuando se refiere a las personas a las que, junto al infractor, se les debe poder ordenar que faciliten esos datos, cuando aparece la puntualización que el legislador español ha aplicado [incorrectamente] a la infracción, pues tales personas son: (a) quien haya sido hallado en posesión de las mercancías litigiosos *a escala comercial*; (b) quien haya sido hallado utilizando servicios litigiosos *a escala comercial*; (c) quien haya sido hallado prestando *a escala comercial* servicios utilizados en las actividades infractoras; (d) quien haya sido implicado por alguno de los anteriores en la comercialización o prestación de mercancías o servicios litigiosos. Con arreglo a esta redacción, de la que es fácil ver hasta qué punto se aleja la dicción de nuestro art. 256.1.7° LEC –con claro riesgo para la correcta incorporación de la medida a la que se refiere la Directiva–, es perfectamente sostenible afirmar que para poner en marcha la diligencia en cuestión no es necesario que el infractor haya desarrollado actos a escala comercial, sino que basta con que lo prestado a tal escala sea el servicio que dicho sujeto ha empleado para efectuar la actividad infractora. En el caso de las redes de intercambio *peer-to-peer*, no sería necesario por consiguiente entrar a valorar si el beneficio obtenido por los usuarios de las mismas, y su carácter de consumidores finales de mala fe, permite considerar que protagonizan una actividad a escala comercial, pues basta con que se valgan para cometer su infracción de un servicio prestado [por otro sujeto] a escala comercial, para que el prestador de

¹³ De esta opinión es A. GONZÁLEZ GOZALO, en *Las Reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 207-211

dicho servicio venga obligado a revelar los datos de que disponga sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios infractores. En el caso de las redes peer-to-peer, es claro que cabe considerar que los proveedores de servicios de Internet, y en concreto los operadores de acceso, admiten ser contemplados como sujetos que facilitan a escala comercial servicios que otras personas utilizan para cometer actividades infractoras, y por consiguiente, con base en el art. 8º.1.c) de la Directiva 2004/48/CE y en una interpretación del art. 256.1.7º LEC conforme con aquél, deberían proporcionar los datos de aquellos de sus clientes que hayan protagonizado esas infracciones en el contexto de una diligencia preliminar instada por los titulares de los derechos infringidos.¹⁴

Sin embargo, todas estas conjeturas en torno al art. 256.1.7º LEC no fueron puestas sobre el tablero, o al menos no ha trascendido que así sucediera, pues en lugar de procurar exprimir la variante interpretativa de dicho precepto más favorable a su posición, Telefónica se opuso a la pretensión de Promusicae con base en la protección que por su parte merecía la privacidad de sus clientes, y habida cuenta de que la diligencia instada constituía una medida preparatoria de un proceso civil, y no de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, únicos casos estos últimos en los que, de conformidad con lo que disponía el art. 12.3 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), determinados prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información, y en concreto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, debían conservar los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de sus respectivos servicios, y ponerlos a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así se lo requieran.¹⁵

¹⁴ De nuevo puede verse A. GONZÁLEZ GOZALO, en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 207-211. Este autor vuelve a pronunciarse en el mismo sentido en "El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº28 (enero-abril 2008), pp. 47-48.

¹⁵ El art. 12 LSSICE ha sido posteriormente derogado de manera explícita por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones

Así, el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de sus clientes, emergía como una especie de <<triunfo>> que Telefónica pretendía de superior valor a la carta jugada por Promusicae, enfrentando la norma que servía a garantizar aquellos derechos en el marco de las comunicaciones electrónicas al precepto que regula la diligencia preliminar del art. 256.1.7° LEC, y por consiguiente eludiendo discutir si los usuarios de redes *peer-to-peer* desarrollan o no actos a escala comercial, u otros extremos parecidos.

Dicha baza se pudo jugar básicamente por la naturaleza civil de la acción interpuesta por Promusicae, la cual a su vez explica por lo dudoso que habría sino que prosperase una acción penal contra los usuarios de redes *peer-to-peer*. En efecto, conforme al art. 270.1 del Código penal (CP), los delitos relativos a la propiedad intelectual exigen en España que la actividad infractora (explotar una obra o prestación ajena sin la autorización de os titulares de los correspondientes derechos) se efectúe “con ánimo de lucro”,¹⁶ lo que parece indicar la necesidad de que el infractor obtenga con su conducta un incremento patrimonial superior al mero

electrónicas y a las redes públicas de comunicación, por la que se traspuso al ordenamiento español la Directiva 2006/24/CE, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones [que a su vez modificó la Directiva 2002/58/CE]. Para algunos, como A., GONZÁLEZ GOZALO, en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 211-212, al menos el apartado tercero de ese artículo había quedado ya implícitamente derogado por el art. 256.1.7° LEC. Por la misma razón, este autor considera que la reciente aprobación de la Ley 25/2007, no altera el estado de la cuestión: siendo su ámbito objetivo de aplicación la conservación y cesión de los datos por los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación en relación con la detección. Investigación y enjuiciamiento de delitos graves (vid. Su art. 1°.1), el art. 256.1.7° LEC (y algunas otras normas contempladas en la legislación sobre propiedad intelectual) continuarían permitiendo la utilización de los datos conservados en el marco de procedimientos civiles por infracción de derechos de propiedad intelectual. Cualquier otra interpretación conllevaría admitir la existencia de un ámbito de impunidad en Internet respecto de todas aquellas conductas infractoras protagonizadas por usuarios de servicios y redes de comunicaciones electrónicas, que no alcanzasen la categoría de *delito grave*. Vid. A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer-to-peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), pp. 59-63.

¹⁶ También exige la norma que dicha actividad se realice “en perjuicio de tercero”.

ahorro del coste de adquisición de la obra logrado merced al disfrute de una copia no autorizada de la misma, o dicho de otra forma, obtenga una ganancia económica ligada a la puesta en marcha de una infraestructura comercial.¹⁷ Desde este punto de vista, los internautas que intercambian archivos sirviéndose de una red P2P no albergarían un ánimo de lucro penalmente relevante,¹⁸ y de ahí la pertinencia de interponer frente a ellos una acción de carácter civil.¹⁹

¹⁷ Lo que los aproxima a los delitos relativos a la propiedad industrial que castigan a quien explote sin permiso de su titular una patente o una marca, siempre que lo haga "con fines industriales o comerciales" (vid. arts. 273.1 y 274.1 del Código penal). La necesidad de un tratamiento homogéneo del requisito del ánimo de lucro en los delitos relativos a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, es puesta de manifiesto por la Circular 1/2006, de 5 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, sub III.2.c) y VII.2.2.c). Combaten esta interpretación R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/J.J. MARÍN LÓPEZ, "El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer-to-peer*", *Cuaderno de Derecho Judicial*, 2007-III, pp. 225-230. Para estos autores la aproximación debe hacerse hacia el resto de delitos contra el patrimonio, tales como el hurto, el robo, la extorsión o la estafa, y hacia el modo en que la jurisprudencia ha interpretado el requisito del ánimo de lucro, que el Código penal exige en todo ellos, en el sentido de entender por tal "cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo" (pp. 214-225). Todo ello, a partir de la premisa de que carecemos de jurisprudencia del Tribunal Supremo que interprete el requisito del ánimo de lucro en los delitos relativos a la propiedad intelectual. En mi opinión hay dos razones por las que el requisito del ánimo de lucro debe interpretarse de modo distinto en los delitos relativos a la propiedad intelectual y en estos delitos contra el patrimonio propios de los bienes materiales: en primer lugar, la existencia de una protección civil específica, tipificada en una Ley especial (arts. 138 y ss. LPI), la cual prácticamente quedaría vacía de contenido si el requisito del ánimo de lucro del art. 270.1 CP se interpretara de forma tan amplia; en segundo lugar, el carácter inmaterial del bien jurídico protegido, que excluye la posibilidad de considerar que el uso personal del bien, no ligado a una explotación con terceros, penetra en la órbita de exclusiva del titular, de donde resulta que –a diferencia de los bienes materiales, cuyo valor de uso se erige en bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio– no toda ventaja o utilidad extraída de un bien inmaterial sin permiso de su titular redundaría en una usurpación de los derechos de explotación pertenecientes al mismo.

¹⁸ Así lo he sostenido en R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, pp. 178-180, con cita de otros autores en apoyo de esta tesis. La mencionada Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, es también clara en este sentido, al decir que "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

Claro que, si concluimos que los titulares de derechos no tiene abierta la vía penal para actuar frente a las infracciones cometidas por los usuarios que intercambian archivos en redes P2P, lo que no debería suceder es que, a su vez, se le pongan obstáculos insalvables cuando pretendan interponer una acción civil en defensa de sus derechos. Éstas es la paradoja a la que parecía conducir el art. 12.3 LSSICE cuando limitaba la posibilidad de que los operadores de Internet facilitasen los datos de sus clientes sólo en el marco de investigaciones de carácter penal, o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional (y lo que podría desprenderse de una lectura apresurada de la ahora vigente Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación). Afortunadamente, teníamos –y tenemos– el art. 256.1.7.º LEC, con apoyo en el cual cabe entender que, en el marco de la preparación de un proceso civil, es viable solicitar al juez que, bajo su autoridad y control, exija a quienes prestan servicios

individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil” [sub VII.2.2.c)], lo que vendría exigido por el principio de intervención mínima del Derecho penal. En contra se muestran R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ J.J. MARÍN LÓPEZ, “El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer-to-peer*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007-III, pp. 202 y ss. Y en particular pp. 214-232.

¹⁹ Aunque el caso no se refería a un usuario de una red P2P sino a un internauta que ofertaba e intercambiaba material protegido a través del correo electrónico, puede tener interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18.02.2008 (que resolvía un recurso contra una sentencia del Juzgado de la Penal nº3 de Santander, de 14.07.2006), y de hecho la propia resolución establece un correlato desde el punto de vista de la calificación jurídica entre esa conducta y la del que intercambia obras en redes P2P. Por lo que toca a las reproducciones que el acusado hacía al adjuntar los archivos en sus correos, la Sentencia señala que no podían acogerse al límite de copia privada, porque al enviarse eran objeto de una clara utilización *colectiva*. Sin embargo, en la medida en que el acusado no las vendía a cambio de precio, entiende el Tribunal que no le movía un ánimo de lucro en sentido estricto, y por tanto no incurría en la conducta tipificada en el art. 270.1 CP. La Sentencia subraya que no se puede trasvasar la interpretación de ánimo de lucro que se hace en sede de delitos contra la propiedad ordinaria, puesto que la propiedad intelectual tiene perfiles propios, las nuevas TIC dan a los usuarios armas muy poderosas (lo que conforma una “realidad social” que no se puede desconocer), la tipificación de conductas del 270.1 CP se hace en términos muy abiertos, y el margen de aplicación del límite de copia privada es por el contrario bastante estrecho; por todo lo cual, y por el principio de fragmentariedad y de intervención mínima del Derecho Penal, el intercambio de archivos en estas redes no debe considerarse punible, lo que naturalmente no significa que no constituya una infracción civil.

de intermediación de la sociedad de la información, tales como los operadores de redes y los proveedores de acceso, que revelen la identidad de los usuarios infractores. Cualquier otra interpretación, en el estado actual de la legislación española, equivaldría a condenar a los titulares de derechos de propiedad intelectual a la indefensión, frente a aquellas infracciones que se cometan por usuarios anónimos de servicios de comunicaciones electrónicas.²⁰

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNITARIO EN EL CASO "PROMUSICAE": UNA SATISFACCIÓN PROPORCIONAL DE LOS DERECHOS DE LIZA.

Centrándonos en el contenido de la Sentencia objeto de examen, el órgano judicial español elevó la cuestión prejudicial para que el TJCEE determinase si el artículo 12 LSSICE, que como hemos dicho sólo preveía la conservación de los datos de conexión y tráfico relativos a las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, por parte de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, "para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran", resultaba compatible con lo dispuesto por las Directivas comunitarias dirigidas a lograr que los Estados miembros garanticen, en relación con los servicios de la sociedad de la información, la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual (esto es, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio electrónico, la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

²⁰ O a la búsqueda de vías de defensa progresivamente más alejadas de las que corresponden a un titular de derechos de propiedad intelectual. En esta línea puede mencionarse la reciente iniciativa de las discográficas que han demandado a un conocido operador de un programa P2P en España (Manolito P2P) por competencia desleal, abandonando ya toda lógica conectada a la defensa de derechos exclusivos de propiedad intelectual. Puede verse la información al respecto aparecida en el diario *El País*, de 5 y 6 de junio de 2008 [<http://www.elpais.com/?d-date=20080605> y <http://www.elpais.com/?d-date=20080606>].

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual), así como con los artículos 17.2 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta), los cuales se refieren, respectivamente, a la protección de la propiedad, y en concreto de la propiedad intelectual, y al derecho a la tutela judicial efectiva.²¹

Tras resolver sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial,²² el Tribunal de Justicia comienza señalando que, si bien el órgano

²¹ El contenido textual de la cuestión prejudicial, que puede consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOCE) C 212/20, de 2.9.2006, es el siguiente: “El derecho comunitario y, concretamente, los artículos 15.2 y 18 de la Directiva 2000/31/CE (1) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior; los artículos 8.1 y 2 de la Directiva 2001/29/CE (2) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; el artículo 8 de la Directiva 2004/48/CE (3) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; y los artículos 17.2 y 47 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿permiten a los Estados miembros restringir marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad y de la defensa nacional, con exclusión, por tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, que recae sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamientos de datos?”.

²² En sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno italiano había manifestado sus dudas sobre la necesidad de que el Tribunal de Justicia se pronunciase. Al observar que el propio órgano consultante no había excluido que la normativa nacional controvertida no restringiese el deber de divulgación de los datos personales al marco de las investigaciones penales o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional. Se trataría, por tanto –a su entender– de una cuestión prejudicial hipotética. Frente a ello, señala la Sentencia que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia interpretar las normas nacionales, ni pronunciarse sobre la compatibilidad de dichas normas con el Derecho comunitario, ni pronunciarse sobre la compatibilidad de dichas normas con el Derecho Comunitario, si que es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación relacionados con el derecho comunitario que pueden permitirle apreciar la compatibilidad de las normativa comunitaria. Y en el caso de que se trata, resulta manifiesto –según el Tribunal de

jurisdiccional remitente de la cuestión limitó su consulta a la interpretación de la Directivas 2000/31/CE, 2001/29/CE y 2004/48/CE, y a determinados artículos de la Carta, ello no impide examinar el asunto a la luz de otras piezas del Derecho comunitario, y más en concreto de la Directivas que se refieren a la intimidad y al tratamiento de los datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, a saber, 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, y la Directiva 95/46/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Es más, de las propias Directivas mencionadas por el órgano consultante –en concreto de los artículos 1.5.b) de la Directiva 2000/31/CE, 9 de Directiva 2001/29/CE y 8.3.e) de la Directiva 2004/48/CE–, se desprende que la protección de los derechos de propiedad intelectual no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de los datos personales. Por otro lado, no hay que olvidar que el art. 12 LSSICE tendría por finalidad aplicar las normas de protección de la intimidad que impone el Derecho comunitario en virtud de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, y si ello se combina con que la transmisión de datos que Promusicae pretende obtener de Telefónica constituye un tratamiento de datos personales en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 2002/58/CE, en relación con el artículo 2.b) de la Directiva 95/46/CE, no puede sino admitirse –observa la Sentencia– que dicha transmisión penetra de lleno en el ámbito de aplicación de ambas Directivas.

Una vez sentada esta constatación, el Tribunal de Justicia expone cuál será el itinerario a seguir: en primer lugar, verificará si la Directiva 2002/58/CE impide que, para lograr una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual, los Estados miembros impongan el

Justicia- que el órgano jurisdiccional remitente estima que la interpretación del artículo 12 de la LSSICE depende de la compatibilidad de esta norma con las disposiciones del Derecho comunitario que deben tomarse en consideración y, por lo tanto, de la interpretación de dichas disposiciones que se solicita al Tribunal de Justicia. De esta forma, el resultado del litigio principal está ligado a dicha interpretación, no siendo en absoluto evidente que la cuestión planteada tenga una naturaleza hipotética, por lo que procede declarar la admisible.

deber de comunicar datos personales que permitan al titular de tales derechos iniciar un procedimiento civil basado en la existencia de los mismos; en segundo lugar, en caso de que no exista tal prohibición, tratará de determinar si de las tres Directivas a las que se refiere expresamente el órgano remitente se desprende que los Estados miembros están obligados a imponer tal deber; por último, si el resultado de esta segunda verificación también resultase negativo, sería necesario averiguar –a partir de la referencia realizada por el órgano remitente a la Carta– si, en una situación como la del asunto principal, otras normas de Derecho comunitario pueden exigir una lectura diferente de esas tres Directivas.

Por lo que se refiere a la Directiva 2002/58/CE, razona la Sentencia cómo su art. 5.1 establece el deber de los Estados miembros de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas y de los datos de tráfico asociados a ellas, así como el de prohibir el almacenamiento de tales datos por personas distintas de los usuarios sin el consentimiento de los interesados. No obstante, el art. 15.1. de la misma Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones a ese deber, pudiendo adoptar medidas legales para limitar la confidencialidad de los datos de tráfico asociados a las comunicaciones electrónicas, básicamente a los fines de la protección de la seguridad nacional, la defensa y la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos. Ciertamente, se trata de una posibilidad y no de una obligación, y además, como constata la Sentencia, ninguna de esas excepciones se refiere a situaciones que precisen la iniciación de un procedimiento civil, sino que tienen por objeto, otras actividades propias de las autoridades estatales (seguridad nacional, defensa y seguridad pública), ora la persecución de infracciones penales. Sin embargo, el art. 13.1 de la Directiva 95/46/CE (al que acaba remitiéndose el art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE) autoriza también a los Estados miembros –dice el TJCE– a adoptar medidas que limiten la obligación de confidencialidad de los datos personales, entre otros supuestos, cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la protección de los derechos y libertades de otras personas, y puesto que no se precisan los derechos y libertades de que se trata, cabe interpretar que dichas disposiciones expresan la voluntad del legislador comunitario de no excluir de su ámbito de aplicación la protección del derecho de propiedad, ni por consiguiente la de las situaciones en que los autores

pretenden obtener esa protección en el marco de un procedimiento civil.²³

Hecha esta constatación, el Tribunal pasa a la segunda de las verificaciones que se había propuesto, esto es, examinar si las tres Directivas mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente obligan a los Estados miembros a imponer a determinados proveedores de servicios de Internet el deber de transmitir datos personales en el marco de un procedimiento civil, con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual.

En este sentido –como sabemos– el art. 8º.1 de la Directiva 2004/48/CE reconoce el llamado “derecho de información”, en virtud del cual los Estados miembros deben garantizar que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes [no necesariamente penales] puedan ordenar que quienes hayan sido hallados prestando a escala comercial servicios utilizados por otros para cometer una infracción faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual (v. gr. Los datos personales que permitan identificar al infractor).

²³ Ésta es una primera conclusión importante de la Sentencia, a decir de A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 28 (enero-abril 2008), pp. 43-44. Significaría –según este autor– “que los artículos 5 y 6 de la Directiva [2002/58/CE] no excluyen, sin más, cualquier tratamiento de datos relacionados con la identificación de usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas que no sea realizado por la autoridad competente en el marco de la detección, investigación o enjuiciamiento de un delito. O, lo que es lo mismo, significa que los ordenamientos nacionales pueden permitir tratamientos vedados por estos arts. 5 y 6 de la Directiva [2002/58/CE] cuando sea necesario para proteger derechos de terceros, incluida la propiedad intelectual”. De hecho –como recuerda el propio GONZÁLEZ GOZALO– así sucede ya en varios Estados miembros (v.gr. Reino Unido, Francia, Holanda, Dinamarca), cuyos ordenamientos prevén la obligación de los prestadores de servicios de revelar la identidad de sus abonados en el marco de procedimientos civiles por infracción de la propiedad intelectual; y merced a la doctrina sentada por el TJCE en esta Sentencia cabe pensar –dice este autor– que otros Estados miembros, que a día de hoy restringen la comunicación de los datos de identificación de los usuarios de Internet al ámbito penal, modifiquen su posición en un futuro.

Sin embargo –dice el TJCCEE–, estas disposiciones deben leerse en relación con el apartado 3.e) del mismo artículo, según el cual los apartados 1 y 2 [del mismo precepto] “se aplicarán sin perjuicio de otras disposiciones legales que: (...) rijan la protección de la confidencialidad de las fuentes de información o el tratamiento de los datos personales”. De ahí se desprendería que los Estados miembros no están obligados a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil con objeto de garantizar una protección efectiva de los derechos de autor.

Tal deber –añade el tribunal– tampoco emana de los arts. 15.2 y 18 de la Directiva 2000/31/CE,²⁴ ni del art. 8º.1 y 2 de la Directiva 2001/29/CE.²⁵

²⁴ El primero de esos preceptos faculta (ciertamente, no obliga) a los Estados miembros para imponer a los prestadores de servicios de la sociedad de la información el deber de comunicar a las autoridades competentes que se soliciten, en el marco de procedimientos por infracción de derechos [no necesariamente penales], los datos que permitan identificar a los usuarios de sus servicios (ciertamente, se refiere a proveedores de servicios de alojamiento, no de acceso). En cuanto al art. 18, obliga a los Estados miembros a disponer recursos judiciales que permitan adoptar medidas rápidas dirigidas a poner fin a una presunta infracción. Entre esas medidas cabe pensar que se incluirían las de identificación del presunto infractor, presupuesto necesario para instar el cese de la actividad infractora. No obstante –siguiendo a A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), p. 22- el art. 1.5.b) establece que esta Directiva no se aplicará “a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE” (predecesora de la Directiva 2002/58/CE), lo que vendría a indicar que la Directiva 2000/31/CE no puede crear excepciones a los derechos reconocidos a los usuarios por las Directivas en materia de protección de datos.

²⁵ El art. 8º de la Directiva 2001/29/CE ordena a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar que los titulares de derechos de propiedad intelectual perjudicados por una infracción, puedan obtener un resarcimiento de daños y perjuicios, así como medidas cautelares y determinadas formas de reintegración de su derecho. Como recuerda a A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), p.22, el éxito de estas pretensiones puede requerir el tratamiento de datos de los presuntos infractores, con lo que, según este autor, esta norma parece permitir implícitamente el tratamiento de esos datos cuando haya indicios fundados de infracción y el tratamiento resulte imprescindible para ejercitar las acciones correspondientes, aunque éstas sean de naturaleza civil. Ahora bien, como en el caso de la Directiva anterior, el art. 9º dice que la Directiva 2001/29/CE “se

Ésta sería pues la segunda gran conclusión de la sentencia:²⁶ si bien las Directivas en cuestión reclaman de los Estados miembros la instauración de una protección efectiva de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, esa protección no podrá ir en detrimento de las exigencias relativas a la protección de datos personales. Debe tratarse por tanto de coordinar o hacer compatibles ambas protecciones, lo que significa que ninguna de ellas prevalece sobre la otra.²⁷

En mi opinión, de la acción combinada de las dos conclusiones hasta ahora alcanzadas por el Tribunal de Justicia se desprende el resultado de que los estados miembros pueden establecer el deber de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas de revelar los datos de aquellos de sus clientes respecto de los cuales haya indicios de que han cometido una infracción de derechos de propiedad intelectual, siempre que dicha diligencia se canalice y controle por la autoridad judicial, incluso en el marco de un procedimiento civil. Y ello porque, según hemos visto: (a)

entenderá sin perjuicio” –entre otros- “de las disposiciones relativas (...) [a] la protección de datos y el derecho a la intimidad”, lo que de nuevo implicaría que sus disposiciones no sirven para desplazar los derechos que las directivas sobre protección de datos reconocen a los usuarios de servicios de Internet.

²⁶ Vid. de nuevo. A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), p. 45.

²⁷ Para A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), p. 34, esa compatibilidad no tiene por qué implicar una prioridad a favor de las Directivas sobre protección de datos, antes bien debe alcanzarse un punto de equilibrio entre la tutela de los derechos de propiedad intelectual y la de los datos personales. El propio GONZÁLEZ GOZALO de algunas pistas sobre cómo lograrlo: “limitando el tratamiento de datos no consentido a aquellos casos en los que sea imprescindible para la defensa de la propiedad intelectual; restringiendo el deber de los prestadores de servicios de revelar la identidad de los usuarios a aquellos supuestos en los que se presenten indicios suficientes de que se ha producido una infracción; exigiendo que sea un tribunal, que perfectamente puede ser civil, el que decida, a la vista del caso concreto, si los datos personales de los supuestos infractores deben ser revelados al titular de los derechos infringidos; imponiendo que los datos que en su caso se pongan a disposición del tribunal sean utilizados únicamente para la defensa de los derechos infringidos...”. Lo importante –insiste este autor en p. 67– es no crear para el usuario de servicios de la sociedad de la información en estatus de protección que supere al que el ciudadano tiene fuera de la red.

las Directivas sobre protección de datos *no prohíben* [pero entonces permiten], que se instaure una solución de ese tipo, y (b) las Directivas sobre protección de derechos de propiedad intelectual *no obligan a* [pero igualmente permiten] que los estados miembros prevean esa posibilidad. La suma de una no prohibición y de una no obligación, determina la existencia de un doble permiso, a la vez positivo y negativo:²⁸ los Estados miembros pueden tanto realizar como omitir la acción de referencia, en el caso prever un mecanismo en virtud del cual los datos personales de aquellos usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas que cometan infracciones de derechos de propiedad intelectual, deban ser revelados por el correspondiente operador en el contexto de una acción civil instada por los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados.

Sea como fuere, y continuando con el esquema de análisis marcado, puesto que el resultado de la segunda indagación también resulta negativo, el Tribunal de Justicia pasa a la tercera de las fases descritas, esto es, la consistente en averiguar si la interpretación de las tres Directiva invocadas (la 2000/31/CE, la 2001/29/CE y la 2004/48/CE, según la cual los Estados miembros no están obligados a imponer a determinados prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información el deber de comunicar datos personales e un procedimiento civil con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor, implica vulnerar el derecho fundamental de propiedad (del que forman parte los derechos de propiedad intelectual) y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en conexión con los arts. 17.2 y 47 de la Carta.

Ambos derechos constituyen ciertamente –dice el tribunal de Justicia, con cita de su propia jurisprudencia- principios generales del Derecho comunitario; sin embargo, no debe olvidarse que el art. 7 de la Carta garantiza el respecto a la intimidad, y el art. 8 de la misma proclama expresamente el derecho a la protección de los datos personales. Deben por tanto ponderarse o conciliarse las exigencias derivadas de la protección de los distintos derechos fundamentales en juego. Según la Sentencia, esa ponderación o conciliación debe provenir, de un lado, de lo dispuesto por las propias Directivas comunitarias que desarrollan tales

²⁸ Sobre las normas que contienen obligaciones, prohibiciones y permisos, puede verse G. LUMIA, Principios de teoría e ideología del derecho, ed. Debate, Madrid, 1993, pp. 32-34.

derechos. Así, la Directiva 2002/58/CE establece normas que determinan en qué situaciones y en qué medida es lícito el tratamiento de datos personales, y las Directivas 2000/31/CE, 2001/29/CE y 2004/48/CE exceptúan el supuesto en que las medidas adoptadas para proteger los derechos que regulan afecten a la protección de los datos personales. En segundo lugar, los mecanismos de conciliación deben resultar de la adopción, por los estados miembros, de disposiciones nacionales que garanticen la adaptación del Derecho interno a estas Directivas, así como de la aplicación de las citadas disposiciones por las autoridades nacionales. Y es que, lógicamente, las Directivas en liza son de naturaleza relativamente general, debiendo aplicarse a un gran número y variedad de situaciones que pueden presentarse en el conjunto de los Estados miembros, y dejando en consecuencia a los Estados miembros un margen de apreciación para definir medidas de adaptación del Derecho interno que puedan ajustarse a las diferentes situaciones previsibles. De ahí que sean los Estados miembros quienes, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, hayan de procurar hacer una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Asimismo, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, al tiempo que procurar que la interpretación que de éstas hagan no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales ni con los demás principios generales del Derecho comunitario, como sería el principio de proporcionalidad.²⁹

Como colofón, y haciendo repaso de las conclusiones alcanzadas, el TJCEE responde a la cuestión planteada observando que las Directivas 2000/31/CE, 2001/29/CE y 2002/58/CE no obligan –aunque tampoco impiden– a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto

²⁹ Para A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), pp. 45-46, ésta sería la tercera gran conclusión de la Sentencia. A su entender, “es plenamente consecuente con la argumentación seguida por el TJCE a lo largo de la sentencia, que parte de la base de que los derechos en conflicto, regulados en las diversas Directivas aplicables al caso, se encuentran a un mismo nivel.”

de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. No obstante, el Derecho comunitario exige que los Estados miembros, al adaptar su ordenamiento interno a esas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Adicionalmente, al aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deberán interpretar su Derecho nacional no sólo de conformidad con estas mismas Directivas, sino también con los mencionados derechos fundamentales y el resto de principios generales del Derecho comunitario, señaladamente el de proporcionalidad.

El resultado final resulta –a mi entender– deliberadamente ambiguo, ya que si bien, por un lado, el tribunal vendría a sancionar la coherencia de la norma española con el Derecho comunitario (también, dicho sea de paso, la de otra hipotética norma nacional que previera justamente lo contrario), por otro parece estar ofreciendo al órgano consultante instrumentos para que, en el ejercicio de sus funciones interpretativas, llegue –en su caso– a la conclusión de que el adecuado equilibrio entre los derechos fundamentales en juego y la salvaguarda del principio de proporcionalidad sólo quedan asegurados con una interpretación del art. 256.1.7º LEC, según la cual es viable, en el marco de la preparación de un proceso civil, solicitar al juez que, bajo su autoridad y control, exija a quienes prestan servicios de intermediación de la sociedad de la información, tales como los operadores de redes y los proveedores de acceso, que revelen la identidad de los usuarios indiciariamente infractores, al objeto de poder entablar una demanda frente a ellos.³⁰

³⁰ También R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La guerra del P2P”, *Aranzadi Civil*, 2007/20 (Tribuna), parece entender que la sentencia habría señalado ese posible camino al órgano consultante. En su opinión, cuando el TJCEE proclama que los órganos jurisdiccionales y administrativos de los estados miembros, al aplicar la legislación sobre propiedad intelectual y sobre protección de datos personales, deben respetar el equilibrio entre los derechos fundamentales en juego, estaría indicando “que el principio de proporcionalidad o equilibrio entre los derechos fundamentales confrontados permite interpretar el art. 12 de la ley 34/2002 de manera favorable a la petición de información

VALORACION CRÍTICA Y NUEVAS PERSPECTIVAS.

Sin embargo, y a pesar de ese posible resquicio que la Sentencia parecía dejar al Juez nacional consultante, la interpretación que de este fallo del TJCEE parece haber prevalecido, es la de que no ha colocado en muy buena posición a los titulares de derechos de propiedad intelectual en trance de interponer una demanda civil frente a infractores de sus derechos que sean usuarios anónimos de servicios de comunicaciones electrónicas,³¹ o que en el mejor de los casos, ha servido para dejar en tablas la partida librada entre titulares de propiedad intelectual y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas.³²

solicitada por Promusicae para demandar a los internautas infractores de su propiedad intelectual”.

³¹ En este servicio, puede verse C. LASARTE ÁLVAREZ, “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, Diario La Ley, n° 6951, 22 de mayo de 2008, p. 8, para quien la Sentencia “llega a una conclusión absolutamente insatisfactoria para todos los autores y creadores, cuyas reclamaciones judiciales en vía civil son condenadas, irremisiblemente, al fracaso, de manera tal que cualesquiera infracciones y conductas contrarias a la propiedad intelectual que no merezcan la calificación de delito propiamente dicho quedarán absolutamente impunes ante la imposibilidad de prueba de las descargas masivas y de la identificación de las personas que las realizan”. Análogamente, I. DAVIES/ S. HELMER, “Productores de Música de España (“Promusicae”) v Telefónica de España SAU (“Telefónica”) (C-275/06)”, *European Intellectual Property Review*, 2008/8 (Opinión), pp. 307-308, consideran un “golpe” para los titulares de derechos de propiedad intelectual la decisión del TJCEE en este caso. En la misma línea, vid. también I. DÍEZ LÓPEZ, “Bad times for P2P actions in Europe”, *Intellectual Asset Management Magazine*, 14.05.2008, disponible en <http://www.iam-magazine.com/reports/detail.aspx?g=81f4f76a-5f7d-4280-814c-0839d178d8ac>.

³² Diría que éste es el punto de vista de A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peert to peer”, pe. i. revista de propiedad intelectual, n°28 (enero-abril 2008), a juzgar por sus conclusiones (pp.67-68), así como el de C. Kuner, “Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice”, *European Intellectual Property Review*, 2008/5 (Comments), pp. 199-202. Para G-J ZWENNE, “Promusicae and Telefonica: Why the European Court of Justice ruled that privacy Rights are as Sorong as copyright”, *BNA International. World Data Protection Report*, 2008-4 (abril), pp. 18-19, la solución dada por el TJCEE no debería sorprender a nadie, pues es obvio que los derechos de autor se sitúan al mismo nivel de protección que el derecho a la intimidad y a los datos personales.

Ciertamente, a menos que se acoja la interpretación a la que he apuntado, la solución para los titulares de propiedad intelectual afectados por estas explotaciones incontroladas que se llevan a cabo haciendo uso anónimamente de servicios de comunicaciones electrónicas, como es el caso del intercambio de archivos en redes peer-to-peer, pasa por una reforma legislativa, ya sea para, modificando el Código penal, tipificar sin ambages la conducta de los file-shares, ya para, por vía de una reforma de la legislación procesal civil, o de la normativa sobre conservaciones de datos en las comunicaciones electrónicas y sobre servicios de la sociedad de la información, clarificar que también en el marco de un procedimiento civil por infracción de derechos de autor, tendrán los operadores de acceso a Internet el deber de suministrar, bajo control judicial, los datos personales de aquellos usuarios respecto de los cuales pueda establecerse preliminarmente que han podido cometer una infracción. De estas dos alternativas estimo como más plausible la segunda, por las razones que he venido apuntando en los epígrafes anteriores.³³ De no acometerse ninguna de esas reformas, es posible que estemos dejando a los titulares de derechos de propiedad intelectual sin ningún cauce efectivo al cual acudir para contrarrestar las infracciones de las que venimos hablando.

Curiosamente, el legislador español desarrolló en los últimos meses de 2007 cierta actividad normativa relacionada con la conversación de datos en el entorno de las comunicaciones electrónicas, y con los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, pero no puede decirse que las novedades introducidas vayan a servir para dotar a los titulares de derechos de propiedad intelectual de mecanismos de protección más eficaces. De un lado, cabe reseñar la aprobación de la ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, la cual derogó –como ya he apuntado supra– el art. 12 LSSICE (el cual había dado pie a la cuestión prejudicial situada en el origen de la Sentencia del

³³ También C. LASARTE ÁLVAREZ, "Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor", Diario La Ley, nº 6951, 22 de mayo de 2008, p.8, entiende que "el arreglo o la debida compensación de los intereses en juego deberían descartar la criminalización generalizada de conductas que, salvo casos límite, no deberían ser enjuiciadas desde dicha perspectiva, sino permitiendo el ejercicio de las correspondientes acciones civiles (...)".

TJCCEE que estamos comentando). Esta Ley –que sirve a la transposición de la Directiva 2006/24/CE- tiene por objeto la regulación de los deberes de conservación y cesión de una serie de datos [datos de tráfico y localización, y datos relacionados necesarios para la identificación del abonado/usuario] por los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, pero sólo en relación con la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Conforme a la legislación penal española, tales delitos son aquellos que comporten una pena prisión superior a cinco años. Entre ellos nos cuentan los delitos relativos a la propiedad intelectual, los cuales, incluso en su modalidad agravada, no llevan aparejada pena de prisión de más de cuatro años (vid. arts. 270 y 271 CP). Esto quiere decir que, poco antes de que recayera la Sentencia del TJCCEE resolviendo el caso Promusicae v. Telefónica, nuestro legislador ya había removido de la LSSICE su controvertido art. 12, para –al menos aparentemente– reducir aún más, por no decir eliminar, las posibilidades de los titulares de derechos de propiedad intelectual para obtener la colaboración de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, a fin de identificar a los usuarios indiciariamente infractores.³⁴ Por otra parte, el 28 de diciembre de 2007 fue aprobada la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que entre otras cosas introdujo diversas modificaciones en la LSSICE. En concreto, incluyó en esta última Ley un nuevo art. 12 bis, en virtud del cual se encomienda a los proveedores de servicios de acceso la función de informar a sus clientes sobre las posibles responsabilidades en que pueden incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial, información que podrán prestar través de su página web y que deberá ser “permanente, fácil, directa y gratuita”. Como es obvio, esta función informativa, con no ser desdeñable, dista mucho de contribuir a la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a

³⁴ Pese a todo, cabe sostener la subsistencia del deber de conservar y ceder tales datos en el marco de otra clase de procedimientos, incluso civiles, con apoyo en el tantas veces mencionado art. 256.1.7º LED, que continúa vigente. Lo dispuesto en la Ley 25/2007, por consiguiente, no empecería a la aplicación de esa otra forma. Así lo cree, como ya apuntado, A. GONZÁLEZ GOZALO, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de daos de carácter personal en las redes peer to peer”, pe. i. revista de propiedad intelectual, nº 28 (enero-abril 2008), pp. 59-63 y 66.

aquellas infracciones ya cometidas por usuarios de servicios de acceso a los que no pueden identificar.³⁵

¿Está el legislador español *mirando para otro lado* mientras los titulares de derechos de propiedad intelectual asisten inermes a la masiva explotación de sus obras y prestaciones en el contexto de las redes de intercambio *peer-to-peer*? A juzgar por las disposiciones legales que venimos analizando habría tal vez que responder afirmativamente a ese interrogante, pues lo que todas ellas revelan es que nuestro ordenamiento –quizás dejando a salvo el caso del art. 256.1.7° LEC, cuyo alcance por lo demás es dudoso- está haciendo prevalecer a día de hoy la protección de los datos personales en el entorno de las comunicaciones electrónicas, lo que a fin de cuentas significa favorecer la posición de los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación. Parece pues que no hemos alcanzado todavía, y quizás nos estemos alejando cada vez más de él, el punto de equilibrio al que se refería el TJCEE en su Sentencia del caso *Promusicae v. Telefónica*, ya que es difícil calificar de proporcional que frente a infracciones de derechos de propiedad intelectual, de cuya comisión fáctica y contextualización en el marco de determinadas aplicaciones no cabe dudar, se haga prevalecer la protección de la intimidad y de los datos personales de los clientes de determinados servicios de comunicaciones electrónicas, aunque ello sea a costa de privar a los perjudicados de la posibilidad de entablar una acción judicial para la defensa de sus legítimos intereses.³⁶

³⁵ Resulta un tanto irónico que la Ley obligue a los operadores de este tipo de servicios a alertar a sus clientes de la responsabilidad en la que pueden incurrir, en concreto por la infracción de derechos de propiedad intelectual, siendo así que al mismo tiempo no impone a tales operadores un deber de colaboración que haga factible, llegado el caso, la exigencia de esa responsabilidad a los usuarios infractores

³⁶ Como bien dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La guerra del P2P”, *Aranzadi Civil*, 2007/20 (Tribuna), analizando la doctrina que cabe desprender de la Sentencia del caso *Promusicae v. Telefónica*, “el legislador español, debe respetar, en el conflicto que resulta de este caso, el equilibrio entre el derecho fundamental de propiedad (del que forma parte la propiedad intelectual) y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, por un lado, y el derecho a la protección de los datos personales (derecho a la intimidad), por otro lado. Ni que decir tiene que no existe equilibrio alguno si alguno de los derechos fundamentales en confrontación queda totalmente anulado, y, más concretamente, si la propiedad intelectual y la tutela judicial efectiva quedan totalmente anulados por la protección de los datos personales”. Hay razones para pensar que, en el

En este contexto, resulta incluso lógico que algunos titulares de derechos de propiedad intelectual hayan optado por proteger sus intereses acudiendo a expedientes situados extra muros de la propiedad intelectual y de los instrumentos que sirven para protegerla, tales como las acciones por competencia desleal dirigidas frente a operadores de programas de intercambio *peer-to-peer*. Éste es el caso, en España, del responsable de la puesta en el mercado del programa conocido como Manolito P2P, que ha recibido una demanda de Promusicae por competencia desleal.³⁷ Aunque están por ver los resultados de esta estrategia, la inauguración de la misma en cualquier caso no es una buena noticia para la protección de los derechos de propiedad intelectual, pues viene a significar la constatación por parte de un colectivo muy cualificado de titulares a gran escala de tal clase de derechos, de la inutilidad práctica de la protección de sus intereses a través de la propiedad intelectual, y por añadidura supone el fracaso de los instrumentos normativos dirigidos a hacer que esa protección resulte lo más efectiva posible en el entorno digital.

Sin embargo, haríamos mal en creer que el problema se reduce a que el legislador español no ha hecho correctamente sus deberes, pues no es sólo él quien merece convertirse en el blanco de las críticas ante la deficiente protección a la que pueden aspirar los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a las infracciones cometidas a través de las redes *peer-to-peer*. Por encima de él, el legislador comunitario tampoco ha dispuesto un mecanismo que permita dar solución al problema que venimos comentando. Si algo cabe concluir de la sentencia del TJCE en el caso Promusicae es que, dado el conflicto que estaba en la base de la cuestión planteada, no hay nada en el derecho comunitario que prohíba u obligue a los Estados miembros a establecer el deber de los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas de facilitar datos personales de sus clientes, en el contexto de una acción civil entablada por infracción de derechos de propiedad intelectual. De esta forma, los Estados miembros tienen a su alcance tanto instaurar dicho deber como abstenerse de hacerlo, y ambas opciones serían igualmente respetuosas con el Derecho Comunitario.

momento presente, el legislador español no está respetando el equilibrio al que se refiere este autor.

³⁷ Ya me he referido a este litigio supra, nota n° 20, donde han quedado consignadas algunas referencias sobre el mismo aparecidas en la prensa.

En mi opinión, semejante estado de cosas no puede considerarse positivo, antes bien denota una importante fisura en la base del proyecto armonizador desarrollado por las instituciones comunitarias de cara a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Las infracciones cometidas mediante el intercambio de archivos en plataformas *peer-to-peer* constituyen sin lugar a dudas uno de los problemas más acuciantes, a la par que evidentes, de cuantos afectan actualmente a los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. Parecería pues elemental que las Directivas que han sido elaboradas para armonizar los ordenamientos de los Estados miembros en lo tocante a la observancia de aquellos derechos y a su efectiva protección en dicho entorno, contuvieran una solución hubiera sido concebida en consonancia con las prescripciones emanadas de las Directivas sobre protección de datos personales de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, de tal forma que no existiera un vacío en la legislación comunitaria que llevase al Tribunal de Justicia a concluir que los Estados miembros pueden establecer en esta materia tanto una solución como la contraria. Causa perplejidad que, tras un esfuerzo armonizador tan ímprobo como el desarrollado sobre esta materia en Europa en el último decenio, uno de los temas centrales que hoy tiene planteada la propiedad intelectual en la sociedad de la información permanezca huérfano de solución a nivel comunitario. Ello permite afirmar que el nivel de protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual dista mucho todavía de aquel a cuyo logro se enderezan Directivas como la 2001/29/CE o la 2004/48/CE.³⁸

Es obvio que esa suerte de reenvío al derecho interno de los Estados miembros, al que en definitiva aboca la Sentencia del Tribunal de Justicia

³⁸ O bien que el Tribunal de Justicia comunitario, a pesar de que existen, no ha sabido encontrar en la Directivas aplicables al caso los elementos que le permitieran hacer por sí mismo una ponderación de los intereses en juego. Algunos se preguntarán si, en verdad, la armonización lograda en este terreno es tan pobre (como para limitarse a derivar el conflicto a los Estados miembros, a quienes por toda indicación se les señala la necesidad de ponderar los derechos fundamentales confrontados y no perder de vista el criterio de la proporcionalidad), o si simplemente la solución se ha aplazado hasta un momento posterior en el que tal vez el TJCEE decida hacer un mayor esfuerzo interpretativo, lo que tal vez dependa del modo en que se le plantee la correspondiente cuestión prejudicial.

objeto de examen, traerá consigo una inevitable dispersión legislativa,³⁹ justamente en una materia –la existencia o no del deber de los operadores de telefonía de suministrar los datos personales de sus clientes en el marco de un procedimiento civil seguido por la infracción de derechos de autor y conexos– que, más que muchas otras, demanda una solución supranacional, en la medida en la que está llamada a afectar a la actuación de grandes compañías de redes y transmisión de datos telefónicos que operan a nivel continental. Resulta así que lo que los titulares de derechos de propiedad intelectual acaso van a poder lograr en un estado miembro, porque la infracción a perseguir merezca una sanción penal lo suficientemente grave, o porque la legislación procesal permita obtener la identificación del usuario infractor en el marco de una acción civil, puede no ser viable en otro, desvaneciéndose así el efecto armonizador que aparentemente se había logrado en cuanto a la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno de las redes digitales de telecomunicación.

La respuesta por parte de algunos estados miembros no se ha hecho esperar y, en línea con lo propugnado por algunos comentaristas, parece que asistimos a una fase de alumbramiento de <<soluciones imaginativas>>, dirigidas a remediar la desprotección que sufren los titulares de derechos de propiedad intelectual a causa de las infracciones cometidas a través de las redes P2P.⁴⁰ Casi todas las fórmulas parecen pasar no tanto

³⁹ Hay quien, como A. GONZÁLEZ GOZALO, "El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n°28 (enero-abril 2008), pp. 45-46, ha observado que ello "da libertad a los Estados miembros para buscar soluciones a esta colisión de derechos que sean equilibradas, proporcionadas, y que garanticen la máxima efectividad tanto de los derechos afectados como de las Directivas que los desarrollan". A mi modo de ver esta apreciación puede resultar excesivamente meliorativa, pues ese margen de "libertad" de los Estados miembros representa un paso atrás desde el punto de vista de la armonización legislativa comunitaria.

⁴⁰ Dice efectivamente C. Kuner, "Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice", *European Intellectual Property Review*, 2008/5 (Comments), pp. 200-201, que la Sentencia del caso Promusicae propicia el desarrollo de mecanismos innovadores que respeten los derechos sobre datos personales, a la vez que provean una efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual. A modo de ejemplo, sugiere la instauración de un mecanismo que ajuste gradualmente la respuesta frente a las infracciones cometidas por usuarios de servicios de acceso a

por la revelación de datos de los clientes infractores a los infractores a los titulares afectados, a fin de que éstos puedan entablar una demanda, como por la suspensión del servicio de acceso a Internet mediante la colaboración del propio proveedor del servicio, previa una serie de advertencias para que el usuario infractor deje de utilizar el servicio para participar en el tráfico ilegal de ficheros con contenidos protegidos.

El caso que ha tenido más repercusión mediática probablemente sea el de Francia, donde sobre la base de las recomendaciones emanadas del Informe Olivennes,⁴¹ se ha presentado el Proyecto de Ley "Creación e Internet".⁴² Dicho Proyecto prevé modificar el Código francés de la Propiedad Intelectual para, antes que nada, instaurar la obligación de todo abonado a un servicio de acceso a Internet, de vigilar que dicho acceso no sea utilizado con el fin de explotar obras u otros objetos protegidos sin la autorización de los titulares de los derechos (vid. el proyectado art. L. 336-3 CPI). El incumplimiento de dicha obligación expone al titular del acceso a una sanción, en las condiciones previstas en el proyectado art. L. 331-25 CPI. Este último y el art. L. 331-24 CPI, contienen el ya célebre procedimiento de <<respuesta gradual>> ideado por el legislador francés. Dicho procedimiento se inicia con el sometimiento, por parte de los titulares de derechos o de los organismos que hacen valer sus intereses a nivel colectivo, a una Alta Autoridad

Internet, de tal forma que tras la detección de la dirección IP de los infractores, vía la monitorización del tráfico en redes P2P por parte de los titulares de derechos, pueda dirigirse un requerimiento al proveedor del servicio de acceso para que éste, a su vez, envíe al usuario un aviso recordándole los deberes asumidos por la comisión de infracciones a la propiedad intelectual. Asimismo, Kuner se refiere a la importancia de los acuerdos de autorregulación (códigos de conducta) alcanzados entre las partes interesadas y las autoridades en materia de protección de datos.

⁴¹ Disponible desde <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>. Puede tener interés para el lector la entrevista a Denis Olivennes aparecida en el diario El País el día 19 de junio de 2008, realizada por Ramón Muñoz. [http://www.elpais.com/articulo/Pantallas/Espana/puede/debe/aplicar/ley/francesa/frenar/pirateria/elpepurtv/20080619elpepurtv_4/Tes].

⁴² El texto de dicho proyecto puede consultarse, traducido al castellano, en la web del Ministerio francés de Cultura y Comunicación: <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/communiq/albanel/creaespanol.htm>. Información adicional en torno al mismo se encuentra en el dossier de prensa difundido por dicho Ministerio el 18 de junio de 2008 (vid. [creation 08/DP_projet_loi%20_internet.pdf](#)).

administrativa,⁴³ de hechos que pudieran constituir un incumplimiento de la obligación instaurada en el art. L. 336-3, a la que acabo de hacer referencia. La alta Autoridad –rectius una Comisión de protección de los derechos creada en su seno– podrá enviar al abonado, por vía electrónica y a través del proveedor de acceso a Internet, una recomendación recordándole la obligación que pesa sobre él, ordenándole que la respete y advirtiéndole de las sanciones a las que se enfrenta en caso contrario. Si en el plazo de seis meses el abonado vuelve a desatender la obligación en cuestión, la Comisión podrá enviar un segundo aviso, permita acreditar la fecha del envío y la de su recepción por parte del abonado. A partir de este segundo aviso, si durante el año posterior el abonado continúa ignorando la obligación [de no utilizar el acceso para cometer infracciones a la propiedad intelectual], la Comisión podrá dictar, dependiendo de la gravedad de los hechos, una de las siguientes sanciones: (a) la interrupción del acceso al servicio durante un periodo de entre tres meses y un año y la imposibilidad, para el abonado, de suscribir durante el mismo periodo otro contrato para el acceso a un servicio de comunicación al público en línea con cualquier otro operador; (b) la orden de tomar las medidas necesarias para evitar que se reproduzca el incumplimiento constatado, acompañada eventualmente de una multa coercitiva. La medida de interrupción del acceso se articulará mediante orden girada al correspondiente proveedor de Internet, el cual deberá ejecutarla en el plazo de quince días, so pena de recibir una sanción pecuniaria. Está previsto que la alta Autoridad elabore un listado de las personas frente a las que esté vigente una orden de suspensión de su servicio de acceso a Internet, debiendo abstenerse los proveedores de acceso de contratar este servicio con dichos sujetos mientras su nombre aparezca en dicho listado, de nuevo bajo amenaza de multa.

Está por ver si este Proyecto de Ley sale adelante. De momento su presentación ha levantado gran revuelo, a pesar de que la medida en torno a la cual gira está rodeada de no pocas cautelas y garantías a favor de los abonados a servicios de acceso a Internet. Quizás la principal peculiaridad de esta fórmula sea la intervención de una autoridad

⁴³ Denominada en el Proyecto “Alta Autoridad para la difusión de las obras y la protección de los derechos en Internet”, creada por transformación de la ya existente “Autoridad para la regulación de las medidas técnicas”, a la que rebautiza y se le añade nuevas competencias.

administrativa, a través de la cual se canalizarán los avisos y la orden de suspensión del servicio dirigida a los proveedores de acceso. Frente a ese modelo, en otros países parece estar dibujándose un acercamiento basado en la autorregulación y la concertación entre los sectores implicados. Así, en el Reino Unido, los principales proveedores de servicios de acceso a Internet han alcanzado en el verano de 2008 un acuerdo, auspiciado por el Gobierno, con la asociación sectorial de la industria musical. En virtud de dicho acuerdo los proveedores de acceso se comprometen a enviar cartas a cientos de miles de usuarios involucrados en el tráfico ilícito de ficheros, advirtiéndoles de que su actividad está siendo monitorizada. Pese al indudable avance que este acuerdo supone, sobre todo porque sirve a implicar activamente a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas –y al propio Gobierno británico– en el combate frente al intercambio ilícito de ficheros en redes *peer-to-peer*, el plan pactado no incluye –por el momento– la posibilidad de que los proveedores suspendan el servicio de acceso a sus clientes.⁴⁴ La idea es que, una vez detectados aquellos usuarios que de manera reiterada se dedican a efectuar copias ilegales de contenidos protegidos, lo que se prevé que los titulares de copyright puedan emplear un software especial, los proveedores de acceso envíen e-mails de aviso a los usuarios en cuestión para, si éstos no deponen su actitud, pasar a desconectarles temporalmente el acceso a Internet, e incluso cancelar sus contratos.⁴⁵

En Canadá, el Gobierno presentó en junio de 2008 un proyecto de ley de reforma de su Copyright Act, a fin de ponerlo al día con los avances de la tecnología y proveer reglas equitativas y razonables para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.⁴⁶ El Proyecto, entre otras cosas, redefine el rol que los proveedores de servicios de Internet deben cumplir en relación con las infracciones al copyright que se cometen en la red. Partiendo de que dichos proveedores son el vínculo entre el titular de derechos de

⁴⁴ Puede verse <<http://www.smh.com.au/news/web/british-isps-clamp-down-on-illegal-downloaders/2008/07/25/1216492692380.html>>

⁴⁵ Me guió por la información aparecida en <<http://www.technewsworld.com/story/62163.html>>.

⁴⁶ Vid. información sobre esta iniciativa en <http://www.ic.gc.ca/epic/site/crp-prda.nsf/en/h_rp011511e.html>.

propiedad intelectual y los presuntos infractores, y son además quienes tienen los medios de identificar a tales infractores y comunicarse con ellos, se prevé imponerles la obligación legal de que reenvíen a sus abonados todas aquellas alegaciones de infracción que, a su vez, hayan recibido de los titulares de propiedad intelectual. Adicionalmente, los proveedores de este tipo de servicios estarían obligados a conservar, durante un período de seis meses, los datos que permitan identificar al abonado involucrado en una presunta infracción. El Gobierno canadiense ha bautizado a este mecanismo como de “notificación y notificación” (notice and notice), por contraste con el de “notificación y retirada” que rige en otros países, y que considera menos apropiado para hacer frente al caso de los internautas participantes en redes de intercambio *peer-to-peer*.

A mi modo de ver todas estas iniciativas representan una línea de acercamiento al problema más bien *tímida*, si lo contemplamos desde la óptica de los derechos de propiedad intelectual afectados. Sin embargo, me temo que se trata de la única aproximación hoy por hoy factible, ya que de otro modo cabe pensar que las instancias legislativas –nacionales y comunitarias– habrían actuado en toda esta materia con mucha mayor determinación. ¿Qué o quién se lo impide? No es difícil deducir que detrás de la tibieza con la que –en mi opinión– se está combatiendo el fenómeno del *peer-to-peer*, se halla el poderoso lobby de las compañías que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, nada proclives a la implementación de medidas que puedan derivar en un descenso del negocio que gira en torno al tráfico y las conexiones de Internet; al menos mientras su proyecto empresarial no incluya la obtención de beneficios a partir de la explotación de objetos protegidos por la propiedad intelectual. El gran reto de los titulares de propiedad intelectual durante los próximos años, si quieren conseguir una auténtica *protección efectiva* de sus derechos en el entorno digital. Consistirá pues en lograr que estos operadores dejen de observar su actividad como la prestación de un servicio neutro, desligado de los contenidos que gracias a él circulan por Internet. Para ello tendrán que convertirlos en un eslabón activo dentro de la cadena de comercialización de los bienes intelectuales.

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI