



UNIVERSIDAD DE GRANADA

Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tesis doctoral con Mención Internacional

ESTUDIO COMPARADO DE LA PROBLEMÁTICA CIVIL DE LA UTILIZACIÓN ILEGÍTIMA EN LA RED DE DETERMINADAS OBRAS PROTEGIDAS POR LOS DERECHOS DE AUTOR

Autora: Margarita Orozco González

Director: Dr. Antonio Orti Vallejo

Codirector: Dtt. Nicola Scannicchio

2018

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Margarita Orozco González
ISBN: 978-84-9163-994-7
URI: <http://hdl.handle.net/10481/53599>

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	Pág. 3
APÉNDICE	Pág. 5
PREFACIO	Pág. 10
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	
1.1. Introducción	Pág. 12
1.2. Los derechos de autor en la Edad Antigua: Grecia y Roma	Pág. 13
1.3. Evolución de la Propiedad Intelectual desde la Edad Media	Pág. 18
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AUTOR	
2.1. Evolución legislativa en Italia	Pág. 29
2.2. Evolución legislativa en España	Pág. 50
2.3. Convenciones Internacionales relativas a Derecho de autor	Pág. 90
2.4. Evolución de la normativa de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual	Pág. 98
CAPÍTULO III. CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR	
3.1. Introducción	Pág. 132
3.2. Cuestiones terminológicas	Pág. 133
3.3. Fundamento	Pág. 135
3.4. Concepto	Pág. 138
3.5. Naturaleza Jurídica	Pág. 141
3.6. El objeto del Derecho de autor	Pág. 158
3.7. Adquisición y transmisión del Derecho de autor	Pág. 166

CAPÍTULO IV. LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO

4.1. La regulación vigente de los derechos de autor en España	Pág. 171
4.1.1. Los límites y excepciones a los derechos de autor	Pág. 176
4.1.2. La compensación por copia privada en el Derecho español	Pág. 182
4.2. La regulación vigente de los derechos de autor en Italia	Pág. 192

CAPÍTULO V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL

5.1. Introducción	Pág. 216
5.2. Aumento de la fragilidad de las obras e indefensión de los autores	Pág. 218
5.3. Breve apunte sobre una nueva tipología de obras: multimedia	Pág. 226
5.4. Adaptación de las categorías tradicionales	Pág. 227
5.5. Las creaciones intelectuales en el mercado digital online	Pág. 243
5.6. Problemática específica de las obras multimedia	Pág. 249
a) Principales derechos afectados	Pág. 249
b) Piratería informática: actos de descarga y streaming ilícitos de obras protegidas	Pág. 253
c) Contenidos transfronterizos versus territorialidad del Derecho de autor europeo	Pág. 262
d) El surgimiento de la “brecha de valor” o “value gap”	Pág. 274

CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA UTILIZACIÓN ILEGÍTIMA DE CONTENIDOS EN LÍNEA

6.1. Introducción. La contextualización social de la problemática jurídica	Pág. 283
6.2. Encuadramiento de la problemática de los usos ilegítimos online	Pág. 293
6.3. La responsabilidad de proveedores de los servicios de la sociedad de la información y usuarios por la utilizaciones ilegítimas online. Europa y España	Pág. 297
6.3.1. Breves apuntes acerca de la responsabilidad penal	Pág. 346
6.4. Régimen jurídico italiano	Pág. 359
6.4.1. Breve repaso a la regulación de la responsabilidad civil en la L.d.a	Pág. 391
6.4.2. El procedimiento administrativo de la AGCom	Pág. 394
6.4.3. Notas generales acerca de la responsabilidad del usuario final	Pág. 400
6.5. Apuntes entorno a la indemnización del daño moral	Pág. 410
6.5.1. Estado de la cuestión	Pág. 410
6.5.2. El resarcimiento del perjuicio moral a nivel europeo y español	Pág. 412
6.5.3. La interpretación del TJUE: El asunto C-99/15 “Liffers”	Pág. 414
6.5.4. La aplicación por el TS español de la doctrina del TJUE	Pág. 420
6.5.5. Apuntes finales	Pág. 423

CAPÍTULO VII. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

7.1. Concepto y evolución en los sistemas del common law.....	Pág. 430
7.2. Recepción de la figura en el Derecho Comunitario.....	Pág. 434
7.3. Encuadramiento de los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil español.....	Pág. 435
7.4. Los daños punitivos desde la perspectiva italiana.....	Pág. 445
7.5. Adecuación y pertinencia de la figura en la Propiedad Intelectual: análisis de la más reciente jurisprudencia europea al respecto.....	Pág. 450
CONCLUSIONI	Pág. 455
CONCLUSIONES	Pág. 469
CONCLUSIONS	Pág. 482
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 495

*«No conocemos un derecho más sublime,
más sagrado, más respetable, que crear lo que no existe;
no hay trabajo más personal, más meritorio,
más fecundo que el del “autor”»*

Manuel Danvila y Collado

LISTADO ABREVIATURAS

D. legsl.	Decreto legislativo
R.D.	Real Decreto
SIAE	Societa' italiana degli autori e editori
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
CPI	Comisión de Propiedad Intelectual
AGCom	Autorità di Garanzia per le Comunicazioni
ALAI	Asociación Literaria y Artística Internacional
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO en inglés)
GATT	Acuerdos Generales sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
WCT	WIPO Copyright Treaty
ADPIC	Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio.
OMC	Organización Mundial del Comercio
EUIPO	Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea
RIIA	Recording Industry Association of America
RTI	Radio Televisione Italiana
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
Cost. It.	Costituzione italiana
C.E.	Constitución Española
C.c.	Código civil
CP	Código Penal
T.S.	Tribunal Supremo
T.C.	Tribunal Constitucional
AP	Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TAR	Tribunal Amministrativo Regionale
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
Corte App.	Corte Appello
Sez.	Sezione
Sez. Prop. Int. e Ind.	Sezione Proprietà Intellettuale e Industriale
Ord.	Ordinanza
Reg.Prov.Coll	Registro Provvedimenti Collegiali

L.O.T.C. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
TRLPI Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
L.d.a. Legge diritto d'autore
LES Ley de Economía Sostenible
LSSICE Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y comercio electrónico.
DSI Directiva Sociedad de la Información
ISP Internet Service Provider (Prestador de servicios de la sociedad de la información.
P2P Peer to peer
VPN Virtual Private Network
URL Uniform Resource Locator”, o “Localizador Uniforme de Recursos”.
Coord. Coordinador
Dir. Director
BOE Boletín Oficial del Estado
PGGE Presupuestos Generales del Estado
Dir. Directiva

APÉNDICE

1. Justificación elección tema.

La elección del tema de la presente tesis doctoral obedece a varias causas. En primer lugar, la Propiedad Intelectual es una rama del Derecho de profundas raíces y tradición en los ordenamientos jurídicos latinos, vinculada a la cultura y el desarrollo intelectual de las civilizaciones que, pese al mantenimiento en el tiempo de su regulación normativa, se ha visto especialmente afectada por las nuevas tecnologías, debido a sus características y objeto. En segundo lugar, derivado de lo anterior, los derechos de autor han sido y son en la actualidad objeto de especial atención para el legislador y los tribunales, tanto en el ámbito nacional de los Estados miembros, como a nivel comunitario. En este sentido, es una realidad que la Propiedad Intelectual y las vulneraciones a ésta que suponen los usos ilícitos de contenidos digitales en línea, son protagonistas hoy en día de la labor legislativa y de aplicación del Derecho. Así, las reformas de la Legge diritto d'autore en Italia y del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en España han sido una constante en los últimos años al igual que los pronunciamientos judiciales en diversos sentidos en ambos países, mientras que de manera paralela también las Directivas sobre esta materia se han sucedido, siendo además necesariamente interpretadas en múltiples ocasiones por el TJUE sobre todo en lo relativo a los derechos de explotación económica en el marco de la economía digital. De igual forma, las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE han ido mutando con el fin de adecuarse a la nueva realidad tecnológica en este campo, con mayor o menor acierto, a pesar de lo cual se mantienen lagunas no cubiertas y problemas relativos a la interpretación de algunos aspectos.

Con todo ello se evidencia que las utilizaciones ilegítimas online de creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor suponen una problemática de actualidad, carente de una regulación homogénea y efectiva a nivel europeo y nacional, con especial relevancia en lo referente a la responsabilidad civil por tales usos por parte tanto de los proveedores de los servicios de la sociedad de la información como de los

usuarios de la red. Todo ello hace necesario, en nuestra opinión, un análisis comparado de la situación actual a nivel de la Unión Europea, y entre dos países tan similares (en lo cultural y en la tradición jurídica) cultural y jurídicamente como lo son Italia y España.

2. Objetivos

Los objetivos de esta tesis doctoral son, en resumen, estudiar en profundidad la realidad actual sobre la problemática del uso ilegal de las obras audiovisuales por internet, así como la protección que les brinda a tal efecto el Derecho hoy en día, tanto a nivel comunitario como español e italiano, analizando los cambios normativos que tienen lugar en el momento actual y las brechas que crea la regulación comunitaria en algunos aspectos originando desigualdades entre la normativa de los distintos estados miembros al dejar al arbitrio de cada uno la decisión acerca de cómo regular algunos de los aspectos relevantes en relación con esta problemática, pudiendo crear inseguridad jurídica dentro de un mercado único en el que se mueven este tipo de obras. Haciendo especial hincapié en los regímenes de responsabilidad civil de los ISP y los usuarios, con respecto a las diferencias que muestran entre ellos y también de manera comparada en los ordenamientos jurídicos mencionados. Todo ello para mostrar una visión de conjunto de la situación actual.

En segundo lugar, poner de relieve la necesidad de conciliar los derechos de autor y el Derecho de libre acceso a la cultura y sus bienes que ampara la Constitución española, que se enfrentan de modo evidente en la actualidad.

A la luz de lo anterior, se busca encontrar y proponer soluciones globales, eficaces y eficientes a dichas brechas, sin en aras de una mayor igualdad y seguridad jurídica en el marco de la Unión Europea, sin olvidar las idiosincrasias de los distintos países miembros, y el hecho de que se trata de un tema socialmente sensible que afecta a la cultura de cada país.

3. Metodología

En cuanto a la metodología empleada para el desarrollo de la tesis, nos hemos basado en la propia de las ciencias jurídicas, ampliando, no obstante, su método dadas las particularidades de la materia estudiada.

Así, de manera inicial, se debe subrayar que, por las particularidades de la problemática estudiada y su marcado carácter social, se ha pretendido su análisis desde una perspectiva interdisciplinar, por ser necesaria la observación de las implicaciones que tiene en la sociedad, a lo que se ha contribuido con informes y estudios estadísticos de diversos ámbitos. Dichos datos han sido objeto de un método de análisis cuantitativo, con el objeto de evaluar y extraer conclusiones respecto de los problemas sociales vinculados a los derechos de autor, y en particular de los derechos de autor on-line: la evolución del fenómeno de consumo ilícito de contenidos, las limitaciones en el acceso a la cultura, las dudas existentes en los usuarios acerca de qué medios son respetuosos con los derechos de autor, la aceptación generalizada en la sociedad de la piratería, los cambios en la conducta del consumidor tras la revolución digital, etc... Sólo introduciendo esta visión, se ha podido lograr, creemos, un mapa, más o menos completo, de la realidad social subyacente a la problemática jurídica específica inherente a la Propiedad Intelectual, objeto de nuestra investigación.

Por otro lado, y ya en el plano estrictamente jurídico, teniendo presente lo anterior, se ha efectuado un acopio de todas las fuentes necesarias, con el objeto de efectuar su revisión crítica a la luz de nuevas orientaciones dogmáticas y metodológicas, en un contexto de recientes reformas legislativas y cambios jurisprudenciales, tanto a nivel comunitario, español e italiano, de gran calado, concernientes a los principales puntos críticos la Propiedad Intelectual y su proyección en el ámbito de la sociedad de la información.

Por su parte, al tratarse de una tesis de derecho comparado, se ha utilizado una metodología de análisis comparado, a base de un estudio individualizado y en paralelo de los tres ordenamientos jurídicos seleccionados. Ello ha exigido primero, la búsqueda

de las normas, instituciones, jurisprudencia con las que los tres sistemas jurídicos – comunitario europeo, español e italiano– han abordado los principales puntos críticos planteados por la materia objeto de análisis: la Propiedad Intelectual y, en particular, por las conductas lesivas de los derechos de autor en el entorno digital. En segundo lugar, la confrontación de las correspondientes soluciones jurídicas aportadas por cada uno de dichos ordenamientos a dichos problemas, con el objeto de identificar las diferencias y similitudes existentes en ellas, y tercer lugar, la evaluación de las mismas, todo ello con el apoyo de las aportaciones de la doctrina científica especializada, tanto española como italiana, de la que hemos realizado una exhaustiva revisión crítica.

Nuestra pretensión, en definitiva, ha sido abordar el estudio de la institución de la propiedad intelectual y los principales puntos críticos que afectan a esta amplísima figura, abarcando tanto su faz patrimonial como personal, así como todas las aristas que se han ido poniendo de manifiesto con el desarrollo de la investigación. El estudio se ha desarrollado desde una doble orientación: por un lado, desde un enfoque estructural (o técnico-jurídica), y por otro lado, un enfoque funcional (o político-jurídico), conforme a los postulados de la teoría de la *ciencia jurídica integradora* y crítica que conjuga dos planos en el estudio del Derecho: el interno o “comprensivo” y el “externo” o “explicativo”, formulando, así, propuestas técnicas par el progreso del orden jurídico, sobre la base del origen, causas, funciones y efectos de sus instituciones en la realidad social en la que inciden.

De este modo, en la lógica interna de la tarea del jurista se impone una metodología interdisciplinar jurídico-social – que es la que aquí se ha observado – con el referente, añadido de la idea de que las categorías jurídicas de la Propiedad Intelectual, como rama del Derecho civil, se conectan con otros sectores del Ordenamiento. En este sentido y en este caso, tanto el Derecho Penal, cuanto el Derecho Administrativo y el propio Derecho Procesal, que, por tanto, han pertrechado a nuestro estudio de la infraestructura jurídica indispensable para su complitud y coherencia interna.

Pese a ser el objeto específico de estudio el régimen jurídico de la tutela de los derechos de autor en línea y la configuración en este marco de la responsabilidad de proveedor y usuario por los usos no consentidos de obras protegidas, lo que nos ha obligado a un recorrido por sus precedentes históricos y normativos, y al análisis de sus particularidades, vías y efectos, la investigación, como fácilmente se infiere de lo anteriormente dicho, se ha enderezado primordialmente a detectar sus puntos críticos

estructurales y prácticos, buscando las respuestas jurídicas más adecuadas a los mismos, máxime teniendo en cuenta los requerimientos de tutela eficaz, efectiva y sobre todo equilibrada de los derechos, algunos de ellos fundamentales, que asisten a los sujetos implicados: los derechos de autor on-line y el derecho de acceso a la cultura de los usuarios de creaciones en línea protegidas.

La investigación ha discurrido, por tanto, atendiendo a las técnicas que *lege data* brindan los sistemas jurídicos analizados a los problemas planteados, pero también se han aportado las propuestas de cambio que, *lege ferenda*, nos han parecido necesarias o convenientes para la solución de los problemas emergentes en la materia, ante la inidoneidad u obsolescencia de las regulaciones existentes al respecto, circunstancias estas bastantes usuales en este ámbito altamente influenciado por la enorme celeridad de las nuevas tecnologías, conforme a esa misma lógica o racionalidad garantista señalada anteriormente. Asimismo, dado el carácter global de la temática aquí estudiada, no cabe un estudio sesgado o fraccionario de la normativa y fuentes de datos limitado a un ámbito geográfico concreto, ya que ello determinaría el alcance de conclusiones parciales y, por ello, erróneas.

De este modo, la perspectiva proporcionada por estos vectores comentados, incidentes en la configuración y dinámica aplicativa de la normativa de derechos de autor, ha conferido, desde luego, un particular y deliberado sesgo comparado al trabajo realizado.

PREFACIO

El presente trabajo de tesis doctoral, que tiene como título “La responsabilidad del usuario y proveedor por la utilización ilícita de obras audiovisuales en una perspectiva de Derecho europeo y comparado”, persigue el objetivo de estudiar el marco actual, y su continua evolución, de la protección de los derechos de autor en la sociedad digital donde la problemática principal son las utilizations ilícitas, masivas, de creaciones intelectuales en línea, centrándose en el régimen actual de la responsabilidad de proveedores de los servicios de la sociedad de la información y la de los usuarios articulada para tales usos no consentidos, todo ello desde una perspectiva *iusprivatista*.

Por lo extenso de la materia y frente al temor de caer en una dispersión que reste exhaustividad a este estudio, se ha pretendido acotar la materia con el fin de aportar concreción y rigurosidad al mismo. En este sentido, en la versión definitiva de esta tesis se ha optado por concentrar el análisis de los derechos de autor a los estrictamente abarcados por este concepto, excluyendo por tanto del estudio los denominados derechos conexos, por constituir un régimen separado y diverso, en muchos casos, de los anteriores. Es preciso decir, también, que se ha prestado especial atención, por las exigencias de la temática, a aquellos derechos, sobre todo de explotación, como son el de reproducción y comunicación pública, más afectados por el desarrollo tecnológico y, en concreto, por las vulneraciones en red, al ser ésta última problemática el objeto central de este trabajo. Por último, destacar que, a lo largo del periodo de investigación doctoral, se ha detectado la necesidad de ampliar o generalizar el objeto material estudiado, con la voluntad de dar una visión más completa de la problemática analizada y de la configuración actual de la tutela y el régimen de responsabilidad civil aplicable en el caso de estudio. En este sentido, se ha optado por contemplar la problemática con respecto a la totalidad de las creaciones intelectuales de autor protegidas en formato digital, abarcando dentro de esta categoría, por tanto, a la totalidad de las obras musicales y audiovisuales (dentro de las cuales se encuentran películas, series, etc.), como creaciones más afectadas por el uso ilícito masivo en red; alejándose, por consiguiente, de una visión más reducida de la temática, exclusivamente concentrada en un subtipo acotado de obra, lo que derivaría, en opinión de la autora, en una

visualización limitada en exceso, descontextualizadora del panorama actual de esta problemática y su regulación.

Dicho esto, conviene subrayar la voluntad comparatística de este trabajo, cuyo ánimo es analizar de un lado la configuración del ordenamiento jurídico en materia de Propiedad Intelectual, y en concreto de la responsabilidad civil de usuarios y proveedores online, en Italia y España, poniéndolo en conexión, por otro, con el marco normativo actual a nivel europeo, configurado por la legislación y jurisprudencia en vigor, lo que, en definitiva, determina la articulación actual de los derechos de autor en todos los países de la Unión, con sus excepciones y límites, y las vías y formas de persecución de los usos ilegales en línea de obras protegidas, cada vez más habituales. Se busca, en definitiva, con este trabajo, ofrecer un análisis exhaustivo de esta problemática, regulación y posibles soluciones, conectando a dos países de raíces comunes como son Italia y España, de cultura y tradición similares.

CAPITULO I. EVOLUCION HISTÓRICA.

1.1. Introducción.

El estudio del Derecho, como ocurre con toda disciplina o rama del conocimiento, está íntimamente vinculado con su evolución histórica; es así que para conocer realmente cualquier elemento del saber se hace necesario conocer su devenir a lo largo de los tiempos, tal y como defendió el gran historiador Pierre Vilar, manifestando que es preciso *“comprender el pasado para conocer el presente”*. Esta necesidad se extrema aún mas, si cabe, en el caso de los Derechos de autor o Propiedad Intelectual al tener como objeto las creaciones del intelecto humano. De este modo lo destaca MIRÓ LLINARES cuando defiende que *“la comprensión de cualquier institución jurídica requiere el conocimiento de su génesis histórica. Y [...], aún mas que en muchas otras, en esta institución [Propiedad Intelectual] que protege el ingenio humano se puede constatar como sociedad y Derecho son causa y efecto, y cómo los cambios en la humanidad exigen, y normalmente, logran, cambios jurídicos”*¹. En este mismo sentido se pronuncian, de un lado, NEVADO AGUIRRE cuando manifiesta que *“si la evolución de todas las instituciones jurídicas corre paralela a la propia de los valores de la sociedad a lo largo de la historia, en el derecho de autor se hace más evidente esa estrecha dependencia, quizá porque el objeto de protección encarna algo tan complejo como la propia creación humana”*² y, de otro, PABÓN CADAVID, que defiende que *“el Derecho de autor tal y como lo conocemos hoy es el resultado de un desarrollo jurídico que legislativa y jurisprudencialmente se ha ido construyendo durante los últimos 300 años con la influencia de elementos económicos, filosóficos, políticos, sociales y culturales que han hecho posible que sea lo que hoy es”*³.

¹ MIRÓ LLINARES, F., “El futuro de la Propiedad Intelectual desde su pasado. La historia de los Derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet”; Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. I, núm. 2, marzo 2007, págs. 103 a 155; pág. 109

² NEVADO AGUIRRE, J.M; “Una cuestión a debate: La remuneración compensatoria del Derecho de autor”, La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, t. 4, 1992, pág. 934; citado por Miró Llinares, F., op.cit.

³ PABÓN CADAVID, J.A.; “Aproximación a la historia del Derecho de autor. Antecedentes normativos”, Revista La Propiedad Inmaterial, núm. 13, 2009, pág. 60

1.2. Los derechos de autor en la Edad Antigua: Grecia y Roma.

Es por todo ello que el presente trabajo debe comenzar por este recorrido histórico de esta institución del Derecho, partiendo de la idea expresada por ROGEL VIDE de que “*Se dice, comúnmente, que la propiedad intelectual —o, lo que es lo mismo y en esencia, el conjunto de facultades, patrimoniales y extrapatrimoniales, que los autores tienen sobre las obras que crean— nace en y con la Revolución Francesa, pero lo cierto es que, desde antiguo y de un modo u otro, se protegen prerrogativas, concedidas a los autores, sobre las obras creadas por ellos, en un devenir continuo, con hitos singulares e identificables, hitos muy relacionados con inventos diversos, seguidos, inmediata- mente, de leyes, que tienen presentes los mismos y su incidencia en el tema que nos ocupa.*”⁴, partiendo incluso de los tiempos en que no existía como tal, en la línea de lo que afirma MILLARES CARLO, quien decía que “*la propiedad intelectual, tal cual hoy la entendemos, no existió entre los antiguos. Más que esperar del público beneficios pecuniarios, el autor se los procuraba dedicando sus trabajos a algún potentado*”⁵. Se trata de una afirmación pacífica entre los autores ya que, como manifiesta SIROTTI GAUDENZI, el Derecho de autor es un concepto que se desarrolla en la Edad moderna. Así, cabría fijar un punto de inflexión, en lo que a las creaciones intelectuales se refiere, en el Antiguo Egipto, donde se produce el hito de la materialización en un soporte móvil, con la invención del papiro, de la escritura. Este hecho supone una de las claves del establecimiento de un derecho de propiedad intelectual sobre las creaciones del espíritu, la plasmación de la creación en un soporte duradero. No sería correcto, en cualquier caso asimilar el nacimiento de la propiedad intelectual con el de los soportes, pero si se puede aventurar que éstos últimos fueron la revolución que el hombre necesitaba para comenzar el desarrollo de la actual protección de la producción intelectual; de modo que la evolución de los soportes desde el papiro ha ido abriéndose paso, a través del progreso, dando lugar a la necesaria creación de derechos.

⁴ ROGEL VIDE, C., “El devenir de la Propiedad Intelectual –Entre Inventos y Leyes–”, en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Vol. Cuarto*, ROGEL VIDE, C. (Dir.), Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 12

⁵ MILLARES CARLO, A., “Introducción a la Historia del libro y de las bibliotecas”. Fondo de Cultura Económica. México, 1971. Pág. 55

Partiendo de esta premisa, como afirma SIROTTI GAUDENZI, en la antigüedad, en Grecia⁶, no se preveían formas de tutela, las obras clásicas se transcribían de manera manual, lo que implicaba transformaciones y manipulaciones de las creaciones intelectuales, sin que estos actos se considerasen ilegales; y ello porque, como menciona el autor, “*para los antiguos griegos la inmortalidad correspondía al recuerdo, al hecho de que, después de la muerte, las nuevas generaciones pudieran continuar emocionándose ante la lírica del poeta, independientemente del hecho de que el contenido pudiera haber sido manipulado*”⁷.

El punto de partida de este análisis se ha de situar, por tanto, necesariamente, en la antigua Roma. La civilización romana, como origen del Derecho tal y como lo conocemos actualmente, constituye el germen de esta protección. Y ello porque, si bien en el Imperio Romano a los autores no se les reconocían necesariamente los derechos patrimoniales sobre la obra, puesto que una vez publicada, en el sentido de difundida y/o dada a conocer al público, la obra era ya identificada con el soporte material⁸, lo que determinaba que los derechos patrimoniales sobre la misma se le reconocían al adquirente del manuscrito, sí que se calificaban de ilícitas las conductas correspondientes al plagio, - en concreto, se reconocía el derecho al inédito, protegido por la “*actio iniuricarium aestimatoria*”⁹-. En esta línea, existen referencias al derecho

⁶ Sin embargo, resulta interesante destacar que, como señala CARPI, los términos “*plagium*” y “*plagiator*”, que luego se emplearían en Roma, proceden del vocablo griego “*plagios*”, que significa “*fraude*” o “*malicia consciente o deliberada*”, tal y como más adelante la emplearía Marcial. En CARPI, D., “*Hermes: Dod of thieves. Plagiarism in twentieth century literature*”, *Law and Critique* 14: 213–223, 2003; pág. 215

⁷ SIROTTI GAUDENZI, A.; *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, VII edición, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014; pag. 38

⁸ Será objeto de estudio y comentario en el desarrollo de este trabajo la división entre lo que se ha venido históricamente a llamar el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* de las creaciones intelectuales, división que, como aquí se evidencia, aun no existía en los albores del Imperio Romano, donde las obras se identificaban con el *corpus mechanicum*, esto es, con su soporte material.

⁹ Parece existir consenso en la doctrina al aceptar el origen de la persecución de esta conducta en el delito de *plagium* que regulaba el Derecho romano. Esta conducta se recogía en la “*Lex Flavia de plagiariis*”, dictada en el siglo I a.C, definiéndose como la “*detención contra la voluntad y enajenación de personas libres o retención de fugitivos*”, de modo concreto, “*incurren en dicho crimen, tanto el vendedor como el comprador de una persona libre si tenían conocimiento de su libertad; el que vende un esclavo fugado; el que dona una persona libre como esclavo o lo da en dote a sabiendas; los que aceptan a sabiendas, por las mismas causas; el que oculta a un esclavo sobre el que hay una vindicatio in servitute y en este se prueba que es esclavo [...]*” etc. (BETANCOURT, F.; *Derecho romano clásico*, Ed. Universidad de Sevilla, 2007, 3ª edición, pág. 434). Se evidencia así la procedencia del término actual de “*plagio*” del mencionado *plagium*, en el sentido de la expropiación ilícita de la propiedad sobre un bien material o inmaterial a su legítimo titular, en el primer caso la creación intelectual y, en el segundo, el esclavo, ya que tal y como afirma DOCK (DOCK, M. C.; “*Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria*”,

de ineditud, ya mencionado, en los textos de Cicerón y Plinio el Joven revelándose contra publicaciones no consentidas.

En este sentido, la doctrina mayoritaria acepta que existía una preocupación por parte de los autores en la época clásica por los malos usos de su obra, sobre todo en lo tocante a la modificación de la obra y el reconocimiento de la paternidad o autoría. Las demandas de éstos se centraban en la reclamación de que las modificaciones operadas en la obra sin autorización no fuesen imputadas al autor y que éste fuera reconocido en las citas de su obra; existía, así mismo, una preocupación e interés por la necesidad de ejercer cierto control sobre la interpretación de la obra, en definitiva lo que MCKENZIE denominaba un “*derecho del autor a no ser mal leído*”¹⁰. Es por ello que, gran parte de la doctrina especializada afirma que no sería acertado concluir que el Derecho romano desconociera por completo el Derecho de autor; así, BAYLOS afirma que “*aquella época posee la convicción de que, desde un punto de vista personal y espiritual la obra pertenece al autor y son ilícitas la usurpación de la paternidad, la publicación contra su consentimiento y el plagio. Estas parecen ser las tres manifestaciones fundamentales de una conciencia del Derecho de autor sobre su obra, que llega a traducirse incluso en una protección jurídica propiamente dicha. En efecto el autor es libre de publicar o no la obra. Franceschelli recuerda la aplicación en Derecho romano de la actio iniuriarum frente a la publicación no autorizada, con análogo sentido al que posee en los casos de relevancia abusiva de disposiciones testamentarias o secretos familiares; y de la actio furti contra la publicación abusiva cometida a través de un atentado al manuscrito; y señala las manifestaciones de un derecho de paternidad y a perfeccionar la obra en sucesivas ediciones. Marcial manifiesta, en su conocido epigrama, la convicción de la ilicitud del plagio*”¹¹. Es claro además, en palabras de RENGIFO¹², que los romanos tuvieron en cuenta la propiedad en el libro y la función que este

en *Revue Internationale du Droit D'Auteur* (rida), número especial: *Histoire internationale du droit d'auteur, des origines à nos jours*, París, Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur National et International, enero de 1974), los versos de Marcial usando el término *plagiarius* son una metáfora “donde el plagio se asimila a un robo y los plagiarios a ladrones”, pero como destaca Pabón Cadavid, no existe evidencia de que el plagio literario estuviera proscrito en términos legales, aunque si se deduce de los textos latinos, como los de Marcial, de que existía una censura por parte de la sociedad hacia esta práctica.

¹⁰ MCKENZIE, D. F.; *Bibliografía y sociología de los textos* (traducción de Fernando Bouza), Madrid, Akal, 2005, pág. 44.

¹¹ BAYLOS CORROZA, H.; *Tratado de Derecho Industrial*, editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 150

¹² RENGIFO GARCÍA, E.; “El Derecho de autor en el Derecho Romano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 16, 2009, pág. 29

desempeña en el ámbito de la cultura, como se pone de manifiesto en las palabras de SÉNECA en la número VI de sus Cartas a Lucilio, denominada “de la verdadera amistad”, donde manifiesta que “*el más hermoso y más útil de los descubrimientos no me daría tanto gusto si yo no hubiera de poderlo transmitir. Si me dieran la sabiduría con la condición de guardarla para mí, de no comunicarla, de no esparcirla, me negaría a tomarla. No hay posesión agradable si no es compartida. Voy a enviaros, pues, los propios libros, y, para ahorraros el trabajo de buscar los pasajes que han de seros útiles, irán anotados por mí mismo; las notas os llevarán in continenti a los pasajes que yo apruebo y admiro*”¹³.

Con todo, resulta evidente que existía un deficiente reconocimiento de las creaciones intelectuales desde la perspectiva iusprivatista en el Derecho romano. Este tipo de creaciones no se pueden entender incluidas en el ámbito de la protección de los bienes o cosas inmateriales que contemplaba el Derecho romano. Así lo entiende parte de la doctrina, defendiendo que “*cuando Gayo (2, 12-14) estableció la distinción entre res corporales y res incorporalis no entendía la clasificación moderna de propiedad común y propiedad intelectual por cuanto para la concepción gayana las cosas corporales son aquellas res quae tangi possunt, esto es, que se pueden tocar, que caen directamente bajo nuestros sentidos, y cosas incorporales son aquellas res quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, es decir, los iura, los derechos, como la hereditas, el usufructo, las obligaciones*”¹⁴, con lo que queda claro que esta categoría de bienes inmateriales o incorporales se limitaba a los derechos.

En este sentido, como señala RENGIFO¹⁵, en dicha época, la obra literaria va indisolublemente ligada a la materia en la que se plasma, el papel, pergamino o papiro, por lo que el dueño del mismo, por accesión, se hace propietario de la obra o *scriptura*. En el caso de la pintura, con base en la *specificatio*, será de propiedad del pintor siendo realizada sobre un material de propiedad ajena, no así en el caso de las pinturas realizadas en un edificio, que pertenecerán al dueño de éste. Por otro lado, con respecto a la escultura, si era realizada con materiales ajenos pertenecía, según los sabinianos, al propietario de la materia, sin embargo, para los proculeyanos, el propietario era el escultor; para Justiniano la estatua será propiedad del dueño de la materia solo en el caso de que el producto pueda convertirse de nuevo en materia prima, de ser ello

¹³ SÉNECA, Carta núm. VI “de la verdadera amistad”, Cartas a Lucilio.

¹⁴ RENGIFO GARCÍA, E.; Op. Cit., pág. 21

¹⁵ RENGIFO GARCIA, E.; op. cit.

imposible, el creador es el dueño de la obra¹⁶. Esta diatriba referente a la vinculación existente entre la obra en sí y la materia en la que se concretaba se ve reflejada en las palabras de Lucio Anneo Séneca, que se refiere a la diferencia entre la propiedad del soporte y la de la obra intelectual, determinando ambos derechos como concurrentes, extremo que, no obstante, tardó siglos en ser reconocido por la filosofía y dogmática jurídica: “Decimos que los libros pertenecen a Cicerón; el librero Dorus llama suyos a los mismos libros y la verdad es de doble faz. Uno los reivindica como autor y el otro como comprador; y es con razón que se dice que los libros pertenecen al uno y al otro. En efecto, aquellos pertenecen a ambos, pero no de la misma manera”¹⁷.

No existe, a la luz de lo anterior, una postura única en lo referente a la protección de las creaciones intelectuales en esta época, aunque se puede afirmar que el Derecho romano reconocía la existencia de figuras jurídicas y acciones legales tendentes a la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de trabajos que implican un esfuerzo intelectual, como es el caso de la literatura, la pintura y la escultura; sin embargo, como se ha visto, y recalca PABÓN, en todos los casos no se presenta la existencia de un derecho sobre la creación intelectual, sino que el conflicto patrimonial media sobre la propiedad del bien tangible que contiene la obra¹⁸. La conclusión a la que llega parte de la doctrina es, por tanto, que de modo general, los creadores no gozaron en el Derecho romano de una consideración especial y, en consecuencia, sus obras no fueron objeto de específica protección de mano del ordenamiento jurídico; la causa era la igual consideración que se daba en la época al trabajo intelectual y al manual o físico, siendo sólo relevantes en el marco de los negocios jurídicos patrimoniales de los que eran objeto. Con ello se evidencia que el trabajo del intelecto era “degradado” al mismo nivel o categoría del mero trabajo manual físico, existiendo una consideración de indignidad de la creación artística como profesión con ánimo de lucro. La base de esta consideración se encuentra en la división que realizaba la sociedad romana del tiempo entre las artes liberales y las no liberales u operae *illiberales*, tal y como se pone de manifiesto en el texto de Cicerón “de los deberes”¹⁹, donde se califican de serviles y despreciables todas las profesiones asalariadas. De la lectura de este y otros textos de la literatura romana se deduce que todo trabajo remunerado, incluyéndose el de naturaleza intelectual, era considerado

¹⁶ RENGIFO GARCÍA, E.; Op. Cit., pág. 22

¹⁷ SÉNECA, Lucio Anneo; en De Beneficiis VII-6

¹⁸ PABÓN CADAVID, J.A.; Op. Cit., pág. 64

¹⁹ CICERÓN, Marco Tulio; *De los deberes* 1.42, versión en castellano de ESTRADA MORÁN, B., Universidad Autónoma de Méjico, 1962; citado por Rengifo García, E.; op. Cit., pág. 23

indigno, motivo por el cual actividades como las de los abogados y los oradores se encontraban fuera del ámbito de los negocios jurídicos patrimoniales. Esto no cambió en la época de la República en Roma, como refleja RENGIFO, donde la conversión en una sociedad mercantil en la que se hizo habitual la comercialización de la cultura no trajo consigo la mayor consideración del trabajo intelectual con ánimo de lucro, existiendo una censura al mecenazgo, limitando la actividad artística al comercio. Así, como destaca COPPOLA, “[...] *Las motivaciones de tal desvaloración están también presentes en la edad del Principado. [...] La exclusión de las actividades artísticas del ámbito de las artes liberales que, en sustancia, coinciden con aquellas actividades para las cuales se requiere mayor prudencia aut non mediocris utilitas, está presentada por Séneca con una clara motivación práctica: ellas satisfacen solo exigencias de lujo y, como tales, son consideradas del mismo modo que cualquier otra actividad, simplemente objetos de normal comercio*²⁰”.

1.3. Evolución de la Propiedad Intelectual desde la Edad Media.

Según Thomas CAHILL el primer precedente en materia de Derechos de autor se sentó en Irlanda. De acuerdo con este autor, la historia/leyenda habla de un príncipe del clan *Conaill*, Columcille, nacido en el año 521 y que optó por la vida monacal, que guiado por su pasión hacia los libros decidió hacer una copia de un libro ilustrado de gran valor. Tal tarea fue descubierta y por ella fue enjuiciado por el rey Diarmait quien sentenció “*a cada vaca su ternera; a cada libro su copia*”, imponiéndole la condena al exilio y la excomunió. Se trata, de acuerdo con RENGIFO²¹, del primer caso de reconocimiento de derechos de autor en la historia.

La realidad de la época muestra que la creación intelectual estaba íntimamente ligada a la religión, de modo que la mayor parte de las obras fueron creadas en los monasterios. Ello determina el anonimato de los autores de estas obras al ser propio de estos lugares el trabajo colectivo, lo que hace del todo imposible la identificación de la autoría de las partes de las mismas y su adjudicación al autor. Por el contrario, si era más habitual el

²⁰ COPPOLA, G.; *Cultura e potere, il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 117

²¹ RENGIFO GARCÍA, E.; Op. Cit., pág. 20

reconocimiento al autor en el caso de las creaciones laicas, como ocurría con las obras creadas por trovadores.

Es por ello que, como pone de manifiesto PABÓN CADAVID, no sería acertado afirmar que la figura del autor surge con la imprenta, ya que *“desde los finales de la circulación de los manuscritos, la representación del autor por medio de su retrato denota la existencia de un autor, el cual posibilita la asignación del escrito a una persona particular, lo que es común en los libros de los siglos XVI y XVII. Surge la imagen como representación de autenticidad de la obra, designa así una representación de creación original”*²².

En consecuencia, se debe concluir que, a pesar de que en la Edad Media no se protegían derechos concretos, los autores pretendían la protección de su trabajo. Así, destaca la maldición del siglo XIII recogida en el “Specchio Sassone” que versaba *“sia maledetto chi utilizzi questo libro in modo illecito o peccaminoso e che la lebbra affligga che ne modifichi il contenuto.[...] Consegna questo messaggio a Satana e lo segna al inferno chi vuole passare l’eternità in sua compagnia”*²³.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria en la materia, se suele determinar la invención de la imprenta como el factor que impulsó y estimuló el desarrollo del Derecho de autor, lo que da lugar a la concepción del mismo como un derecho moderno. Sin embargo, existen autores que defienden la figura del propio creador como génesis de este Derecho, ya en el Renacimiento; así, HAUSER destaca la relación entre la figura del genio renacentista y el surgimiento de la Propiedad Intelectual, para él *“ésta se origina cuando el primero logra autonomía en la producción de su creación y libertad en las diversas formas espirituales de expresión”*²⁴. En palabras de Hauser, *“lo que es fundamentalmente nuevo en la concepción artística del Renacimiento es [...] que la obra de arte es creación de la persona autónoma y que esta personalidad está por encima de la tradición, la doctrina y las reglas, y que esta personalidad es más rica y profunda que la obra [...]. Para la Edad Media que no reconocía ningún valor en la originalidad y espontaneidad del espíritu, que recomendaba la imitación de los maestros y tenía por lícito el plagio,[...] tal concepto fue extraño. La fuerza de la personalidad, la energía espiritual y la espontaneidad del individuo es la gran experiencia del Renacimiento. El desarrollo del concepto de genio comienza con la idea*

²² PABÓN CADAVID, J.A.; Op. Cit., pág. 66

²³ Texto recogido en SIROTTI GAUDENZI, A.; *Il nuovo diritto d’autore*, op. cit., pág. 38

²⁴ RENGIFO GARCÍA, E.; Op. Cit., pág. 20

de la Propiedad Intelectual. En la Edad Media falta tanto esta idea como la intención de ser original; ambas cosas están en estrecha interdependencia. Mientras el arte no es más que la manifestación de la idea de Dios, y el artista es sólo el medio por el que se hace visible el orden eterno y sobrenatural de las cosas, no se puede hablar ni de autoría del arte ni de propiedad del artista sobre su obra”²⁵.

Es por tanto evidente que, con la llegada de la imprenta se hace aún más necesario el reconocimiento de una tutela en la creación intelectual, sobre todo, por motivos económicos, a los editores, aunque también a los propios autores. El elemento determinante para la activación de los mecanismos de control preventivo sobre las creaciones emanadas de la imprenta era la posibilidad que ofrecía ésta de realizar miles de copias de la Biblia sin control así como de obras consideradas *blasfemas*; pero es ya en el *cinquecento* cuando se asienta el sistema de privilegios otorgados por el soberano a los impresores, unido al *imprimatur*²⁶, concedido a modo de censura previa, que era concedido a los impresores y no a los autores. Como destaca SIROTTI, junto a los privilegios se le reconocía al autor el derecho de publicar su propia obra y comenzaba así a asentarse el concepto de derecho en exclusiva.

Centrándonos en el que, según la doctrina mayoritaria, sería el germen del Derecho de autor, los privilegios de impresión, es necesario, para ello, partir de la invención de la imprenta. Como destaca VEGA JARAMILLO, *“en la transición de la edad media hacia los tiempos modernos se presentaron en Europa nuevas invenciones y el perfeccionamiento de los medios de comunicación. Es así como apareció la imprenta inventada por Gutenberg en el siglo quince, que hizo posible alcanzar un mayor número de personas sin que estuvieran reunidas en un mismo lugar, lo que formó un mercado que fue desde un principio muy susceptible a las imitaciones y a las falsificaciones. No tardaron en aparecer las reimpressiones una vez salieron los primeros productos de la imprenta, generando el rechazo de los autores y de los*

²⁵ HAUSER, A.; *Historia social de la literatura y el arte*, Barcelona, Editorial Labor, 1993, Tomo I, pág. 407 (citado por Rengifo García, E., op. cit.)

²⁶ El primer *imprimatur* de que se tiene constancia data de 1501, concedido por el Papa Alessandro VI (Rodrigo Borgia) a través de la Bula *“Inter Multiplices”*. Fue ya en 1515 cuando los principios recogidos en dicha Bula se extendieron a todo el mundo cristiano por medio de la encíclica del Papa León X *“Inter Sollicitudines”*, como destaca SIROTTI GAUDENZI. Tras ello, este mecanismo fue adoptado por algunos soberanos europeos, excepto en Venecia, donde el privilegio de stampa/impresión fue sustituido por la *“licencia de impresión”*, datando los primeros de 1481. (Ver SIROTTI GAUDENZI, Op. Cit., pág. 39)

impresores, así como de las autoridades. Por ello el origen del derecho de autor se sitúa en la lucha contra la piratería, por motivos materiales, dado el perjuicio económico que ocasionaba, pero también en lo que concierne a los escritos religiosos existía la preocupación de evitar alteraciones y mutilaciones”²⁷.

Este hito supuso, además, la aparición de una nueva economía en el proceso de publicación que implicó mayores costes. En aras de proteger las inversiones económicas llevadas a cabo para la publicación se crean los privilegios, buscando con ellos solucionar los problemas de competencia que surgían por la existencia de múltiples ediciones de una misma obra. Es por ello que se configuran como una suerte de monopolio mercantil, aunque no necesariamente exclusivo, garantizado al impresor para compensar el riesgo económico de la edición, y el hecho de que fuera éste el sujeto en quien recaía la responsabilidad por el contenido. Es así que estos privilegios pasan a estar al servicio de las políticas de censura, unidos a medidas como el requisito de registro previo establecido en 1.537. Según MOLINA, “el privilegio como “*Gracia del rey*”, que establece un monopolio, no tiene las características del derecho de propiedad. Los privilegios surgen para proteger a los impresores y no a los autores, y son otorgados por un periodo limitado de tiempo”²⁸. Durante esta etapa no existe como tal la figura del autor como profesión remunerada, ello comenzará a ocurrir más tarde en Europa, ya en los siglos XVII y XVIII, cuando empezará a asentarse el Derecho de autor como hoy lo conocemos, de modo que la regulación normativa de la imprenta de esta época y los privilegios de impresión no se insertaron en el derecho privado, sino que eran abarcados en el ámbito del derecho administrativo. En palabras de RENGIFO, “*algunos filósofos de la Ilustración, en el siglo XVIII, tanto en Francia como en Alemania, abogan por la propiedad del autor respecto de sus escritos basados en una posición iusnaturalista*²⁹. *Se destacan dentro de esta posición DIDEROT y JOHANN-STEPHAN PÜTTER [...]. Uno de los centros de discusión que se van a generar es el monopolio de las ideas; los que defienden la propiedad literaria resaltan que se protege la forma, la originalidad es lo que fundamenta la protección, se genera un equilibrio: ideas comunes, formas privadas*”, así “*los que defienden la propiedad literaria alegan que no es la idea sino la*

²⁷ VEGA JARAMILLO, A.; *Manual de Derecho de autor*, Dirección Nacional de Derecho de autor, Ministerio de Justicia, Colombia, 2010, pág. 6

²⁸ MOLINA, 1994, citado por PABÓN CADAVID, Op. Cit., pág. 67

²⁹ Se trata de la idea propia de Locke de la creación como propiedad resultado del trabajo, en este caso intelectual.

*forma original de expresarla lo que se protege. Esta postura de originalidad implica el reconocimiento del autor como genio creador de la obra, dándole a ésta una connotación de expresión única de quien la produce*³⁰.

En esta etapa en España, ya con el reinado de Carlos III, se promulga la Real Orden de 22 de marzo de 1763 y la de 20 de octubre de 1764, que limitaba la concesión de privilegios a la persona del autor y determinaba el carácter hereditario de tales privilegios, respectivamente. Más adelante, en 1778, se promulga la Real Orden de 14 de junio de “Fomento del arte de la Imprenta y al comercio de libros” que, junto con el Decreto del Consejo de 1 de febrero de 1789 se establece la obligatoriedad de identificación del autor para la concesión del privilegio y la autorización de la impresión. Son todas ellas normas de derecho administrativo, y no privado, por lo que su finalidad es punitiva y no de reconocimiento de derechos y protección de tipo patrimonial.

Es ya a mediados del siglo XVIII cuando, a nivel general, dada la territorialidad que caracteriza al sistema de privilegios, comienza a surgir un problema grave en la piratería de la obra literaria, con la aparición de un mercado de ediciones no autorizadas de obras de otros países, lo que provoca la reacción de autores. Este es el caso de KANT que reaccionaría diciendo que *“el libro es, de una parte una producción artificial (opus mechanicum) que puede ser imitada (por quien se encuentra en posesión legítima de un ejemplar de la misma) y por tanto se está frente a un derecho real, de otra parte, aun cuando el libro es también mero discurso del editor ante el público éste no está autorizado para expresarlo públicamente sin haber recibido permiso previo por parte del autor (praestatio operae), de ahí que sea también un derecho personal; y se incurre, por tanto, en un error cuando se confunden ambos aspectos*³¹. En este texto, Kant hace referencia a un derecho natural del autor, que nace con independencia del privilegio legal, usando el término “derecho personal” en referencia al derecho del autor sobre su obra, lo que vendría a asimilarse a los derechos morales de nuestro derecho actual, con lo que lo inserta dentro del ámbito de los derechos de la personalidad regulados por el derecho privado. En este sentido, manifiesta MOLINA que empieza a haber en la época una consciencia de que *“la publicación de una obra pone en juego el honor y la reputación del autor, bienes e intereses de la persona que resultan de extrema importancia para el individuo; de esta manera, aunque se cedan los derechos para la*

³⁰ PABÓN CADAVID, J.A.; Op. Cit., pág. 70

³¹ KANT, I.; *Werke: Schriften zur Ethik und Religions-philosophie (...)*, en Pabón Cadavid, J.A.; op. Cit.

*publicación, la personalidad del autor continúa en juego, por lo que se empieza a pensar de forma sistemática en establecer que los derechos morales sean inalienables. La dogmática jurídica que se empieza a construir, de lo que sería el derecho de autor, busca que el autor pueda controlar el uso de la obra aun en circunstancias donde no se le produzca un daño patrimonial*³².

Estas novedosas ideas hacen que sea en este siglo XVIII cuando nacen las primeras normativas nacionales en materia de derechos de autor. Por un lado, en Europa, partiendo del Edicto de la Reina Ana de Inglaterra en 1.709, las normas españolas, ya mencionadas, emanadas del reinado de Carlos III, y las leyes francesas en materia de Propiedad literaria y artística de 1.971 y 1.973, donde se introduce ya el “modelo latino”, seguido en la actualidad por los países de la Europa occidental, en el que se distingue entre los derechos morales y los patrimoniales.

De modo concreto, por tanto, destaca como muy relevante el Edicto de la Reina Ana de Inglaterra, al tratarse de la primera ley en el territorio europeo en materia de derechos de autor. Así, como destaca JARAMILLO VEGA, *“posteriormente hacia el beneficio de los autores de la obra tendió el desarrollo de la protección en Inglaterra, configurando la exclusividad como un derecho del autor, pues se puso fin al monopolio que había adquirido la Compañía de Impresores de Inglaterra en 1557, sobre la publicación de obras en todo el país. En efecto, el Estatuto de la Reina Ana de 1709, promulgado en 1710, abolió el monopolio, al atribuir al autor el derecho único de imprimir o de disponer de los ejemplares de una obra. A partir de allí, la forma en que el editor podía beneficiarse del derecho exclusivo de publicar una obra, era en virtud de una cesión que realizara el autor.”*³³ Dicho Estatuto o *Act*, de acuerdo con la terminología anglosajona, que comenzaba con la siguiente descripción *“an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchases of such copies, during times therein mentioned”*, atribuía a los creadores el derecho de la edición de la obra, acabando así con el preexistente sistema de privilegios atribuidos a los editores por el rey.

El testigo de esta norma lo toman las legislaciones francesa y alemana, como se ha comentado, de modo que *“En Francia, por su parte, la Revolución de 1789 abolió los privilegios existentes y los Decretos de 1791 y 1793 reconocieron a los autores los derechos de autorizar o prohibir la representación y la reproducción de sus obras,*

³² MOLINA, 1994; citado en Pabón Cadavid, J.A.; op. Cit. Pág. 73

³³ JARAMILLO VEGA, A.; Op. Cit.; pág. 6

respectivamente. Se enfatizó en la consideración personal del autor, pues se estimaba que su propiedad era la más sagrada y “personal”, y ello permitió la elaboración futura, por vía de jurisprudencia, del derecho moral (derechos de divulgación, reivindicación de la paternidad, respeto de la obra, retractación) a partir de 1814.” Resulta interesante resaltar el célebre fragmento del mencionado Decreto de 13 de enero 1791 de Isaac LE CHAPELIER, que plasma el sentimiento romántico propio del Derecho de autor propio de la Europa continental: “*La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage fruit de la pensée d’un écrivain; c’est une propriété d’un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu’un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s’en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s’en pénètre et qui en fait sa propriété.*”³⁴; frase que ejemplifica claramente el cambio de postura acerca de la protección de las creaciones intelectuales que comenzaba a vislumbrarse, en el que, siguiendo la tradición iusnaturalista propia del Derecho de la época, se entiende que el creador, por el solo hecho de haber creado, ya merece el reconocimiento de tutela. Es en este Decreto de 13 de enero y los siguientes de julio de 1793, donde se establecería como tal la protección de las obras literarias y donde se emplea por vez primera el término “propiedad” en referencia a éstas; a pesar de que, la citada legislación requería de una serie de trámites para el reconocimiento de los derechos al autor, como el depósito ante notario y otros mecanismos.

Por otro lado, “*En Alemania se identificaron los dos aspectos de la protección de la personalidad en el derecho de autor: derecho moral y derecho patrimonial. Las discusiones sobre cual aspecto primaba culminaron en el intento de querer derivar el derecho de autor únicamente de la protección de la personalidad, intento que fracasó, pero contribuyó a que en Alemania empezaran a distanciarse del término “propiedad intelectual” y prefiriesen las expresiones “derecho de bienes inmateriales” y “derecho de autor”. De esta manera se ubicaba el derecho de autor dentro del derecho privado como derecho de propiedad y se preparaba el terreno para órdenes internacionales.*”³⁵

³⁴ Fuente: <https://www.laquadrature.net/fr/le-chapelier-1791>

³⁵ UCHTENHAGEN, U.; *Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina*, Montevideo, 1997; pág.13., citado en Jaramillo Vega, A.; Op. Cit. Pág. 7

Esta nueva visión que comienza en esos tiempos a imperar en Europa occidental se ve reflejada en la postura de FITCHE y KANT, que coinciden en la composición del derecho de autor sobre una obra por tres elementos, de un lado el derecho de propiedad sobre el objeto físico y, de otro, las ideas en sí contenidas en el mismo, que una vez que se exteriorizan pertenecen al autor y a su público receptor y, en tercer lugar, la forma concreta en la que se manifiestan las ideas, lo que es la expresión original, que son propiedad exclusiva del autor³⁶. Esta idea es seguida, así mismo, por HEGEL, quien sostiene la independencia de derechos entre el objeto y la creación intelectual, de modo que la venta o disposición del objeto físico o material no implica la enajenación del derecho que existe sobre la propia obra del intelecto.

Centrándonos en los dos países sobre los que realiza su análisis este trabajo, Italia y España, el primero de ellos tiene sus antecedentes en materia de Derecho de autor en la Ley de Milán de 1.801, donde se reconocía la propiedad a sus autores sobre sus obras con el requisito del depósito administrativo de las copias, otorgándoles una protección por diez años tras la muerte del autor, es decir, *post mortem auctoris*, de un modo muy similar a la regulación recogida en el ya citado Decreto francés de 1.793. Sin embargo tras la restauración política de 1.814-15, se instaura un sistema de *privilegi* mediante la “*Rege Patenti*” de Carlo Felice de 1.826, que establece un sistema concesorio de privilegios al editor de obras ajenas, pero reconoce una suerte de derecho exclusivo al autor sobre sus obras y diseños en relación a la impresión y a la venta con una duración de quince años, siempre que lo solicitasen y con la obligación de depositar un ejemplar previamente a la impresión en uno de los órganos o instituciones públicas previstas en la norma. Es ya en 1.838 cuando se reconoce por primera vez en Italia un derecho moral de autor, de modo que el *Codice civile albertino* del citado año establece en su artículo 440 que “*le produzioni dell’ingegno umano sono proprietà dei loro autori sotto l’osservanza delle leggi e dei regolamenti che vi sono relativi*”. Paralelamente el *Codice penale albertino* preveía normas en materia de propiedad intelectual, sancionando los ilícitos cometidos en perjuicio de los autores³⁷.

³⁶ Ver en este sentido la cita de KANT recogida en la página 11 de este trabajo.

³⁷ Tal y como recoge SIROTTI GAUDENZI, el artículo 394 del *Codice penale albertino* prohibía falsificar el nombre fijado en obras intelectuales con el ánimo de simular cosas por sí hechas como provenientes de aquel a quien se ha falsificado la rúbrica, ello bajo la pena de multa y resarcimiento del daño, además de la confiscación de lo falsificado y los instrumentos a tal fin empleados. Con igual pena sancionaba el artículo 395 la violación de los derechos exclusivos de los autores.

No obstante lo anterior, es una vez instaurado el Reino de Italia cuando se promulga en 1.861 una ley sobre la materia que es pronto sustituida por la Ley de 1.865, siendo ésta la primera ley que regula en Italia de modo orgánico la tutela de la Propiedad Intelectual; dicha ley es incluida en el Texto Único de 19 de septiembre de 1.881, núm. 1.012, que lleva por título “Los derechos debidos a los autores sobre sus obras del espíritu”. Esta ley extiende la duración de la protección la vida del autor o, en caso de fallecimiento, los siguientes cuarenta años tras la publicación; en lo referente al derecho de representación y ejecución, se fija una duración de ochenta años tras la primera publicación, para ello era, igualmente necesario el requisito de la declaración administrativa y el depósito de la obra.

Por otro lado, en España, hay acuerdo en la doctrina en considerar la ya comentada Orden de 20 de octubre de 1.764 la primera norma en instaurar como tal el Derecho de autor, al reconocer la permanencia *post mortem auctoris* de sus privilegios, que pasaban a sus herederos vía herencia. Otros antecedentes del Derecho de autor en nuestro país se deben situar en el Decreto 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de julio de 1.813; la Ley *Calatrava* de 1.823, de 5 de agosto, que otorgaba al autor plena propiedad sobre su creación como un derecho perpetuo. Sin embargo, el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1.834 supone una cierta vuelta al sistema de privilegios, aunque ya con el reconocimiento de mayores libertades y de la propiedad de los autores sobre sus obras, protección que se extiende, al amparo de esta norma, diez años tras el fallecimiento del autor para sus sucesores, aunque sólo en lo referente a derechos patrimoniales, no morales. Es ya en 1847 cuando se publica, la Ley de 10 de junio sobre Propiedad Intelectual, donde se abole el sistema de privilegios y se busca extender el derecho de propiedad sobre la creación intelectual, otorgándole la denominación definitiva de Propiedad literaria por vez primera en España. El régimen instituido por la citada ley, no obstante, cabe señalar, se distinguía en múltiples y elementales características del régimen general de la propiedad sobre bienes materiales, al ser una propiedad limitada, en este caso a los cincuenta años tras la muerte del autor, y tener impuesto el requisito del depósito para que se reconozca el nacimiento del derecho.

Con todo ello, como destaca MARTÍN, “*en el siglo XIX se fortalece la idea que viene desde el siglo XVIII de que la obra es parte del autor, que consiste en la “propiedad más personal”, de tal forma que las ideas de Kant sólo fueron asumidas en la discusión*

*jurídica a mediados del siglo XIX*³⁸ Es por tanto en este siglo decimonoveno cuando, buscando la ruptura con el sistema de privilegios, se esboza la protección de las creaciones intelectuales dentro del concepto de propiedad usado para los bienes materiales o físicos, con particularidades. Con ello, en conclusión, se traslada esta figura, ya sí, del ámbito del Derecho administrativo, pasando a configurarse como un derecho autónomo de propiedad integrado en el seno del Derecho civil.

El siguiente problema que se dio en relación a las creaciones intelectuales, una vez abordado el tema de la tutela de los derechos de sus creadores, es el relativo a su circulación transfronteriza; y es que, las obras del ingenio tienden, por su propia naturaleza a ser difundidas más allá de sus fronteras de creación. Esta realidad demostró la necesidad de desarrollar mecanismos de protección por parte del Derecho internacional privado para las creaciones fuera de sus países de producción. Según CAVALLI³⁹, uno de los primeros autores que se sabe pusieron de relieve esta necesidad fue THURNEYSEN en 1738 y, una década después, LUZAC, con la propuesta de una ley que luchara contra la reproducción no autorizada de obras.

La realidad es que las legislaciones de propiedad literaria comienzan a proteger las creaciones extranjeras ya en el siglo XIX, dándose en Francia y Bélgica en 1.852 y 1.886 respectivamente, la asimilación normativa de lo extranjero a lo nacional y, en Italia, se consagra el principio de reciprocidad normativa. No es hasta mediados del siglo XIX cuando comienzan a suscribirse Tratados bilaterales de propiedad literaria, manteniéndose, eso sí, el requisito de cumplimentación de determinadas formalidades, tales como el depósito de la obra en el país receptor o la certificación de su cumplimiento en el país de origen. Estos requisitos empiezan, sin embargo, a desaparecer ya en los Tratados de España y Bélgica de 1.880 y el de Alemania e Italia de 1.884, tal y como destaca CAVALLI⁴⁰.

Es digno de resaltar uno de los principales conflictos relativos a la propiedad intelectual que se dieron en los inicios de la Edad Contemporánea, constituido por la creación de un mercado *pirata*, según la terminología actual, de obras entre España y Francia. Así, como destaca PABÓN, “*desde el siglo XVIII, Francia había consolidado una posición*

³⁸ MARTÍN GARCÍA, J.; “De la *apropiación penal* a la propiedad literaria: sobre los orígenes del derecho de propiedad intelectual en España (siglos xviii-xix)”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, 2000; pág. 121.

³⁹ CAVALLI, J.; *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, Bogotá, Dirección Nacional de Derecho de Autor-Telecom, 2006, pág. 88

⁴⁰ CAVALLI, J., op. cit.

*dominante en el mercado editorial europeo, coadyuvada por impresiones piratas y la circulación clandestina de impresos. Durante el siglo XIX, Francia desarrolla un mercado editorial que abastece en gran parte la demanda de libros de Hispanoamérica y España. En la segunda mitad del siglo XIX, Francia había generado una red comercial y de circulación de libros más grande que España en Latinoamérica, y solo en los inicios del siglo XX algunas casas editoriales españolas expanden el comercio con América Latina*⁴¹. Es en este contexto que se creó un mercado lector, de modo paralelo a la existencia de una escasa producción editorial americana, debida al reducido número de imprentas y los elevados costes de producción que éstas llevaban consigo, lo que provocó un aumento notable en la demanda de libros a Europa. Es en esta coyuntura cuando, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, gran parte de las editoriales francesas de la década de los cincuenta del siglo XIX se dedicaron a la edición de obras piratas de textos en español para exportarlos a los países de América latina⁴². Esta problemática hizo necesaria la firma de Tratados bilaterales entre España y Francia dedicados a esta cuestión y dio lugar a la inclusión en la Ley española de 1.899 de las impresiones ilegales realizadas en el extranjero en las que se alterara el título o el texto como agravantes penales, lo que suponía el reconocimiento de la tutela de un derecho moral sobre la integridad de la obra⁴³.

La evolución relatada hasta este momento de los derechos de autor desde la Grecia clásica hasta la Edad contemporánea muestra el desarrollo progresivo de la normativa en aras de una protección sistemática de la Propiedad Intelectual. Como se ha visto en estas páginas, tanto Italia como España se han encontrado históricamente entre los países europeos más preocupados por la tutela de las creaciones intelectuales, tratándose de países con una arraigada y prolífica tradición cultural.

⁴¹ PABÓN CADAVID, J.A.; Op. Cit., pág. 91

⁴² Sobre esta cuestión, vid. RAMA, C., *Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina. Siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982; y FERNANDEZ, P., "El monopolio del mercado internacional de impresos en castellano en el siglo XIX: Francia, España y "la ruta" de Hispanoamérica", *Bulletin hispanique*, ISSN 0007-4640, Vol. 100, N° 1, 1998, págs. 165-190.

⁴³ FERNÁNDEZ, P.; "En torno a la edición fraudulenta de impresos españoles en Francia: la convención literaria hispano-francesa (1853)", en *Estudios de literatura española de los siglos XIX y XX* (homenaje a Juan María Díez Taboada), Madrid, Instituto de Filología CSIC, 1998; pág. 173

CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AUTOR

2.1. Evolución legislativa Italia.

Como ya se ha hecho mención *ut supra*, los antecedentes normativos del derecho de autor en Italia se remontan a los finales del siglo XVIII, siendo la primera norma sobre la materia el Decreto de 12 de enero de 1.799, durante el gobierno revolucionario piamontés, mientras que en la República Cisalpina podemos encontrar una ley de 1.801, con un contenido algo más desarrollado; estas vinieron seguidas, tras la restauración en 1.815, de una serie de normas emanadas en diversos Estados como el Estado Pontificio, el Reino de las dos Sicilias, el de Cerdeña, el Ducado de Parma y el Gran Ducado de la Toscana, cuya eficacia se veía limitada por ver reducida su eficacia al reducido territorio de cada uno de ellos. Tras estas, buscando ampliar el ámbito territorial de aplicación, se firmó en 1.840 una Convención entre los Estados Sardos, Austria y el Gran Ducado de la Toscana⁴⁴.

Sin embargo, los verdaderos antecedentes italianos de la legislación actual los encontramos tras la unificación italiana. La primera de estas leyes data del 25 de junio de 1.865, la cual se incorporó, con algunas modificaciones, en el Texto Refundido de 19 de septiembre de 1.882 n.1012, que se mantuvo en vigor hasta 1.926. En dicho año se promulgaron el Decreto Ley de 7 de noviembre de 1.925 n.1950 y su Reglamento de desarrollo de 15 de julio de 1926 n. 1369; los cuales mantuvieron su vigencia hasta el año 1942, cuando se promulgó la Ley de 22 de abril 1.941 n. 633 de “*Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*” y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante el Real Decreto de 18 de mayo de 1942 n. 1369, que se mantienen en vigor en la actualidad, con numerosas modificaciones con respecto a la redacción anterior. Al respecto de dicha ley, ha destacado RIZZO que “*si tratta de una delle leggi più risalenti del nostro ordinamento, nata in un contesto tecnologico dominato dall’analogico che, in più di 70 anni di vita, ha subito numerose modifiche, sia di*

⁴⁴ Vid. JARACH, G. y POJAGHI, J.; *Manuale del diritto d’autore*, 2ª edizione, Milano, Ed. Mursia, 2014; pág. 13

*carattere formale che di natura sostanziale, anche al fine di adeguarla alle nuove tecnologie digitali, tanto che oggi rappresenta una sorte di legge-quadro*⁴⁵.

Es, por tanto, ya esta Ley 633/1941 (por sus siglas, l.d.a), de 22 de abril, sobre el régimen de las obras intelectuales, la que fija el inicio de la regulación sistemática de la disciplina, junto con su Reglamento de desarrollo, de fecha 18 junio 1942 núm. 1369.

Sin ánimo de ser exhaustivos, pues se volverá sobre el contenido de esta ley en el marco de capítulos posteriores, se hace necesario realizar una breve síntesis de la esencia de esta norma.

Así, en primer lugar, su artículo 1 concreta el objetivo del texto normativo en la tutela de “las obras del ingenio de carácter creativo que pertenezcan a la literatura, la música, las artes figurativas, la arquitectura, al teatro, a la cinematografía”, con independencia de su modo o forma de expresión. Asimismo, la norma prevé la protección de los programas de ordenador, en el sentido del Convenio de Berna, que se estudiará más adelante, junto con las bases de datos que, por la selección o estructuración de sus contenidos, alcancen el rango de creación intelectual de autor.

De modo general, dicha tutela prevista en la norma se circunscribe a las creaciones del ingenio humano, requiriendo para ello la presencia del concepto de creatividad en las mismas, lo que se traduce, según SIROTTI en una “*aportación personal del autor que, aunque pequeño, permita a la obra presentar un quid novi respecto a las preexistentes*”⁴⁶, concepto sobre el que volveremos en el marco del estudio de la regulación actual de los derechos de autor. Dicha regulación determina el reconocimiento al autor de unos derechos patrimoniales y morales sobre la obra, tratándose los primeros de derechos de duración temporal limitada y alienables, mientras que los segundos, por norma general, no están sujetos a término y son inalienables. En este sentido, el artículo 20 de la ley establece que “*indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell’opera (...) ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l’autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell’opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell’opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione*”.

Este texto, como norma preeminente en el marco de la Propiedad intelectual en el Derecho italiano, se debe poner en relación con las sucesivas regulaciones que se han

⁴⁵ RIZZO, C., *I diritti degli artisti e dei produttori musicali*, Primiceri Editore, Padua, 2016, pág. 32

⁴⁶ SIROTTI GAUDENZI, A.; *Il nuovo diritto d’autore.(...)*, op. cit.; pág. 44.

ido insertando en el ordenamiento jurídico en los últimos años, muchas de ellas con el objetivo de transponer la normativa europea. Así, sin ánimo de exhaustividad, es preciso destacar, en primer lugar, el Decreto Legislativo de 26 de mayo de 1997 n. 154, mediante el cual se transpuso la Directiva 93/98/CEE, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y algunos derechos conexos; y, ya con la entrada del nuevo milenio, la Legge 248/2000 (conocida popularmente como “*ley antipiratería*”), sobre la que se volverá más adelante, que prevé sanciones administrativas por el uso de las obras ilícitas. Tras esta reforma legislativa de gran calado, se han sucedido otros textos normativos como son: el d. legislativo de 2 febrero de 2001, n. 95, mediante el cual se implantó la Directiva 98/71/CE relativa a la protección jurídica de los diseños y modelos; el d. Legislativo de 29 abril de 2003, n. 68, por el cual se transponía la Directiva 2001/29/CE sobre la armonización de algunos aspectos del Derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información y d. Legislativo de 9 abril 2003, n. 70, Decreto Legislativo 9 abril 2003, n. 70, de transposición de la Directiva 2000/31/CE relativa a algunos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en el mercado interior, con especial referencia al comercio electrónico.

Por otro lado, el Decreto Ley de 22 marzo de 2004, n. 72, en coordinación con la Ley de 21 de mayo 2004, n. 128 sobre “*interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell’ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*”; también es preciso destacar el D. Ley de 31 de mayo 2005, n. 7, coordinado con la Ley de conversión de 31 de marzo de 2005, n. 43, sobre “*Disposizione urgente per l’Università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il complemento dei grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, (..)*”. Continuando con este listado, el Decreto Ley de 13 de febrero de 2006, n.118, que transpone la Directiva 2001/84/CE relativa al derecho del autor sobre la reventa sucesiva del original de una obra de arte; el decreto legislativo de 16 de marzo de 2006, n. 140, mediante el cual se transpone la Directiva 2004/48/CE sobre el respeto de los derechos de Propiedad Intelectual, la Ley de 9 enero 2008, n. 2, por la que se establecen una serie de disposiciones relativas a la SIAE y prevé la posibilidad de publicar en red imágenes y música a baja resolución o degradadas, creando así una excepción dentro del catalogo previsto en la Ley 633/1941, mediante la introducción de un nuevo apartado 1 bis al artículo 70 de la misma.

Resulta pertinente hacer referencia en este momento, también, al Decreto Legislativo n. 22 de 21 febrero 2014, de transposición de la Directiva 2011/77/UE, de 27 de

septiembre de 2011 (que modifica a la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y algunos derechos conexos), al Decreto de 20 de junio de 2014 de “Determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi ai sensi dell'art. 71- septies della legge 22 aprile 1941, n. 633.”, así como, el Decreto de 2 de febrero de 2015 “del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. Determinazione della misura e delle modalità di ripartizione del compenso dovuto a norma degli articoli 73 e 73bis della Legge 22 aprile 1941, n. 633”; así como, por su relación con la temática estudiada, los pronunciamientos de la AGCom, 668/10/CONS, 398/11/CONS y 680/13/CONS del 12 diciembre 2013, además del Reglamento “in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70”. Por último, es preciso recoger en esta línea el Decreto Legislativo de 15 marzo 2017, núm. 35, “Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiter- ritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno” que, como ya recoge su título, se encarga de transponer la reciente Directiva europea de licencias multiterritoriales.

Se trata, como se puede ver, de una profusa y compleja regulación de la materia de Propiedad Intelectual que, cada vez más, se homogeneiza en el ámbito europeo, cuyo estudio se llevará a cabo en un capítulo posterior de este trabajo.

Una vez introducida la normativa específica que regula el Derecho de autor en Italia, se hace indispensable la referencia a dos de los principales textos legales que conforman el ordenamiento jurídico italiano, la Costituzione della Repubblica Italiana de 1947 y el Codice civile italiano. En cuanto a la primera, destaca la doctrina que, si bien no hace un reconocimiento expreso a los derechos de autor, si que supone la base de los mismos, en concreto en los artículos 2, 3, 9, 21, 33, 35, 41 y 42 Cost. It.; en ese sentido se señala que *“In particolare, per quanto concerne i diritti legati più direttamente alla sfera personale-espressiva, anzitutto appare corretto ritenere che il diritto di paternità, quale fondamentale diritto della personalità dell'autore, debba essere considerato inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.*

La pubblicazione o comunicazione al pubblico dell'opera, poi, risulta normalmente una espressione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., letta in combinato disposto con i principi di sviluppo della cultura e della libertà di creazione

artistica di cui agli artt. 9 e 33 Cost.; ma essa si caratterizza altresì come un'attività economica, ove sia esercitata in forma professionale direttamente dall'autore, ovvero (più spesso) da intermediari imprenditoriali, con la tutela e i limiti posti dall'art. 41 Cost., letto alla luce dei diritti inviolabili, dei doveri inderogabili e del principio di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

*Riguardo ai diritti di utilizzazione economica conseguenti alla prima pubblicazione dell'opera, la loro riconduzione alla tipologia proprietaria ne comporta l'inquadramento nell'art. 42 Cost., con i relativi limiti, e l'eventuale ulteriore tutela ex art. 35 e ss. Cost. ove l'attività creatrice si inserisca in un rapporto di lavoro dipendente. Da ultimo, nel caso (frequente come detto) di sfruttamento dell'opera da parte di intermediari professionali, a maggior ragione vengono in rilievo le previsioni di cui agli artt. 41 e 42 Cost.*⁴⁷

En línea con la apreciación de la subsunción de la propiedad intelectual en los principios constitucionales a los que se ha hecho referencia, el Codice civile italiano si contiene provisiones específicas en relación con la disciplina; así, se refiere a los derechos de autor en los artículos 2575 y ss., dentro del libro V, “*del lavoro*”, dedicado al trabajo, considerando la creación intelectual como una expresión del trabajo intelectual, puesto en relación, como señala ROMANA ALLEGRI⁴⁸, con la libertad del arte y la ciencia, en el sentido marcado por la Sentencia de la Corte Costituzionale italiana, Ordinanza núm. 361, año 1988⁴⁹. En los artículos señalados, el legislador se refiere al objeto del derecho⁵⁰ (art. 2575 C.c.), la forma de adquisición⁵¹ (art. 2576 C.c.), el contenido del derecho (art. 2577 C.c.), los sujetos (art. 2580 C.c.), la transmisión de los derechos de explotación o de “utilización”⁵², como los denomina la norma (art. 2581 C.c.) y la facultad de retirar la obra del comercio, configurado como derecho moral del

⁴⁷ Indagine Agcom “Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”, pág. 6. (Fuente: <https://www.agcom.it/>; fecha última consulta: 10 noviembre 2016)

⁴⁸ ROMANA ALLEGRI, M; “La fruizione dell'opera dell'ingegno nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale” en *Il diritto d'autore e la sua evoluzione*, Università di Roma, Sapienza; pág. 22 (Fuente: <http://dirittoautore.cab.unipd.it/progetti/documentazione-del-progetto-sapienza/RapportodiricecafinaleDirittodautoreDEFdef.pdf>; fecha última consulta: 10 noviembre 2016)

⁴⁹ Fuente: <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0361o-88.html>

⁵⁰ Literalmente establece como tal que “Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.”, marcando la línea que sigue la L.d.a (Legge 633/1941).

⁵¹ En este precepto determina que la adquisición del derecho se da por la mera creación, al igual que ocurre en el Derecho español.

⁵² El artículo prevé su transmisibilidad, requiriendo el requisito formal de documento escrito para el caso de las transmisiones inter vivos.

autor ⁵³(art. 2582 C.c.), haciendo, por último una remisión a la legislación especial de referencia, que es la Legge 633/1941 (l.d.a.) (art. 2583 C.c.).

Una vez realizado este repaso general y esquemático al marco normativo que regula la Propiedad Intelectual en Italia, resulta de interés centrarse puntualmente en dos de los textos legales recientes que más han afectado a la regulación de la temática que nos ocupa, de las utilidades ilícitas en línea de contenidos protegidos.

Así, de un lado, la Ley 18 de agosto 2000 n. 248, supuso el agravamiento de las penas impuestas a estas conductas, con el añadido de la posibilidad de aplicación de sanciones penales accesorias, relativas a prohibiciones de ejercicio de determinadas actividades y profesiones, y la instauración de las sanciones administrativas (art. 16 de la Ley), en el caso de no ser de aplicación las previstas en los artículos 171, 171-*bis*⁵⁴, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinquies*, 171-*septies* e 171-*octies* de la l.d.a., previstas tanto para el sujeto autor de la compartición de los contenidos como para el usuario adquirente de los mismos, pudiendo recaer sobre este último la sanción de hasta 300.000 liras, la confiscación del material y la publicación de la sentencia condenatoria sobre un medio informativo⁵⁵, sanción que se aumenta en caso de reincidencia o la gravedad de la conducta (elevado número de violaciones o de copias adquiridas o compartidas)⁵⁶. Con respecto a los sujetos que llevan a cabo la compartición, la ley en cuestión, en su

⁵³ Como se verá más en profundidad en un capítulo posterior, analizado en el marco de la l.d.a., esta facultad, tal y como la prevé el Codice civile, se configura como derecho personal e intransferible y se limita a los casos de cuestiones morales de gravedad que afecten a la persona del autor, que deberá indemnizar a aquellos sujetos, que ostenten derechos de explotación sobre la obra, a los que perjudique.

⁵⁴ Para un análisis en profundidad de esta reforma, vid. MONTELEONE, C., "Brevi note a margine del nuovo art.171 bis della Legge sul diritto d'autore.", *Cyberspazio e diritto : internet e le professioni giuridiche*, 1(4), 2000, pp. 499-507.

⁵⁵ El Art. 16 de la mencionada Legge 248/00 dispone en su apartado 1. que "*chiunque abusivamente utilizza con qualsiasi procedimento, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno tutelata dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge è punito, purché il fatto non costituisca concorso nei reati di cui agli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 171-quater, 171-quinquies, 171-septies e 171-octies della legge 22 aprile 1941, n. 633, come modificati o introdotti dalla presente legge, con la sanzione amministrativa pecuniaria di lire trecentomila e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale*".

⁵⁶ El apartado 2º del artículo 16 establece que "*In caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o noleggiate, la sanzione amministrativa è aumentata sino a lire due milioni e il fatto è punito con la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione della sentenza su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale*".

artículo 14 determinó la derogación del anterior artículo 171 ter de la Ley 633/1941, introduciendo una nueva redacción más detallada y gravosa⁵⁷.

Por último, la ley en cuestión introduce los artículos 182 bis y ss, en los que reconoce amplios poderes de persecución e investigación a la SIAE⁵⁸, de modo coordinado con la “*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” (AGCom), dotado de inspectores con la potestad de acceder a los locales o lugares donde se desarrolle la actividad y solicitar la consulta de documentación sobre la misma, sin necesidad de autorización judicial, salvo en el caso de acceso a lugares no abiertos al público⁵⁹.

⁵⁷ Esta Ley 248/00 impuso en su nuevo artículo 171 ter, “*1. È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro:*

a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento;

b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati;

c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b);

d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato ovvero produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi; (...)”

⁵⁸ Esta cuestión será objeto de comentario en el capítulo dedicado a la responsabilidad por la utilización ilícita de las obras en línea, pero es necesario resaltar en este punto la tendencia sorpresiva a ampliar de modo extremo las potestades investigadoras y de persecución que se otorgan, cada vez más, en algunos países europeos, como es el caso de España, a entes de naturaleza administrativa sin la recomendable supervisión judicial, dada la gravedad de las consecuencias que puede acarrear.

⁵⁹ Art. 182 bis. “*1. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza:*

a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonchè su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonchè sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata;

b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;

c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a).

d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione.

2. La SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Otro de los instrumentos normativos de gran relevancia para la materia estudiada es el Decreto Legislativo 9 abril 2003, n. 68, de "Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione", por el cual se modifican los artículos 13 y 16 de la l.d.a., relativos a los derechos de reproducción y comunicación al público⁶⁰, adaptándolos a lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE, ajustando ambos conceptos a la nueva realidad digital. De modo específico, con respecto al concepto de derecho de reproducción, reconocido al autor, lo extiende a todo tipo de reproducciones, incluidas aquellas vía *on line*, ampliando asimismo su reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutores, en lo que respecta a las fijaciones de sus prestaciones.

Otra importante reforma que impone este decreto legislativo es la modificación del concepto de excepción de copia privada⁶¹, que reformula siguiendo las líneas de la

3. Per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE. Gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica nonché le attività ad esse connesse. Possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica. Nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria.

Art. 182-ter. – 1. Gli ispettori, in caso di accertamento di violazione delle norme di legge, compilano processo verbale, da trasmettere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli articoli 347 e seguenti del codice di procedura penale”.

⁶⁰ La nueva redacción del art. 13 establece que “*Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.*”; mientras que el nuevo art. 16 dispone que “*Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché' le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.*

2. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico.”

⁶¹ El nuevo artículo 71 sexies dispone que “*1. E' consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché' senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater.*

2. La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-bis, 79 e 80.

3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente,

normativa europea, incluyendo con ello las realizadas en cualquier soporte, aunque estableciendo, en su apartado 4., como único presupuesto admitido la copia para uso privado que se lleve a cabo en un soporte analógico, algo que supone un contrasentido con lo dispuesto en el epígrafe 1., donde hace referencia a “cualquier soporte”, limitando el número de copias permitidas a una⁶². En esta línea, dentro de este mismo capítulo V del Título I de la l.d.a, el Decreto en cuestión, por su artículo 9, modifica la nomenclatura del Capítulo, que pasa a denominarse “Eccezioni e limitazioni”.

Por otro lado, se introduce la obligatoriedad de la compensación a los autores, productores y ejecutantes por la copia privada, en forma de canon o suplemento impuesto sobre los dispositivos analógicos y digitales de reproducción, que será recibido y administrado por la “Societa' italiana degli autori e editori” (S.I.A.E.), en los artículos 71 septies y octies⁶³. Supone, además, la incorporación a la regulación del

quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

4. Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.”

⁶² En este sentido, como se estudiará en el marco del análisis de los Derechos de autor en los ordenamientos jurídicos español e italiano, la excepción de copia privada aquí comentada difiere de la establecida en la legislación española, en la que no existe la limitación a la copia analógica, ni se hace mención expresa al número de copias permitidas.

⁶³ Art. 71 septies “1. *Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies. Detto compenso e' costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio. Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti.*

2. Il compenso di cui al comma 1 è determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il comitato di cui all'articolo 190 e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1. Per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, nonché della diversa incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica. Il decreto è sottoposto ad aggiornamento triennale.

3. Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato, per fini commerciali, gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1. I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le vendite effettuate ed i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione.

4. Nel caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 3, ovvero se sussistono seri indizi che la dichiarazione presentata non corrisponda alla realtà, la Società italiana degli autori e editori (S.I.A.E.)

reconocimiento y tutela de las medidas tecnológicas⁶⁴, incluyéndose además como sancionables todas acciones relativas a su bloqueo, eliminación o elusión⁶⁵. Esta cuestión ha supuesto un claro debate en la doctrina italiana⁶⁶, que no ha sido debidamente clarificado por la jurisprudencia, como se evidencia en dos de los casos enjuiciados al respecto en Italia, sobre el mencionado nuevo apartado f) bis, relativos, en uno de los casos, al desarrollo de dispositivos de modificación de los aparatos de conexión a la televisión vía satélite *Sky*⁶⁷ y, en el otro, a la creación de medios tecnológicos de alteración de las videoconsolas *Playstation* de *Sony*⁶⁸.

può ottenere che il giudice disponga l'esibizione delle scritture contabili del soggetto obbligato, oppure che acquisisca da questi le necessarie informazioni."

Art. 71 octies "1. Il compenso di cui all'articolo 71-septies per apparecchi e supporti di registrazione audio è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, per il cinquanta per cento agli autori e loro aventi causa e per il cinquanta per cento ai produttori di fonogrammi, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative.

2. I produttori di fonogrammi devono corrispondere senza ritardo, e comunque entro sei mesi, il cinquanta per cento del compenso loro attribuito ai sensi del comma 1 agli artisti interpreti o esecutori interessati.

3. Il compenso di cui all'articolo 71-septies per gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative, per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori. La quota spettante agli artisti interpreti o esecutori è destinata per il cinquanta per cento alle attività e finalità di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 93."

⁶⁴ Acerca de esta materia, sobre la que se volverá más adelante, *vid.* CASO, R.; "«Modchips» e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?", en *Diritto dell'Internet*, 2008, 154; y *AIDA. Analli italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, UBERTAZZI, L.C. (dir.), Giuffrè Editore, 2010 y SIROTTI GAUDENZ, A., *Il nuovo diritto d'autore*, op. cit., págs. 367 y ss, entre otros.

⁶⁵ A modo de referencia, a las medidas técnicas de protección se refiere el artículo 102 quater y, sobre las conductas sancionadas de elusión, etc. comentadas se pronuncia el artículo 171 ter, en cuya redacción de su apartado 1. se incluye la elusión de las medidas y en el que la ley crea el apartado f) bis y h) sobre esta cuestión. En concreto, el nuevo apartado f) bis, castiga con una pena de privación de libertad y quien, con ánimo de lucro, "fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti, o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure".

⁶⁶ Al respecto, *vid.*, LAVAGNINI, V. S. en MARCHETTI, P. y UBERTAZZI, L.C. (coord.), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Tercera edición, Padua, 2004; SPOLIDORO, M. S., "Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione", en *Il Corriere giuridico*, núm. 3, 2003; FABIANI, M., "L'attuazione della direttiva CE su diritto di autore nella società dell'informazione. Un'analisi comparativa", en *Il Diritto di autore*, núm. 7, 2003; y DE SANCTIS, V. M., "Misure tecniche di protezione e libere utilizzazioni", en *Il Diritto di Autore*, núm. 1, 2003, entre otros.

⁶⁷ Corte di Cassazione; sezione III penale; Sentenza 12 ottobre 2004, en *Il Foro Italiano* Vol. 128, No. 5, mayo 2005, y Corte di Cassazione, Sezione III Penale, Sentenza 11 maggio 2010, núm. 25385, en *penale.it*.

⁶⁸ Cfr. Tribunale di Bolzano, Sentenza del 31 dicembre 2003, en *Giurisprudenza di Merito*, 2004, pág. 552; Tribunale di Bolzano - Sentenza del 20 diciembre 2005, en *Interlex.it*.

De modo significativo, la norma incluye el conocido criterio o prueba denominada “de las tres fases”, configurada por la jurisprudencia y legislación europeas, que debe regir la configuración y aplicación de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, y que pasa a incorporar a la l.d.a. por medio del artículo 71 nonies⁶⁹ y se refleja en la redacción del propio artículo 174 ter.

En otro orden de cosas, supone, de nuevo la modificación de las sanciones administrativas previstas en la comentada Ley 248/2000, en los artículos 174 bis y ter, con su debida actualización al euro⁷⁰.

Con respecto a la responsabilidad de los “prestadores de servicios de la sociedad de la información” (en adelante, por sus siglas en inglés, ISP), como se ha mencionado, Italia llevó a cabo la transposición de la Directiva 31/2000/CE, en la que se establecen una lista tasada de causas de exoneración para los prestadores; cuestión que será objeto de estudio en capítulos posteriores, en el marco del análisis de la responsabilidad de éstos sujetos y de los usuarios. Sobre dicha previsión de exoneración, cabe destacar, se ha pronunciado la doctrina, defendiendo DEL FEDERICO, entre otros, que *“La scelta del legislatore di prevedere varie ipotesi di esonero da responsabilità del prestatore di servizi della società dell’informazione risulta eccezionale rispetto al generale sistema*

⁶⁹ Este nuevo precepto determina que *“Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, ne' arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari.”*

⁷⁰ Con ello dichos preceptos pasan a presentar la siguiente redacción:

Artículo 174 bis, *“Ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto”.*

Art. 174 ter, *“Chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 171-quater, 171-quinquies, 171-septies e 171-octies, con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.*

2. In caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o noleggate, la sanzione amministrativa è aumentata sino ad euro 1032,00 ed il fatto è punito con la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione del provvedimento su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o dell'autorizzazione di diffusione radiotelevisiva o dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale”.

*della responsabilità civile. Per questa ragione i casi indicati dal d.lgs. n. 70 del 2003 devono considerarsi assolutamente tassativi e soggetti ad interpretazione restrittiva.*⁷¹

Ya con el claro objetivo del Ejecutivo de emprender una lucha frontal con los intercambios ilegales de obras protegidas en internet (*file-sharing*), a través de las plataformas peer-to-peer o mediante páginas de enlaces, se promulgó el Decreto Ley n. 72 de 2004, sobre “*interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*“. Este Decreto, promovido durante el *mandato* del Ministro Urbani, en su redacción inicial contenía medidas punitivas de naturaleza penal con respecto a las actividades de compartición en línea de los archivos exclusivamente cinematográficos, lo cual se apartaba con lo dispuesto en la Directiva 2004/48/EC, lo que supuso la necesidad de operar una serie de modificaciones durante el proceso de revisión parlamentaria, lo que dio lugar al texto definitivo, a través de la Ley 128/2004, de 22 de mayo, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*”.

De entre los elementos a destacar, en relación al tema que nos ocupa, dicha ley, en primer lugar, en su artículo 1 establece una medida preventiva basada en una obligación de inclusión de un aviso destinado al usuario en la plataforma web afirmando haber cumplido con la ley de protección del derecho de autor, haciendo referencia a las posibles violaciones de tales derechos y las sanciones previstas a tal efecto. En segundo lugar, el artículo 1 de la norma introduce una modificación en el apartado 1 del artículo 171 ter, cambiando la expresión “*a fini di lucro*” por “*per trarne profitto*”⁷², con lo que busca ampliar el ámbito sancionador penal de estas conductas de modo que no se limiten ya a aquellas desarrolladas con un fin lucrativo de tipo económico, extendiéndose a cualquier finalidad de beneficio patrimonial. Además, se incluye un nuevo apartado dentro del artículo 171 ter, apartado 2, en el que se sanciona penalmente a aquel que, para obtener provecho, lleve a cabo una comunicación al público de obra protegida a través de un medio telemático; así, como indica SAPONARO, “*Mentre nel primigenio testo normativo varato dal Governo la norma prevedeva espressamente l’illiceità dello scambio di opere cinematografiche in formato digitale attraverso*

⁷¹ DEL FEDERICO, C.; “ISP liability e attività di hosting: L’inadeguatezza del quadro normativo odierno”, *Rivista Giustizia Civile*, núm.5, 2015; pág. 5

⁷² Lo cual, traducido al castellano, supondría el paso de “con ánimo de lucro” a “para obtener provecho” o “para beneficiarse”.

programmi di condivisione, ora la condotta penalmente rilevante risulta essere costituita nell'immissione materiale in "internet" di qualsivoglia opera dell'ingegno, finalizzata alla sua comunicazione a terzi per trarne un profitto."⁷³ Por último, es preciso resaltar la inclusión de unas obligaciones de colaboración que le son impuestas al ISP (*"Internet Service Provider"*) con las Autoridades Policiales sobre aportación de información y bloqueo y borrado de contenidos⁷⁴, por mandato judicial, para cuyo caso de incumplimiento se prevé una sanción administrativa de entre 50.000 y 250.000 euros.

Por último, antes de cerrar este punto centrado en el repaso, general y somero, de las principales fuentes normativas italianas que afectan, de modo directo, a la temática de esta tesis doctoral, es preciso hacer referencia a la Delibera 680/13/CONS, que recoge el "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70", de diciembre de 2013, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 31 de marzo de 2014. Como se ha evidenciado por la doctrina, este instrumento normativo prevé dos tipologías de intervención, una *ex ante* y otras *ex post*. Así, de un lado, en el primero de los casos, *"L'Autorità intende prevenire le violazioni del copyright in rete attraverso l'esercizio costante di una moral suasion, finalizzata all'educazione, all'utilizzo consapevole e informato del cittadino dei contenuti in rete, e alla promozione di forme di offerta legale dei contenuti celeri, semplici ed economiche"*; mientras que, en el caso de las *ex post*, *"L'Autorità ha inteso delineare un modello procedimentale alla base della sua attività di intervento ex post (cd. enforcement) a garanzia del rispetto dei principi di legalità, ragionevolezza, proporzionalità e contraddittorio dell'azione amministrativa."*⁷⁵

Se trata, en cualquier caso, de un Reglamento emanado de la propia Autoridad administrativa, por el que se otorgan amplios poderes de persecución de las utilizaciones o usos ilícitos de obras protegidas en línea, siendo el ente público al que los titulares de derechos pueden recurrir para solicitar la retirada de contenidos

⁷³ SAPONARO, F., "Il Decreto Urbani novella in materia di peer-to-peer", *Diritto d'autore.it*, septiembre 2004.

⁷⁴ Obligación que se fundamenta en lo ya previsto en el Decreto Legislativo n. 70 de 2003; sobre la materia, *vid.* SAPONARO, F. y QUINTAVALLE, A.; "Il regime della responsabilità degli internet provider come disciplinato dal Decreto Legislativo n. 70 del 9 aprile 2003", revista *Il Finanziere*, núm. 2, 2004.

⁷⁵ AVVISATI, M., "Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (fasc. 1/2014)", *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2014

supuestamente infractores de la red o el bloqueo del acceso a los mismos⁷⁶. Sobre esta cuestión, la doctrina no es pacífica, existiendo posturas a favor y en contra del Reglamento, concentrándose las segundas en la propia legitimidad de la norma, en lo que respecta a su compatibilidad con los principios constitucionales de legalidad, reserva de ley y de jurisdicción, vinculados indisolublemente al ejercicio de los derechos fundamentales, incluso cuando tiene lugar vía internet, como señala AVVISATI⁷⁷. Desde esa perspectiva, algunas voces han denunciado que los poderes de retirada y bloqueo de contenidos en red otorgados a una Autoridad administrativa suponen una injerencia desproporcionada, ilegítima e innecesaria⁷⁸ en la libertad de expresión, que contravendría tanto la legalidad constitucional⁷⁹ como el ordenamiento jurídico comunitario; tal y como defiende BUONO, al señalar que *“la previsione di procedure e rimedi differenti, a seconda che l’autore della violazione sia un “fornitore di servizi media-audiovisivi” o qualsiasi altro “content provider”, è il punto focale di un progetto irrazionale che si pone in palese contrasto con l’ordinamento nazionale ed europeo”*⁸⁰. De modo general, se destaca también que estas potestades se alejan de la finalidad inicial que perseguía la AGCom, centrada en *“un’efficace applicazione delle norme a garanzia del diritto di libertà di espressione e all’equa remunerazione dell’autore, e un’adeguata tutela dei diritti dei cittadini in termini di accesso alla cultura e ad internet, nonché di garanzia di privacy”*⁸¹.

Pese a que su estudio en profundidad se llevará a cabo con posterioridad en este trabajo, es preciso mencionar las vicisitudes⁸² que han acontecido a dicho *Regolamento* en los

⁷⁶ Como se analizará en el capítulo correspondiente, cabe adelantar que en la redacción definitiva del Reglamento se ha eliminado la fase previa de solicitud por el propio titular de los derechos al administrador o responsable de la página que almacena los contenidos, antes de recurrir al ente administrativo; como contrapunto, en el caso de la normativa española, es requisito indispensable para recurrir a la Autoridad administrativa que el titular demuestre haber reclamado previamente de modo directo la retirada del contenido al responsable del portal de almacenamiento o página web.

⁷⁷ AVVISATI, M., op. Cit.

⁷⁸ Vid. AVVISATI, M., op. Cit.

⁷⁹ En esa línea subraya STAZI que *“pare opportuno ricordare soltanto che gli interessi economici tutelati attraverso il diritto d’autore, come noto, devono essere temperati con altri interessi costituzionalmente protetti, in particolare quelli alla tutela della riservatezza, alla circolazione della cultura e dell’informazione ed alla libertà di ricerca, rispetto ai quali, peraltro, la Corte Suprema statunitense ha affermato più volte che il copyright funge da “mezzo a fine”, come “engine of free expression”*” (STAZI, A., “Il Regolamento di cui alla Delibera n. 680/13/Cons dell’agcom per la tutela del Diritto d’autore in rete”, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 2, 2014, pág. 15.)

⁸⁰ BUONO, E., *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d’autore: l’unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, Filo Editore, 2015, pág. 6 y ss.

⁸¹ BASSAN, F. y TOSI, E., *Diritto degli audiovisivi*, Giuffrè Editore, 2012.

⁸² Vid. BERTONI, A. y MONTAGNANI, M. L., “Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d’autore e valorizzazione della creatività in rete”, *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40, núm. 3, 2013, págs. 537-585.

últimos tiempos, desde su aprobación⁸³, de las que se hará un breve repaso por no tratarse estrictamente de una problemática ligada al tema de esta tesis doctoral. En ese sentido, tras su entrada en vigor, numerosas voces de la doctrina especializada han tratado las luces y sombras de tal regulación⁸⁴ que, de manera definitiva, ha sido denunciada por las asociaciones y entidades de defensa de derechos de consumidores y usuarios antes los Tribunales por su supuesta inconstitucionalidad, derivada de la atribución de poderes que implica⁸⁵.

Al respecto, una vez aprobado, el Reglamento se interpusieron por parte de diversas asociaciones de consumidores y usuarios, así como de proveedores de servicios de la sociedad de la información (como es el caso de Altroconsumo, Assoprovider, Confcommercio, Movimento Difesa del Cittadino, Assintel, ANSO, F.E.M.I. y Open Media Coalition) una serie de recursos frente a la AGCom, defendiendo la inconstitucionalidad de la norma y de la atribución de funciones que implica. Como consecuencia de los mismos se pronunció el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (TAR), en concreto su Sección Primera, en sendas *Ordinanze* núm. 10016/2014 y 10020/2014 Reg.Prov.Coll. En las mismas, con un sentido análogo, se concreta, de modo resumido, que las pretensiones de los demandantes se centran, por un lado, en la

⁸³ Cabe puntualizar que, incluso el propio proceso de redacción y aprobación ya presentó problemática, dado que en la fase de audiencia parlamentaria, en mayo de 2012, el entonces presidente de la “Autorità garante per le comunicazioni” (AGCOM) dio marcha atrás al Reglamento en cuestión. Como se ponía de manifiesto en el artículo “Il Regolamento AGCOM sul diritto d’autore nelle reti telematiche: dietrofront dell’Authority”, en “dirittoegiustizia.it”, en mayo de 2012, “*Il regolamento AGCOM nasce dalla volontà di arginare il fenomeno della pirateria informatica, ovvero la diffusione online di contenuti protetti dal diritto d’autore senza il consenso dei legittimi titolari. La critica principale fatta all’emanazione del regolamento risiede nella carenza del potere di adottarlo da parte di AGCOM tanto più che sono in gioco diritti costituzionalmente garantiti (artt. 9, 21 e 33 Cost.)*”

⁸⁴ Sobre la cuestión, *vid.* CAVALCANTI, S., “Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale del TAR Lazio in materia di tutela del diritto d’autore su reti di comunicazione elettronica: il Regolamento AGCOM al vaglio della Consulta”, *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, Focus TMT*, núm. 2/2015; OTRANTO, P., *Internet nell’organizzazione amministrativa: Reti di libertà*, Cacucci Editore, Bari, 2015; pág. 237 y ss.; BUONO, E., *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d’autore: L’unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, ed. Filodiritto, 2015; AVISATI, M., “Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato”, *Rivista Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2013; DEL NINNO, A., “Regolamento AGCOM sul diritto d’autore on line: esiste il “fair use” nel copyright all’italiana?”, *Tafter.it*, mayo 2014 (fuente: <http://www.tafter.it/2014/05/08/regolamento-agcom-sul-diritto-dautore-on-line-esiste-il-fair-use-nel-copyright-allitaliana-di-alessandro-del-ninno/>; fecha última consulta: 2 julio 2016) y BELLEZA, M., “AGCOM e diritto d’autore: un rapporto ancora difficile. Note a caldo sul nuovo regolamento #ddaonline”, *Media Laws*, julio, 2013 (Fuente: <http://www.medialaws.eu/agcom-e-diritto-dautore-un-rapporto-ancora-difficile-note-a-caldo-sul-nuovo-regolamento-ddaonline/>; fecha última consulta: 2 julio 2016)

⁸⁵ Sobre este tema, *cfr.* DE LUCA, V., “Diritto d’autore e schema di regolamento agcom: il punto”, *rivista Comparazione e Diritto civile*, Septiembre, 2011; y SCORZA, G., “Diritto d’autore online: il regolamento Agcom è fuori legge, parola della Consulta. Abbiamo perso tutti”, en *IlFattoQuotidiano.it*, diciembre 2015 (Fuente: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/04/diritto-dautore-online-il-regolamento-agcom-e-fuori-legge-parola-della-consulta-abbiamo-perso-tutti/>; fecha última consulta: 11 noviembre 2016)

naturaleza del procedimiento instaurado por la norma con fines de tutela de los derechos de autor en línea, por cuanto defienden, *“quanto ad internet, a giudizio dei ricorrenti non garantiscono adeguatamente né il diritto di accesso dei cittadini alla rete né il diritto di libera manifestazione del pensiero sancito dalla nostra Costituzione”* y, por otro, sostienen que *“L’AGCom non ha affatto il potere di disciplinare interventi repressivi amministrativi in una materia che la legge, e prima ancora la Costituzione ed il diritto europeo, riservano alla cognizione del giudice a tutela delle libertà di espressione del pensiero e di concorrenza economica”*, refiriéndose en concreto a la potestad atribuida al órgano administrativo de instar la retirada de los contenidos y el bloqueo de los portales acusados de hospedar contenidos supuestamente infractores; asimismo se acusa al procedimiento persecutor en cuestión de violar la reserva de jurisdicción y el principio procesal italiano de juez natural⁸⁶ a la que se remite la Ley n.633 1941. Tales acusaciones se fundamentan en la afcción de preceptos constitucionales, como son el artículo 41 Cost. It., referente a la libertad de empresa o de iniciativa económica, según palabras textuales de la norma, el artículo 21 Cost. It. de libertad de manifestación de pensamiento, cuya tutela y ponderación se atribuye a un juez ordinario, y quedan sometidos al principio de reserva de ley, por cuanto derechos fundamentales; ello implicaría la posible violación del art. 24 Cost. It., que asegura la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales de acuerdo con parámetros de efectividad, y del art. 25 Cost. It., que consagra el principio de “juez natural”, que, como señala la *ordinanza*, sería el *“giudice amministrativo interdittivo, ma prima ancora il giudice ordinario per la compressione del diritto di manifestazione del pensiero”*, quedando estos últimos, por mandato constitucional bajo la reserva de tutela jurisdiccional. En este punto, el Tribunal refiere albergar serias dudas acerca de si las disposiciones legales que empoderan a la autoridad administrativa para las acciones objeto de comentario respetan las garantías impuestas por la Constitución a las que se acaba de hacer mención⁸⁷.

Sobre la cuestión, resulta interesante señalar, el Tribunal destaca que los derechos de autor, en cuanto posible manifestación del derecho de propiedad consagrado en el art. 42 Cost. It., se deben ponderar o equilibrar con los derechos fundamentales protegidos en la Constitución, en este caso en concreto, *“il diritto alla libera informazione del gestore del sito web, dell’internet provider o del fornitore di servizi media audiovisivi;*

⁸⁶ Ordinanza TAR Lazio, Sezione Prima, núm. 10020/2014, pág. 3 y ss.

⁸⁷ Ordinanza TAR Lazio, op. Cit., ep. 16 (párrafo 4º), pág. 26

il diritto di accesso di ogni persona alla libera informazione in rete; il diritto degli operatori economici a svolgere la propria attività sulla rete; il diritto alla segretezza della comunicazione intersoggettiva...”⁸⁸. Para ellos, la Constitución italiana, prevé un encuadramiento jerárquico por el cual, en caso de conflicto entre uno de estos derechos fundamentales y el derecho de libertad económica, por el rango de los primeros, son éstos los que deben de prevalecer. Además, por la relevancia en el desarrollo de la democracia, como “*pedra angular de la misma*” (según la Sentencia de la Corte Constitucional n. 94 de 1977), el derecho a la libertad de expresión goza de una especial protección por el ordenamiento jurídico constitucional, lo que implica que, tal y como ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “*tutte le limitazioni sostanziali di queste libertà non possono essere poste se non per legge e debbano trovare fondamento in precetti e principi costituzionali*”⁸⁹. Ello, de acuerdo con el Tribunal, se ve reflejado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su Sentencia C-70/10 (Sabam vs. Scarlet) prevé que son exclusivamente “*los órganos jurisdiccionales nacionales*” lo que pueden instar a los intermediarios a adoptar medidas “*encaminadas a poner fin a las violaciones de los derechos de propiedad intelectual*”⁹⁰. Por tanto, como se destaca en el citado pronunciamiento europeo, “*las autoridades y los jueces nacionales deben en particular garantizar un justo equilibrio entre la tutela del derecho de propiedad intelectual, del cual gozan los titulares de los derechos de autor, y aquella de la libertad de empresa*”. Aplicando este razonamiento, sostiene el Tribunal italiano, que el procedimiento administrativo previo que se configura con el Reglamento, que supone en palabras del propio Tribunal, “*un filtro preventivo generalizado*”, y tal y como se ha defendido por la jurisprudencia del TJUE, “*supondría el riesgo de dañar la libertad de información, ya que tal sistema podría no ser capaz de distinguir adecuadamente entre un contenido lícito y un contenido ilícito*”. Visto lo anterior y, tal y como destaca el órgano colegiado, la base jurídica de referencia del procedimiento objeto de controversia se configura, de un lado, por la Ley 22 de abril n.633 1941, de “*Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*” (l.d.a.), el Decreto legislativo 9 de abril 2003 núm. 70 y el de 31 de julio 2005 núm.177 (“*Testo unico di servizi dei media audiovisivi e radiofonici*”); como normas de las que deriva la competencia de la AGCom para la garantía de las comunicaciones en tema de

⁸⁸ Ordinanza TAR Lazio, op. Cit., ep. 16 (párrafo 1), Pág. 25

⁸⁹ Sentenza Corte Costituzionale n. 9 del 1965.

⁹⁰ En esta línea, también vid. Sentencia TJUE 12 julio 2011, C-324/09 (L’Oreal y otros).

tutela de los derechos de autor en las redes de comunicación electrónicas. De otro lado, la competencia de dicho ente administrativo en materia de enfrentamiento a las violaciones de los derechos de autor en red llevados a cabo por medio de los servicios de la sociedad de la información tiene su origen en el Codice relativo a las comunicaciones electrónicas, a través del Decreto legislativo 1 agosto 2003 núm. 259, y los poderes que se reconocen en las leyes núm.481 de 1995 y 249 de 1997. De modo específico, como destaca la Ordenanza del TAR, una de las principales fuentes de legitimidad se derivan del mencionado d.legislativo 70/2003, en cuyo articulado concentra el Tribunal la problemática constitucional.

En base a todo lo anterior, en contraste con la farragosa argumentación del Tribunal en el cuerpo de la Ordenanza, el documento concluye con la solicitud de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma a la Corte Constitucional italiana, concentrada en los preceptos 5.1, 14.3, 15.2 y 16.3 del Decreto legislativo 70/2003, el artículo 32 bis apartado 3 del “Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici” del que se deriva el “Regolamento in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative”, en concreto por *“la violación de los principios de reserva de ley y de tutela jurisdiccional en relación al ejercicio de la libertad de expresión y de iniciativa económica, consagrados en los artículos 2, 21, I párrafo, 24 y 41 de la Constitución (italiana), además de la violación de los criterios de equilibrio y proporcionalidad en el ejercicio de la discrecionalidad legislativa y la violación del principio de juez natural, en relación a la ausente previsión de garantías y de tutelas jurisdiccionales para el ejercicio de la libertad de expresión en la red equivalente al menos a los previstos para la imprenta, con la consecuente violación de los artículos 21 apartado 2 y siguientes, 24 y 25, apartado 1, de la Constitución”*⁹¹.

Dicha cuestión de inconstitucionalidad se materializa en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana, de fecha 21 de octubre de 2015, núm. 247/2015. En ella el órgano colegiado concluye que se han de analizar dos “líneas de violación constitucional”: una por la creación de un modelo de control atribuido a la AGCom con desprecio a los principios ex artículos 24 y 25 Cost. It.; el otro por la conformación del control mediante un procedimiento considerado sumario y poco garantista, que configuraría una especie de “*censura*” en violación del artículo 21 Cost. It., sobre el

⁹¹ Ordenanza Tar Lazio, op. Cit., ap. 24

cual ya se habían vertido las críticas de diversas instituciones internacionales de tutela de los derechos civiles, siendo Italia el único país europeo que había transpuesto de este modo la Directiva 8 junio 2000, n. 2000/31/CE”⁹².

A la luz de lo anterior, entiende el Tribunal que el procedimiento establecido en el Reglamento AGCom implicaría una violación del principio de reserva de ley y de jurisdicción, así como del principio de juez natural, a la vez que una interferencia con la jurisdicción ordinaria civil y penal en relación con los derechos de autor. Asimismo, pone de manifiesto los riesgos que implica el otorgamiento a la AGCom de potestades tendentes al bloqueo de páginas web sin ninguna garantía jurisdiccional, lo que supone dar amplios poderes de decisión acerca de los contenidos que se pueden compartir en red a un ente administrativo, basándose exclusivamente en pretensiones de rendimiento económico.

Sin embargo, la Corte deniega la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad basándose, por un lado, en que *“le questioni sollevate dal TAR, con le due ordinanze indicate in epigrafe, sono inammissibili, in quanto entrambe presentano molteplici profili di contraddittorietà, ambiguità e oscurità nella formulazione della motivazione e del petitum”* y, por otro lado, en que *“in definitiva, l’ordinanza nel suo insieme non chiarisce sufficientemente se intende ottenere una pronunzia ablativa o additivo-manipolativa”*, lo que en aplicación de la jurisprudencia reiterada del Alto Tribunal, excluye el conocimiento de la cuestión y determina su inadmisibilidad.

En cualquier caso, a pesar de no entrar a valorar la cuestión, la Corte sí que ofrece cierto posicionamiento sobre la materia. Así, en primer lugar, defiende que *“occorre preliminarmente osservare che le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCom un potere regolamentare in materia de tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica; detto potere è, invece, desunto implicitamente e in via interpretativa dallo stesso rimettente, in base ad una lettura congiunta di tutte le disposizioni impugnate”*⁹³. En segundo lugar, la Corte concluye que *“è evidente che nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l’attribuzione a l’autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l’approvazione del regolamento impugnato nei due giudizi davanti al TAR”*.⁹⁴

⁹² Sentencia Corte Constitucional 21 octubre 2015, núm. 247/2015, fundamento de hecho 2, párrafo 3º.

⁹³ Sentencia Corte Constitucional, op. Cit., fundamento de Derecho 4.1, párr. 1º.

⁹⁴ Sentencia Corte Constitucional, op. Cit., fundamento de Derecho 4.2, párr. 1º.

Se trata ésta última, por tanto, de una problemática no solucionada aún y cuyo recorrido se prevé largo. No obstante, tras la inadmisibilidad de la cuestión por la Corte Constitucional, se mantiene la vigencia de la norma, a pesar de las dudas que, como se ha comentado, existen en ambos Tribunales sobre su constitucionalidad (o, en concreto, de algunos de los preceptos de las leyes que lo sustentan y habilitan a la AGCom), de modo que será objeto de estudio más detallado en el capítulo dedicado a la responsabilidad.

Por último, para cerrar este punto dedicado al repaso general de la evolución normativa italiana sobre la temática específica que nos ocupa, es interesante hacer mención al llamado “Patto de Sanremo”, del año 2005, en aras del desarrollo de códigos de autorregulación o conducta con el objetivo de configurar un mercado online de contenidos digitales legal y justo para todos los sujetos implicados. Tal y como indica su encabezado, “Linee Guida per l’adozione di codici di condotta ed azioni per la diffusione dei contenuti digitali nell’era di internet”, el documento parte de la base del reconocimiento del derecho al libre acceso a la cultura y de participación en la comunidad, así como al disfrute de las artes y a formar parte del progreso científico y sus beneficios, pero también del derecho de los autores y demás titulares a la protección de sus intereses morales y materiales que se deriven de su creación científica, literaria y artística. Como se indica desde la doctrina, *“gli scopi che devono essere perseguiti attraverso l’attuazione delle regole contenute son otra loro complementari e riguardano lo sviluppo di un ambiente economicamente sicuro per la diffusione di contenuti protetti da diritti d’autore in internet e la diffusione della cultura”*⁹⁵

En este marco, el contenido del pacto tiene como destinatarios a los titulares de derechos de autor, proveedores de servicios de conexión a internet, sociedades de producción audiovisual y los gestores de las plataformas de distribución de contenidos. Estas “líneas-guía” fijan, de modo resumido, una serie de necesidades relativas a: promover la disponibilidad de contenidos, precios transparentes y desarrollo de sistemas de “Digital Rights Management” y de nuevos modelos de explotación de los contenidos, también el establecimiento de métodos de pago adecuados y seguros; así mismo se hace referencia a la necesidad de fomentar la disponibilidad de obras en el dominio público. Así mismo, como subraya PETRI, en estas “linee guida” se hace hincapié en la importancia de tutelar la banda ancha y, de manera principal, promover el

⁹⁵ BERLINGIERI, E., *Legge 2.0. Il web tra legislazione e giurisprudenza*, Editore Apogeo, 2008, pág. 200.

uso de internet y las plataformas P2P con fines divulgativos y, por tanto, sociales y culturales⁹⁶.

En cuanto a las acciones que promueve, se concentran principalmente en la creación de nuevos contenidos digitales y el desarrollo de estas tipologías, para que permitan el máximo nivel de disfrute de las nuevas plataformas en línea, así como la digitalización de obras, junto con numerosas medidas relativas a la información, concienciación y sensibilización de la sociedad para con las creaciones intelectuales y los derechos de autor⁹⁷.

Cabe mencionar, como último apunte, la aprobación del Decreto Legislativo de 15 marzo 2017, núm. 35 de “Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d’autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l’uso online nel mercato interno.”, por el cual se transpone la normativa europea en materia de licencias multiterritoriales al Estado italiano, cuestión que se analizará en detalle en el marco del análisis de la Directiva, por cuanto la adaptación en este caso de la normativa europea sobre esta cuestión se ha limitado al seguimiento de lo dispuesto en la misma. Es preciso señalar, pese a tratarse de una temática ajena al objeto de esta tesis, que dicha regulación ha supuesto la eliminación del monopolio del que disfrutaba la SIAE italiana, como única entidad de gestión colectiva de derechos de autor, determinando la apertura a nuevos entes independientes que puedan desempeñar tal función⁹⁸.

A ésta, se une la reciente Legge 20 novembre 2017 n. 167 “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia

⁹⁶ PETRI, M., *File Sharing. Trovare, scaricare e condividere i file in internet*, Editore Tecniche Nuove, Milano, 2006; pág. 13

⁹⁷ De modo concreto, el apartado B) del documento titulado “Azioni” prevé:

“1. Favorire le iniziative volte alla produzione di nuovi contenuti digitali che consentano il pieno sfruttamento delle diverse piattaforme, nonché la digitalizzazione di contenuti già esistenti, con particolare attenzione alle realtà di piccole e medie dimensioni;

2. Favorire lo sviluppo e la diffusione di contenuti digitali di pubblico interesse, anche attraverso siti promossi a livello governativo, al fine di valorizzare la cultura nella Rete;

3. Sviluppare campagne di comunicazione e sensibilizzazione sui consumatori, che abbiano la duplice finalità di rinforzare la coscienza etico sociale dei cittadini e di informare gli stessi sulla normativa vigente;

4. Organizzare campagne di sensibilizzazione rivolte al mondo dei giovani, in particolare attraverso un’attività coordinata con il mondo della scuola, con il duplice obiettivo di valorizzare la creatività digitale ed educare al rispetto dei diritti;

5. Avviare attività di comunicazione specifiche rivolte all’informazione e alla sensibilizzazione dei dipendenti delle imprese e delle pubbliche amministrazioni.”

⁹⁸ Sobre esta cuestión se encuentra un interesante análisis sobre si realmente se ha puesto fin al monopolio de la SIAE en Italia con esta reforma en CONTINI, A., “Diritti d’autore, collecting societies e monopolio SIAE: le novità del D.Lgs. 35/2017”, *Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer, Altalex*, 7 abril 2017.

all'Unione europea - Legge europea 2017. (17G00180)”, cuyo artículo 2 contiene, como anuncia su título, disposiciones en materia de derechos de autor, con el fin de la completa adecuación del ordenamiento jurídico italiano a las Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE. En concreto transpone los artículos 8 de la primera de ellas y los arts. 3 y 9 de la segunda, por lo que introduce la previsión de que la AGCom, a instancia de los titulares de derechos puede obligar en vía cautelar a los ISPs el cese de las conductas vulneradoras de derechos tanto de autor como conexos, siempre que tales violaciones resulten manifiestas tras una rápida valoración de los hechos y subsista la amenaza de un perjuicio inminente e irreparable para los titulares de derechos. Se contempla además en este precepto, en su apartado 2, que será a través de un reglamento propio de la AGCom como se determinará la forma del procedimiento, de comunicación de la adopción del mismo, plazos aplicables, etc.; incorporando en el ap. 3, que será en ese mismo reglamento propio donde se concretarán las medidas idóneas a aplicar con el fin de impedir la reiteración en conductas ilícitas ya perseguidas con anterioridad por la Autoridad administrativa⁹⁹.

2.2. Evolución legislativa en España.

Como se ha evidenciado en capítulos anteriores, la tradición del Derecho de autor en España se remonta a siglos atrás, articulándose a lo largo de ese tiempo, en las sucesivas normas, de una u otra forma por la influencia de la corriente del momento. Estos *vaivenes* en la regulación específica de esta materia son un elemento propio del Derecho, por su necesaria adaptación a la realidad vigente y su indispensable permeabilidad a los cambios sociales (aunque también, a los políticos). Es por ello que,

⁹⁹ El texto original del artículo en italiano presenta la siguiente redacción: “**Art. 2 Disposizioni in materia di diritto d'autore. Completo adeguamento alle direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE.**

1. Ai fini dell'attuazione di quanto previsto dall'articolo 8 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, e dagli articoli 3 e 9 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, l'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni, su istanza dei titolari dei diritti, puo' ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi della societa' dell'informazione di porre fine immediatamente alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, qualora le violazioni medesime risultino manifeste sulla base di un sommario apprezzamento dei fatti e sussista la minaccia di un pregiudizio imminente, e irreparabile per i titolari dei diritti.

2. L'Autorita' disciplina con proprio regolamento le modalita' con le quali il provvedimento cautelare di cui al comma 1 e' adottato e comunicato ai soggetti interessati, nonche' i soggetti legittimati a proporre reclamo avverso il provvedimento medesimo, i termini entro quali il reclamo deve essere proposto e la procedura attraverso la quale e' adottata la decisione definitiva dell'Autorita'.

3. Con il regolamento di cui al comma 2 l'Autorita' individua misure idonee volte ad impedire la reiterazione di violazioni gia' accertate dall'Autorita' medesima.”

resulta interesante comenzar el repaso a la evolución reciente de la normativa sobre Propiedad Intelectual partiendo de la base más firme y estable, constituida por la Constitución española y el Código Civil, para, a continuación, hacer el recorrido por la legislación específica que se ha ido sucediendo.

Dicho esto, nos referiremos en primer lugar, por su carácter de fuente principal del Derecho en nuestro país, a la Constitución española, como base habilitadora para la totalidad de normas emanadas en el país. Es preciso, no obstante, hacer una puntualización previa acerca de su reconocimiento de los derechos de autor, por cuanto nos encontramos con que su encuadre en el citado texto ha dado lugar a un debate doctrinal, teniendo como epicentro la interpretación acerca de qué precepto de la norma acoge y reconoce tales derechos, lo que determina la naturaleza jurídica del derecho de autor.

Lo anterior se encuentra fundamentado en lo consagrado en los artículos 20 y 33 de la Constitución, donde por su parte el artículo 20, en su apartado b) “*reconoce y protege (...) a la producción y creatividad literaria, artística, científica y técnica*”, mientras que, en segundo lugar, el artículo 33 reconoce la institución jurídica de la propiedad privada, consagrando en relación a ésta, como un límite propio, la función social de la misma.

Sobre ésta cuestión, de un lado parte de la doctrina se posiciona a favor del encuadramiento de la Propiedad Intelectual en el marco del artículo 20.1, otorgándole por tanto el rango de derecho fundamental, mientras que otra niega tal inclusión.

Nos referimos concretamente a la posible consideración del derecho de autor como un derecho de la personalidad y si está amparado como derecho fundamental en la Constitución. Toda la polémica gira en torno a dos ejes: la no muy afortunada redacción del artículo 20-1-b de la C.E. y la dificultad de establecer un concepto y un campo delimitado de los derechos de la personalidad. En dicho precepto se reconoce, entre otros, el derecho fundamental a la creación artística y literaria, por lo que unos autores consideran que se refiere a un derecho fundamental a la libertad de creación, pero nada más. Otros autores, piensan que debe considerarse incluido el derecho de autor sobre la obra creada, confiriéndole así rango de derecho fundamental.

O'CALLAGHAN¹⁰⁰ se ha ocupado de analizar los derechos de la personalidad partiendo de la base de que la persona, considerada como el centro del Derecho, tiene ciertos aspectos o manifestaciones inherentes a su personalidad, tanto en el plano moral como físico, que son especialmente trascendentes e íntimos, a los que el ordenamiento concede una especial protección. Por ello, los define como *“el poder que el ordenamiento jurídico concede a la persona, para la protección de los intereses inherentes a la misma, tanto en su aspecto moral como material”*. Se trata por tanto de derechos esenciales, absolutos, inherentes al sujeto y extrapatrimoniales e inalienables. Dada su importancia se regulan por Ley Orgánica y su protección se actúa por procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien muy acertadamente los considera como derechos subjetivos que garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. (STC 14 de Julio 1.981). Están recogidos en las leyes de 1.978 y 1.982 que los llama "derechos fundamentales de la persona", si bien su aplicación es directa e inmediata, sin perjuicio de un posterior desarrollo legislativo. (STC 10 de febrero 1.986)

Al respecto de la cuestión, se ha de destacar la postura de la doctrina especializada; así ÁLVAREZ ROMERO, allá por 1979, que entendía que, *“si se analiza, sin prejuicios, el repetido artículo 20 1. b) lo que en él se reconoce no es ninguna manifestación del derecho de propiedad, sino una libertad fundamental específicamente exteriorizada. Aunque el derecho de propiedad intelectual sea impensable sin el presupuesto de la libertad de creación y ésta quede casi reducida a un simple nominalismo sin el correlato del derecho de propiedad intelectual, ambos deben distinguirse nítidamente.”*, en conclusión, añade este autor, *“lo que se reconoce y protege, en el artículo que comentamos es la libertad de creación intelectual que constituye un “prius” lógico y también un presupuesto jurídico para el nacimiento del derecho de propiedad intelectual. Pero no puede, de ninguna manera, confundirse con él, aunque influya decisivamente en la institución, hasta el punto de que un gran sector doctrinal, al enfrentarse con el complejo tema de la naturaleza jurídica del derecho de autor, recurra, con distintos matices, a la teoría de la personalidad”*¹⁰¹. En este mismo sentido se pronuncia OROZCO PARDO, al defender que *“Por tanto, debemos distinguir el*

¹⁰⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El vídeo como objeto de la propiedad intelectual”, Revista de derecho privado, Año nº 66, Mes 1, 1982, págs. 1011-1030.

¹⁰¹ ÁLVAREZ ROMERO, C., “La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual”, Boletín de la ANABAD, ISSN 0210-4164, Tomo 29, Nº 1, 1979, págs. 71-87; pág. 74.

derecho a la libre creación, que ampara un valor fundamental inherente a toda persona, y el derecho de autor que protege un doble valor: la cualidad o condición personal de autor y un bien inmaterial externo: la obra creada; es decir el derecho a ser autor y el derecho de autor. El primero se rige por la norma constitucional y las leyes desarrolladoras de la misma y el segundo por las leyes civiles y penales relativas a la propiedad intelectual.”¹⁰² Siguiendo esta línea, sostiene ROMÁN PÉREZ que “*la postura que mejor concuerda con nuestro ordenamiento y que además encuentra apoyo más sólido en la doctrina y en la jurisprudencia es la que entiende que la propiedad intelectual queda reconocida en el artículo 33 de la Constitución, como derecho fundamental de segundo orden (art. 53.1), con un tipo de protección distinta de la que recibe la libertad de creación en el artículo 20.1.b), que recae sobre lo creado.*”¹⁰³

El TS abordó la cuestión en la polémica sentencia de 9 de Diciembre de 1.985, referida la escultura “Viaje a la luna en el fondo del mar” del escultor español Pablo Serrano, que fue una obra encargada por una cadena hotelera con el destino de ser colocada en el patio central de uno de sus hoteles y que finalmente fue desmontada y guardada en un sótano sin llegar a ser expuesta. Con ocasión de esta sentencia, el TS niega este carácter al derecho de autor por no reunir el requisito de esencialidad es decir, no es un derecho innato y originario que pertenezca a toda persona sin excepción, sino que se adquiere posteriormente al realizar la tarea creativa. Además, el objeto sobre el que recae no es inseparable de la persona, sino que la obra se desliga del autor, asumiendo una existencia separada del mismo, y posee un cierto matiz económico, que repugna a los derechos de la persona, y pese a ser un derecho personalísimo, ello no es base suficiente, pues algunos de éstos tampoco son derechos de la persona.

Ante la indefensión que la falta de desarrollo legislativo provoca, como la misma sentencia reconoce, STORCH¹⁰⁴ ha buscado una solución conciliadora, manteniendo que las facultades morales del autor se derivan de su derecho fundamental a la integridad moral del artículo 18.1 C.E., amparado por las leyes del 78 y 82, por lo que

¹⁰² OROZCO PARDO, G., “Libertad de creación, propiedad intelectual y censura en la jurisprudencia del tribunal constitucional.”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, ISSN 0212-8217, N° 10, 2007 (Ejemplar dedicado a: Arte, Cultura y Derecho), págs. 266-283.

¹⁰³ ROMÁN PÉREZ, R., “Naturaleza jurídica del derecho de autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.), Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, 2005

¹⁰⁴ STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., “Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta: reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1986, págs. 1177-1181.

una conducta contraria a la reputación del autor (desmontar su obra) sería atacable en base a tal argumento.

Dentro de esta línea DE CASTRO¹⁰⁵ pone de relieve que la condición de autor destaca como un especialísimo bien de la personalidad. KAYSER¹⁰⁶ afirma que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, aún cuando se adquiriera posteriormente, dado que desde el momento de la creación, tal cualidad se liga indisolublemente a la persona. GARRIDO FALLA y GALVEZ¹⁰⁷ consideran que el catálogo de los derechos fundamentales no está cerrado y que los derechos de contenido económico y social deben de ser tenidos en cuenta a la hora de tratar el tema. En el transcurso del proceso preconstitucional se puso de relieve que, paralelamente al proceso "desconstitucionalizador" del derecho de propiedad, se producía un movimiento favorable a la protección constitucional del derecho de autor.

En el seno de la misma sentencia, el voto particular del magistrado FERNANDEZ RODRIGUEZ disiente del fallo, en cuanto considera que el desmonte de la escultura supone una violación del derecho de autor, constitucionalmente amparado, con lo que además se lesiona su prestigio artístico. Por ello, debe considerarse amparado por la Constitución, aplicándose la ley de 1.978 y, en base a la L.O.T.C, debe otorgársele una protección inmediata y eficaz.

Dentro de esta línea, OTERO LASTRES¹⁰⁸ pone de manifiesto que en otros ordenamientos se le dota de este rango al derecho de autor, fenómeno que se inicia a partir de la IIª Guerra, como sucede en la Constitución portuguesa del 76 y en algunos Laenders de la R.F.Alemania. Así mismo, viene recogido en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el 15 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales de 19 de Diciembre de 1.966.

Por tanto, se constataba un movimiento favorable a atribuir tal rango a este derecho, en un sector doctrinal. Sin embargo, nuestro legislador al redactar el proyecto no entró en la cuestión, aunque sí consagra el derecho moral del autor, entre cuyas facultades se recoge la de exigir el respeto a la integridad de la obra, lo que hubiese permitido

¹⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad", Anuario de derecho civil, Vol. 12, Nº 4, 1959, págs. 1237-1276.

¹⁰⁶ KAYSER, P., "Les Droits de la personnalité. Aspects theoriques et pratiques", RTDC, julio-septiembre 1971, págs. 445 a 509.

¹⁰⁷ GARRIDO FALLA, F. (Dir.) y GALVEZ, F.J., en *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

¹⁰⁸ OTERO LASTRES, J. M., "La inclusión del Derecho de Autor en el moderno Derecho Mercantil", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, ISSN 1139-3289, Tomo 8, 1982, págs. 43-56.

solucionar la cuestión de la escultura de Pablo Serrano, dado que este derecho se recoge en el artículo 14, y la disposición transitoria 4ª estableció que lo dispuesto en los artículos 14 a 16 "será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor". Pese a que el autor de la obra objeto de la polémica había fallecido, esta facultad se declaró expresamente transmisible a los herederos o persona que el autor designe en el artículo 15, párrafo 1º, por lo que éstos quedaron legitimados para actuar en su defensa.

No obstante lo anterior, es éste un debate ya cerrado en el Derecho español, basándose, como indica OROZCO PARDO, en tres elementos concretos: "1.- No está recogido explícitamente como tal en artículo 20CE, lo cual sucede con otros como el derecho a la protección de datos personales en relación con el artículo 18 CE

2.- No es un derecho inherente a toda persona, pues solo se predica de los que tienen la condición de autor, por lo que no sería "igualitario"; tal acontece con el derecho al secreto profesional.

3.- Es un derecho de contenido patrimonial. Existen derechos fundamentales de los que se deducen importantes rendimientos económicos: la intimidad o la imagen son hoy objeto de tráfico jurídico económico muy rentable para diversas personas."¹⁰⁹

Superado lo anterior, la Propiedad Intelectual se integra, pacíficamente, dentro de la propiedad reconocido como una tipología especial de ésta. De este modo la reconoce el Código Civil español, como siguiente norma principal de referencia, en el que se recoge esta institución de derecho privado en los artículos 428 y 429. El primero de éstos establece que "El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad", mientras que el segundo dispone que "La Ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad", por lo que fija como norma supletoria, por el principio de especialidad, a éste Código, para lo no previsto en la norma específica¹¹⁰.

¹⁰⁹ OROZCO PARDO, "Libertad de creación...", op. cit.

¹¹⁰ Con esta remisión, como destaca PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, tras reconocer al autor el monopolio sobre la explotación de la obra, "cumple el legislador con el mandato de la Ley de bases del Código civil, según el cual: «... Se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de

Concentrándonos ya en dicha regulación específica de los derechos de autor en España, es preciso subrayar, como lo hace SALAS CARCELLER, que “*Sin duda una de las materias que más modificaciones ha experimentado en cuanto a su regulación en los últimos años ha sido la de la propiedad intelectual. La razón fundamental de que así haya sucedido viene dada por la gran incidencia que ha supuesto respecto de la protección de los derechos de sus titulares la generalización del uso de internet y el incesante avance tecnológico que permite la comunicación a un gran número de personas de obras protegidas y la obtención de copias de las mismas, con el consiguiente perjuicio de los titulares de los derechos de autor.*”¹¹¹

En ello se puede hacer residir el motivo principal por el que la primera ley a la que haremos referencia, la Ley de Propiedad Intelectual del año 1879, mantuviera una larguísima vigencia hasta 1987, mientras que ésta fue rápidamente reformada nueve años después, seguida de numerosas modificaciones hasta la actualidad.

Esta Ley de 10 de enero de 1879, de la Propiedad Intelectual (España), tiene como precursor al autor de su propuesta, el jurista DANVILA Y COLLADO, tal y como se recoge en el Diario de Sesiones de las Cortes donde se publica la proposición de ley¹¹².

Se trata de una Ley que delimita un ámbito objetivo amplio, por cuanto, en su artículo 1, determinaba que “*La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias ó artísticas que pueden darse á luz por cualquier medio.*”, dejando por tanto abierta a la inclusión dentro de su tutela otras tipologías de obras aún no conocidas¹¹³. En resumen, como indica SÁNCHEZ GARCÍA, “*La ley abarcaba las diversas manifestaciones y expresiones del pensamiento y del arte: producciones literarias y ensayísticas, discursos parlamentarios, traducciones, obras dramáticas y musicales, periódicos y colecciones, pinturas y esculturas, así como distintas*

derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código» (base 10)”. (PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., “Capítulo III. La Propiedad Intelectual”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, ALBALADEJO, M. (Dir.), Tomo V, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1985; pág. 712.)

¹¹¹ SALAS CARCELLER, A., “La nueva reforma legal sobre la propiedad intelectual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015, Sección Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

¹¹² Diario de Sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados, 7 de noviembre de 1876.

¹¹³ En este sentido redunda lo previsto en el artículo 1 del Reglamento de ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, de fecha 3 de septiembre de 1880, que establece que “*Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía, o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo*”

situaciones como la existencia de obras póstumas o de obras anónimas.”¹¹⁴ Otra de las novedades que presentaba la norma era la creación a través del artículo 33 del Registro de la Propiedad Intelectual¹¹⁵, dependiente del Ministerio de Fomento, en el que era obligatoria la inscripción, no sólo las obras literarias, sino también todas las producciones artísticas (incluyendo musicales, dramáticas, escultóricas, pictóricas, etc.), cartográficas o arquitectónicas. Al respecto, señala SÁNCHEZ GARCÍA, que “*El Registro se convertía así en la clave del reconocimiento de la propiedad de toda producción de carácter intelectual, y suponía un claro avance con respecto a la situación anterior. Era el fundamento sobre el que pivotaba cualquier reclamación, pues la inscripción era obligatoria si se pretendía obtener protección al respecto.*”¹¹⁶

Añadido a lo anterior, la ley en cuestión supuso un avance en lo tocante al derecho de los herederos, por cuanto introdujo, por su artículo 6¹¹⁷, una ampliación del plazo de protección de los derechos recibidos por éstos, pasando a extenderse a los 80 años tras el fallecimiento del autor¹¹⁸.

El siguiente paso en la regulación de los derechos de autor en España, como se ha mencionado con anterioridad, no tuvo lugar hasta un siglo después, con la aprobación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, la cual, reconociendo las bases sentadas por su antecesora, establece en su exposición de motivos que, “*sin embargo, el legislador de entonces no podía prever las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, mas en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la*

¹¹⁴ SÁNCHEZ GARCÍA, R., “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936”, *Revista Hispania*, LXII/3, núm. 212, 2002; pág. 1005

¹¹⁵ No obstante, como indica DE LAVARA BARROSO, pese a haber sido concebido en 1879, el nacimiento del Registro de la Propiedad Intelectual no tuvo lugar hasta 1885, año en el que tuvo lugar la primera inscripción que, anecdóticamente, llevaba por título “De la caza y su legislación” y, el tercero, sería “La Atlántida”, de Mosén Jacinto Verdaguer. Vid. DE LA VARA BARROSO, E., “El Registro de la Propiedad Intelectual”, en *Segundo Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América latina*, Madrid, 2003, Editado por Oficina Española de Patentes y Marcas. (Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_03/Modulos/vara.pdf).

¹¹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, R., Op. cit.; pág. 1006

¹¹⁷ Sobre el proceso de aprobación de la Ley de 1879 y, en concreto, sobre la problemática que se derivó de la redacción de este precepto 6º, vid., BALTAR TOJO, J., “Castelao y la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879: Un curioso incidente legal”, *Boletín de ANABAD*, año XXIX, núm. 1; pág. 95 y ss.

¹¹⁸ El artículo 6 de la Ley de 1879 disponía, en concreto, que “*La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos, testamentarios o legítimos, por el término de ochenta años. También es transmisible por actos entre vivos, y corresponderá a los adquirentes durante la vida del autor, y ochenta años después del fallecimiento de éste si no deja herederos forzosos. Mas, si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años.*”

historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual.

Estas necesidades de adaptación a las nuevas circunstancias solo se han visto parcialmente satisfechas en el ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación de diversas normas específicas relativas a la protección de los derechos sobre determinadas obras, y en el ámbito internacional, a través de convenios, en algunos de los cuales España es parte, pero sin que nuestra legislación interna se adapte en la medida necesaria.”

Como refleja la propia norma, las principales novedades que supone son, en lo referente a los derechos de los autores, su reconocimiento y tutela por el mero hecho de la creación de la obra, introduciendo, asimismo, una regulación expresa del derecho moral, que, compuesto por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la mas clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra. Además, prevé la fijación de la duración y límites de tales derechos, alineándose con los criterios mayoritariamente aplicados por los países de su entorno cultural y político, así como el establecimiento de un régimen de general aplicación sobre la transmisión de los derechos de carácter patrimonial.

Es necesario destacar de entre las novedades que implicó tal Ley, por un lado, el reconocimiento del derecho de los autores, editores, productores y artistas intérpretes y ejecutantes a una compensación por las reproducciones para usos con fines privados de sus obras y, por otro, la eliminación del requisito formal de la inscripción de la obra que imponía la anterior norma, de forma que se mantiene tal procedimiento en el seno del Registro de la Propiedad Intelectual como “medida especial de protección y salvaguarda”.

Así, en resumen, como se señala por RODRÍGUEZ PARDO, cabe señalarse como principales puntos novedosos de esta ley, *“El reconocimiento de la propiedad intelectual y de su tutela tomando como base el acto de creación, la regulación expresa de los derechos morales del autor, el establecimiento de un sistema simple y genérico de transmisión de derechos, en lo que concierne a las facultades patrimoniales; la determinación del límite y duración del derecho de autor conforme a las legislaciones de los países del entorno y a los Convenios Internacionales en la materia, el reconocimiento del droit de suite o derecho de seguimiento a favor del autor de obras plásticas, el establecimiento de una remuneración económica a favor del autor por la*

copia privada de sus obras, la definición y caracterización de los contratos de edición y representación y la reglamentación de las relaciones jurídicas que atañen a las obras audiovisuales y a los programas de ordenador.”¹¹⁹

A lo anterior hay que añadir la reducción de la extensión de la protección de los derechos de autor, que pasa a abarcar la vida del mismo y los 60 años siguientes a su muerte, lo que supone una notable reducción con respecto a la duración que preveía la ley anterior¹²⁰, y el reconocimiento al límite de copia privada¹²¹.

En los años sucesivos se llevan a cabo numerosas reformas de tal norma, entre las que cabe destacar la aprobación del Real Decreto N° 448/1988, de 22 de abril de 1988, por el que se regula la Difusión de Películas Cinematográficas y otras Obras Audiovisuales Contenidas en Soporte Videográfico, el Real Decreto n. 1434/1992, de 27 de noviembre de 1992, de desarrollo de los Artículos 24, 25 y 140 de la Ley n. 22/1987, de 11 de noviembre de 1987, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio de 1992, y el Real Decreto n. 325/1994, de 25 de febrero de 1994, por el que se modifica el Artículo 15.2 del Real Decreto n. 1434/1992 de 27 de noviembre de 1992, de desarrollo de los Artículos 24,25 y 140 de la Ley n. 22/1987, de 11 de noviembre de 1987, de Propiedad Intelectual en la versión dada a los mismos por la Ley n. 20/1992 de 7 de julio de 1992; cuya escasa relevancia y novedad hacen aconsejable no entrar en su análisis en profundidad.

Tras esta ley de 1987 y las reformas de pequeño calado a las que se ha hecho referencia, el marco normativo español en materia de derechos de autor da el gran paso de la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), verdadera base del régimen que ha pervivido hasta nuestros días. Ello se produce a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, que aprueba tal texto, y cuyo objetivo era regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Por

¹¹⁹ RODRÍGUEZ PARDO, J., *El derecho de autor en la obra multimedia*, Editorial Dykinson, 2003.

¹²⁰ El artículo 26 de la Ley disponía que “*los derechos de explotación de la obra duraran toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.*”; mientras que el artículo 15, en referencia a los derechos morales del autor, establecía que “*1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los números 3. y del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. en su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos. 2. las mismas personas señaladas en el párrafo anterior y en el mismo orden que en el se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el número 1. del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de sesenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40.*”

¹²¹ Así, establece el artículo 31, en su apartado 2, el reconocimiento al límite de copia privada, con un ámbito muy general, al disponer que “*Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...) 2. Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.*”

virtud del mismo, se derogan otras normas anteriores de transposición de diversas directivas europeas¹²².

De modo general, como se establece en su exposición de motivos, la finalidad de la aprobación de esta norma es la creación de un texto que “*refundiese las disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando los textos que hubieran de ser refundidos*”.

Tras ello, en primer lugar, se recoge, de manera ordenada, de un lado los derechos morales del autor, consagrados en el artículo 14, reconociéndolos como irrenunciables e inalienables; y de otro, los derechos patrimoniales, a los que denomina derechos de explotación, destacando el artículo 18 relativo al derecho de reproducción¹²³ y el artículo 20 dedicado al derecho de comunicación pública¹²⁴, del que exceptúa las

¹²² En concreto, las normas derogadas son: Ley 22/1987, la Ley 20/1992, la Ley 16/1993, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, la Ley 43/1994, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, la Ley 27/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, y la Ley 28/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE.

¹²³ El precepto determina que “Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.”

¹²⁴ El artículo 20, dedicado al derecho de comunicación pública, posee una redacción extensa y compleja en este texto, estableciendo literalmente que “1) *Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

2) *Especialmente, son actos de comunicación pública:*

a) *Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.*

b) *La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.*

c) *La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos, o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.*

d) *La radiodifusión o comunicación pública vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.*

Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación.

A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.

e) *La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.*

f) *La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida. Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o*

manifestaciones de ámbito doméstico no vinculadas a una red de difusión de cualquier tipo.

En otro orden de cosas, se fija en el artículo 25 la ya existente remuneración de la compensación por copia privada, esta vez con una regulación mucho más extensa que el texto anterior, ofreciendo mayor detalle acerca del objeto y los sujetos deudores y acreedores, así como importes. Y es el artículo 26 el que establece el plazo de duración de los derechos de explotación, fijado en la vida del autor y setenta años tras su muerte. Por último, el artículo 31. 2 es el encargado de recoger, dentro del Capítulo dedicado a los límites, el de copia privada que mantiene una redacción muy similar a la de la ley anterior, pasa a prever que *“las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...) 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.”*

Por su relevancia, sin embargo, conviene hacer mención aquí la inclusión del Título VI dedicado ex profeso a las *“obras cinematográficas y demás obras audiovisuales”*, entendiendo por tales *“las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.”* Se recogen además, de modo sistematizado los derechos conexos, y se introduce un Libro III que se refiere exclusivamente a las medidas tendentes a la protección de los derechos de autor que, de acuerdo con el artículo 133, implican que *“El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 134 y 135.*

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 136.”; y se reconoce la posibilidad de

transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. i) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.”

reclamación de indemnización por el perjuicio patrimonial, además de aquella por daño moral¹²⁵.

Por último, se crea en esta norma, la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual, a la que se dota de poderes y funciones mediadoras y de arbitraje.

Después de esta, comienza un largo periodo de sucesivas reformas a tal regulación, que continúa en la actualidad, con las que se busca la armonización de la legislación nacional con la europea y la adaptación del régimen jurídico de la propiedad intelectual al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías. El repaso a éstas debe comenzar con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo objetivo principal es la transposición de la Directiva 2000/31/CE, suponiendo la adaptación a la llamada “sociedad de la información”, de modo que, como destaca la exposición de motivos, *“Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico”*. Asimismo, en íntima relación con la materia de estudio de este trabajo, la Ley establece, además, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de

¹²⁵ Así se establece en el artículo 135 del TRLPI 1996, que prevé que *“El perjudicado podrá optar, como indemnización entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.*

En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.”

intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables.

Con estos fines, se introduce en el artículo 8 la previsión de restricciones a la prestación de servicios para aquellos casos en que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra alguno de los principios que se recogen en la norma, de modo que los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran, con la determinación expresa, entre tales principios, en el apartado e), de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual¹²⁶. Se introduce, en la misma línea, en el artículo 11 un deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, en el caso de que se de la solicitud antes mencionada de cesación de la prestación del servicio o retirada de contenidos¹²⁷, con mención expresa a los casos en que se trate de un servicio prestado desde otro Estado miembro y, con el indispensable respeto en dichos supuestos a la normativa de protección de datos y al derecho a la intimidad personal y familiar. Cabe puntualizar, llegados a este punto, que la Ley española establece de modo claro la competencia exclusiva de la autoridad judicial, como únicos órganos con potestad para

¹²⁶ Para ello añade el apartado 2. del citado precepto al precisión de que *“En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.”*

¹²⁷ Así, el artículo 11 establece literalmente que, *“1. Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente. 2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.”*

llevar a cabo secuestro de páginas web y restricciones de las mismas¹²⁸, algo que no se ha recogido de modo expreso en otros Estados miembros en la transposición de la Directiva.

Por otro lado, en los artículos 13 y ss. se establece el régimen de responsabilidad de los ISPs, determinándose, de modo general que éstos estarán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto por dicha Ley. En primer lugar, el artículo 14 recoge la exención de responsabilidad para los operadores de redes y proveedores de acceso, basada en su actividad de mera transmisión¹²⁹, mientras que el artículo 15 determina la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, siempre que se cumplan determinados requisitos¹³⁰, y el art. 16 se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, previendo su exención en los

¹²⁸ Artículo 11.3 “En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.”

¹²⁹ En concreto, el artículo 14.1 determina que “Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

(...)

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.”

¹³⁰ La redacción del artículo 15 dispone que “Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.o Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.o Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.o Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.”

casos en que no exista conocimiento efectivo¹³¹, por último, una de las más relevantes novedades es la prevista en el artículo 17, en el que se contempla la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, a los que se les reconoce la exención de responsabilidad en los casos en que no exista conocimiento efectivo, como en el supuesto anterior, de la ilicitud del contenido o conducta que albergan¹³², añadiendo, acertadamente, la definición de lo que se debe entender por conocimiento efectivo, al tratarse, entendemos de un concepto en exceso amplio y de indispensable concreción para evitar que tal exención de responsabilidad se convirtiera en un saco roto dentro del cual se pudieran entender incluidas conductas claramente determinantes de responsabilidad. En este sentido, concreta el artículo 17.1, párrafo 2º, que *“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”*

En otro orden de cosas, en cuanto a las acciones a llevar a cabo con respecto a las conductas contempladas en la ley, se prevé, de un lado, la creación de Códigos de

¹³¹ El artículo 16 dispone literalmente que *“1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.”

¹³² El artículo 17. 1 establece en concreto que *“1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.”

conducta¹³³ por parte de las autoridades, con la participación de los sujetos afectados, se reconocen, asimismo, en el artículo 30 y ss., las acciones de cesación, determinando los sujetos que ostentan al respecto la legitimación activa, y los métodos de resolución alternativa de conflictos en el artículo 32, fijándose en el artículo 36 un deber de colaboración general por parte de los prestadores de servicios para con el Ministerio de Ciencia y Tecnología (por la denominación de la época) y demás órganos implicados, dedicando el Título VII a las infracciones y sanciones.

A continuación de la anterior, conviene referirse a la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, por la que se transpone en España la Directiva 2004/48/CE, por lo que se adoptan, en el mismo sentido de la directiva, las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar, frente a cualesquiera infracciones, la tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual, tal y como estén previstos en el derecho comunitario o en el derecho nacional del Estado miembro correspondiente.

En primer lugar, por un lado, se modifica la normativa en lo referente a la indemnización al titular de los derechos, de modo que como se señala en la ley *“Para reparar el perjuicio sufrido a causa de una infracción del derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, la directiva configura dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios.”* En esa línea, se establece en la ley un primer módulo que comprende, de forma acumulativa, las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada y también el daño moral, con la previsión de que, alternativamente, esta indemnización podrá consistir en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. De manera específica, y a rasgos generales, se modifica el artículo 138 del TRLPI sobre *“Acciones y medidas cautelares urgentes”*, el artículo 140 acerca de la *“indemnización”*¹³⁴ en el sentido que se ha comentado, y el apartado 2 del artículo 141,

¹³³ El artículo 18 en concreto establece que *“Los códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información.”*

¹³⁴ Precepto que pasa a presentar la siguiente redacción: *“1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido,*

sobre la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública.

La siguiente reforma de la materia, en lo que al tema de esta tesis respecta, se produce por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/29/CE. Esta norma supuso una verdadera *revolución* en el campo de los derechos de autor, en concreto en los derechos de explotación y, de manera muy especial, en los más estrechamente vinculados con la temática objeto de este estudio. Así, se pone de manifiesto que los derechos armonizados son los patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública, estando las modificaciones que se introducen en nuestra legislación en relación con dichos derechos orientadas a “*mencionar de forma expresa o a aclarar lo que ya se entendía implícito en ella*”, según la exposición de motivos.

Al respecto, en primer lugar, el derecho de reproducción, sin alterarse en su concepto, se clarifica añadiendo todas aquellas formas en que puede manifestarse, buscando eliminar posibles dudas acerca de la efectiva inclusión de las reproducciones realizadas por sistemas digitales¹³⁵.

En segundo lugar, la que se puede considerar la novedad más destacable en el catálogo de derechos es el reconocimiento explícito que se lleva a cabo por esta Ley del derecho de puesta a disposición interactiva, como “*aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija.*”¹³⁶ Así, se determina en la norma que “*constituye ésta una modalidad del actual derecho de*

sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2.La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b)La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3.La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.”

¹³⁵ El artículo 18 pasa a definir el derecho de reproducción de modo que “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”.

¹³⁶ A tal efecto se modifica el artículo 20, en concreto su apartado 2, en el que se añade un párrafo i), con el consiguiente desplazamiento de los anteriores párrafos i) y j), que pasan a ser los párrafos j) y k), respectivamente, incluyendo: “*i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*”.

comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él.”, con la precisión de que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de esta ley. En definitiva, de acuerdo con el articulado de esta norma, se reconoce la atribución expresa de un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública, a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales. A la vista de lo anterior, subraya la Ley en cuestión que, *“La reforma, por tanto, no altera el concepto tradicional de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sino que introduce los matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obras y las prestaciones.”*

En tercer lugar, se produce con esta ley la amplia reforma de uno de los límites al derecho de autor que prevé, como potestativo, la legislación europea, el de copia privada. Como señala la norma, esta nueva regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el artículo 31.2 de la ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, con la finalidad de establecer un marco equilibrado que configure un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información. Con tal fin, se modifica el propio concepto de límite de copia privada, regulado en el apartado 2 del artículo 31, que pasa a ser mucho más extenso y detallado¹³⁷ y se reconoce como excepción al derecho exclusivo de reproducción reconocido al autor aquellas reproducciones transitorias o temporales que se dan en el marco de un proceso tecnológico¹³⁸.

¹³⁷ Así, pasa a establecer que *“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”*

¹³⁸ El artículo 31.1 reconoce que *“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá*

Así, la reforma del concepto de copia privada persigue la distinción entre el entorno analógico y el digital, puesto que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. A causa de lo anterior, reconoce la exposición de motivos, *“se establece un régimen jurídico con la flexibilidad suficiente para adecuarse debidamente a la realidad tecnológica en constante evolución”*, lo cual supone la restricción del, hasta ese momento vigente, artículo 25 del TRLPI de manera exclusiva a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos, determinando una compensación por copia privada aplicada a los equipos y soportes digitales¹³⁹.

Por otro lado, la ley en cuestión, supone la renovación y reconocimiento en Título propio para las medidas técnicas de protección y, en referencia a las acciones y procedimientos reconocidos a los titulares de los derechos, se establece, por vez primera, la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurre un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual, sin la exigencia de que el intermediario sea también infractor. Por otra parte, se puntualiza que el cese de la actividad ilícita puede comprender la incautación de los aparatos o dispositivos dedicados a la elusión de medidas tecnológicas, haciéndose una referencia expresa al secuestro de estos aparatos como medida cautelar a dictar por la autoridad judicial. En este sentido, establece el texto que *“Estas medidas vienen a completar el sistema existente de acciones disponibles para los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando sus intereses se vean perjudicados por actividades ilícitas.”* Con este objetivo se añade al libro III un nuevo título V, con la rúbrica *“Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos”*, que contempla tres nuevos artículos, 160 a 162 (actualmente, tras la reforma de 2018, corresponden a los arts. 196 a 198), dedicados, respectivamente a las acciones de las que disponen los titulares de los derechos contra los actos de elusión de estas medidas¹⁴⁰, el mandato de

tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”

¹³⁹ El artículo 25 distingue en un apartado 6 la compensación aplicada a los soportes digitales, de la prevista en los epígrafes anteriores para los analógicos.

¹⁴⁰ Artículo 160 de *“Medidas tecnológicas: actos de elusión y actos preparatorios.”* (Actual art. 196 tras la reforma de 2018).

“1.Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.

2.Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz”.

respeto por parte de los titulares en el establecimiento de tales medidas a los límites reconocidos en la ley¹⁴¹ y a la protección de la información para la gestión de derechos¹⁴².

Por último, en la mencionada ley se pretende reforzar los poderes de la, hasta ese momento, denominada Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual que pasa, además, a recibir el nombre, que ostenta en la actualidad, de Comisión de Propiedad Intelectual.

El paso siguiente lo da la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, entre cuyas novedades cabe destacar la introducción de un nuevo artículo 12 bis incorporando una serie de obligaciones de información sobre seguridad impuestas a los proveedores (ISPs)¹⁴³ y se modifica la redacción del apartado 2 del artículo 17 y del apartado 3 del artículo 18, puntualizando las exenciones de

¹⁴¹ Artículo 161.1 de “Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas.” (Nuevo art. 197 TRLPI tras reforma de 2018)

“Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.” En cuyo apartado a) se hace referencia expresa al límite de copia privada del artículo 31.2 LPI.

¹⁴² Artículo 162 de “Protección de la información para la gestión de derechos.” (Nuevo art. 198 TRLPI tras la reforma operada en 2018 de la norma).

“1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones previstas en el título I del libro III contra quienes, a sabiendas y sin autorización, lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan, y que sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos:

a) Supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos.

b) Distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos.”

¹⁴³ Este nuevo artículo 12 bis reza: “1. Los proveedores de servicios de intermediación establecidos en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley que realicen actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a Internet, estarán obligados a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados.

2. Los proveedores de servicios de acceso a Internet y los prestadores de servicios de correo electrónico o de servicios similares deberán informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de los mencionados servicios.

3. Igualmente, los proveedores de servicios referidos en el apartado 1 informarán sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia.

4. Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan 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.

5. Las obligaciones de información referidas en los apartados anteriores se darán por cumplidas si el correspondiente proveedor incluye la información exigida en su página o sitio principal de Internet en la forma establecida en los mencionados apartados.”

responsabilidad¹⁴⁴ y exigiendo la divulgación electrónica de los códigos de conducta, respectivamente.

Dando un paso más en la adaptación de la protección de los derechos de autor a la sociedad de la información, tuvo lugar la aprobación de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), en cuya Disposición final cuadragésimo tercera se prevé una modificación del TRLPI, focalizado en la persecución de la vulneración de los derechos de autor en línea. Con este objeto, se reformula el artículo 158 del mencionado Texto Refundido, renovando la figura de la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que divide en dos secciones, reconociéndolo como órgano colegiado de ámbito nacional, dependiente del Ministerio de Cultura, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A tal fin, dispone en el apartado 2 del mencionado precepto que la Sección Primera se ocupará de mediación y arbitraje, mientras que la Sección Segunda será la encargada de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, de acuerdo con lo previsto en el artículos 8 y ss. de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Por otro lado el apartado 4 del mismo artículo 158 concreta las funciones de persecución reconocidas a la Sección Segunda, que será la encargada de reclamar a los ISPs, a instancias de los titulares de derechos presuntamente perjudicados, la retirada del contenido pretendidamente infractor y, en caso de inacción del proveedor, podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio vulnerador^{145 146}. A lo anterior, no obstante, se impone un

¹⁴⁴ El artículo 17. 2 pasa a establecer que “*la exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.*” Mientras que el artículo 18.3 pasa a disponer que “*Los códigos de conducta a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles por vía electrónica. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales, en el Estado y de la Unión Europea, con objeto de darles mayor difusión.*”

¹⁴⁵ Se trata éste de un procedimiento administrativo que, como señala DAMIÁN MORENO, “*puede desembocar, como una manifestación típica del ejercicio de la autotutela administrativa, en una orden dispuesta con el exclusivo objeto de «restablecer la legalidad» y de esta manera salvaguardar un interés que la Administración ha considerado merecedor de la especial protección de los poderes públicos: hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual en el ciberespacio. Y todo ello, como indica el art. 158.4, cuarto párrafo, de la LPI, «sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.*” (DAMIÁN MORENO, J., “Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la “Ley Sinde)””. *Diario LA LEY*, núm. 7455, Sección Tribuna, julio de 2010.)

¹⁴⁶ Al respecto, de acuerdo con XIOL RIOS, “*Con las medidas de interrupción administrativa de servicios y retirada de contenidos se pretende eliminar o al menos reducir significativamente el intercambio de música, películas y libros a través de Internet, reforzando los derechos de exclusiva que el copyright establece sobre esos productos. Se trata incluso de impedir que personas o empresas que*

requisito previo al titular de los derechos de solicitar directamente al proveedor de servicios la retirada voluntaria de los contenidos, sin el cual no podrá dar comienzo el procedimiento, algo que, como se puso de relieve en el epígrafe dedicado a evolución legislativa italiana, no se contempla en su regulación, extremo regulado en el art. 158 ter (en la numeración previa a la reforma de 2018). Así mismo, de modo previo a la adopción de las medidas sancionadoras se le otorga al ISP un plazo de 48h para que proceda a la retirada de los contenidos o pueda alegar en su defensa, previsión que tampoco se recoge en la normativa italiana. En este punto, se debe destacar lo dispuesto en la Disposición adicional Quinta, apartado 5, del TRLPI, introducida por la reforma de 2014 y mantenida en la de 2018, que se refiere al supuesto en el que un prestador de los servicios de la sociedad de la información que se considere interesado en un procedimiento de los regulados en este art. 158 ter (art. 195 de acuerdo con la numeración actualmente vigente) no haya podido ser suficientemente identificado por la Sección Segunda de la Comisión, *“el procedimiento podrá iniciarse considerándose interesado, hasta tanto no se identifique y persone en el procedimiento, el servicio de la sociedad de la información facilitado por el prestador no identificado.”* No obstante, este extremo se hará constar en el expediente del procedimiento, pudiendo, asimismo, ir acompañado de determinadas consecuencias, como se subraya en la citada Disposición adicional, *“siendo de aplicación las previsiones de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” establecidas en esta disposición y, en su caso, las medidas de colaboración y sancionadoras previstas en el artículo 195 en caso de ausencia de retirada voluntaria al citado servicio de la sociedad de la información.”*

Por último, como garantía del proceso y por su gravedad y afección a derechos fundamentales, las medidas de eliminación forzosa de contenidos e interrupción del servicio, que pueda llevar a cabo la Comisión, habrán necesariamente de contar con la previa autorización judicial¹⁴⁷. Se puntualiza, por parte de la doctrina que *“las*

hayan legalmente adquirido estos productos y los hayan pasado a formato digital, posiblemente modificándolos o generando nuevos productos, puedan utilizar Internet para compartirlos con otras personas interesadas.” (XIOLO RIOS, J.A., “Aspectos sustantivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. Disposiciones finales. La llamada «Ley Sinde»”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, pág. 449, tomo 1, Editorial LA LEY).

¹⁴⁷ Literalmente, el artículo 158, apartado 4, establece que *“4. Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.”*

potestades de esta Comisión no son absolutas. Dado que la resolución mediante la cual se ordena la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información podría afectar al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en el art. 20 CE, se ha previsto que su ejecución no pueda llevarse a cabo si no es en virtud de una resolución judicial, dándose así cumplimiento al requisito constitucional que exige que una restricción de tal naturaleza venga precedida de una resolución judicial (art. 20.5 CE).”¹⁴⁸

No obstante lo anterior, cabe subrayar que lo dispuesto rige sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes; de modo que este procedimiento no elimina en ningún caso la posibilidad de recurrir a la vía judicial por tales violaciones, de modo que, de iniciarse un proceso por esta última vía, se cerraría el procedimiento de la Comisión.

Se trata ésta de una reforma que no fue bien recibida por los consumidores y usuarios, acusándola de rígida y desproporcionada, siendo, por tanto, objeto de numerosas críticas¹⁴⁹; mientras que, en sentido contrario, las sociedades de gestión y la industria cultural criticaron su escasa eficacia en la práctica¹⁵⁰.

La Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

¹⁴⁸ BARRIO ANDRÉS, M., “Luces y sombras del procedimiento para el cierre de páginas web (a propósito del desarrollo reglamentario de la «Ley Sinde»”, *Diario La Ley*, núm. 7789, Sección Tribuna, 2 de Febrero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-48, Editorial LA LEY.

¹⁴⁹ http://www.eldiario.es/interferencias/Ley_de_Propiedad_Intelectual-Ley_Sinde-15M_6_230686946.html; <http://www.20minutos.es/noticia/579628/0/creacion/manifiesto/internet/>; <http://www.20minutos.es/noticia/579200/0/desconexion/internet/pirateria/>; <http://www.abc.es/20091202/medios-redes-web/convulsion-internet-manifiesto-200912021630.html>; http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013-09-09/cinco-motivos-por-los-que-la-ley-sinde-wert-no-ha-servido-de-casi-nada_25886/; <http://www.rtve.es/noticias/20091202/red-se-alza-contra-cierre-paginas-web-sin-autorizacion-judicial/303937.shtml>

¹⁵⁰ <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/23/navegante/1353655199.html>, http://elpais.com/diario/2011/01/27/opinion/1296082812_850215.html.

Uno de los últimos capítulos de reformas de la legislación de Propiedad Intelectual lo protagonizó la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento civil¹⁵¹, que requiere ser analizada en mayor detalle, por ser la actualmente vigente, en algunos aspectos, y por las implicaciones que supone para la materia objeto de este estudio. Tal norma nació con el objeto de intentar cerrar las brechas abiertas en materia de utilización en línea de contenidos y adaptarse a las exigencias planteadas a nuestro país, para lo que inició un proceso accidentado y no exento de polémica y reproches por parte, sobre todo, de las empresas de servicios de Internet y los usuarios de la Red¹⁵².

¹⁵¹ Por alejarse del objeto de este trabajo, relativo exclusivamente al ámbito del Derecho civil, o privado, no se entran a estudiar las implicaciones en el Derecho penal de esta reforma. Sobre esta perspectiva, vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015”, en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, APARICIO VAQUERO, J.A. (Coord.), Editorial Dykinson, 2016; págs. 805-857.

¹⁵² Con respecto a los usuarios de la red, la más notoria reacción se materializó en un Manifiesto desarrollado por periodistas, blogueros, usuarios, profesionales y creadores de internet, en contra de la reforma. Los puntos en los que se centraba eran, principalmente:

“1. Los derechos de autor no pueden situarse por encima de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el derecho a la privacidad, a la seguridad, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la libertad de expresión.

2. La suspensión de derechos fundamentales es y debe seguir siendo competencia exclusiva del poder judicial. Ni un cierre sin sentencia. Este anteproyecto, en contra de lo establecido en el artículo 20.5 de la Constitución, pone en manos de un órgano no judicial -un organismo dependiente del ministerio de Cultura-, la potestad de impedir a los ciudadanos españoles el acceso a cualquier página web.

3. La nueva legislación creará inseguridad jurídica en todo el sector tecnológico español, perjudicando uno de los pocos campos de desarrollo y futuro de nuestra economía, entorpeciendo la creación de empresas, introduciendo trabas a la libre competencia y ralentizando su proyección internacional.

4. La nueva legislación propuesta amenaza a los nuevos creadores y entorpece la creación cultural. Con Internet y los sucesivos avances tecnológicos se ha democratizado extraordinariamente la creación y emisión de contenidos de todo tipo, que ya no provienen prevalentemente de las industrias culturales tradicionales, sino de multitud de fuentes diferentes.

5. Los autores, como todos los trabajadores, tienen derecho a vivir de su trabajo con nuevas ideas creativas, modelos de negocio y actividades asociadas a sus creaciones. Intentar sostener con cambios legislativos a una industria obsoleta que no sabe adaptarse a este nuevo entorno no es ni justo ni realista. Si su modelo de negocio se basaba en el control de las copias de las obras y en Internet no es posible sin vulnerar derechos fundamentales, deberían buscar otro modelo.

6. Consideramos que las industrias culturales necesitan para sobrevivir alternativas modernas, eficaces, creíbles y asequibles y que se adecuen a los nuevos usos sociales, en lugar de limitaciones tan desproporcionadas como ineficaces para el fin que dicen perseguir.

7. Internet debe funcionar de forma libre y sin interferencias políticas auspiciadas por sectores que pretenden perpetuar obsoletos modelos de negocio e imposibilitar que el saber humano siga siendo libre.

8. Exigimos que el Gobierno garantice por ley la neutralidad de la Red en España, ante cualquier presión que pueda producirse, como marco para el desarrollo de una economía sostenible y realista de cara al futuro.

9. Proponemos una verdadera reforma del derecho de propiedad intelectual orientada a su fin: devolver a la sociedad el conocimiento, promover el dominio público y limitar los abusos de las entidades gestoras.

10. En democracia las leyes y sus modificaciones deben aprobarse tras el oportuno debate público y habiendo consultado previamente a todas las partes implicadas. No es de recibo que se realicen cambios legislativos que afectan a derechos fundamentales en una ley no orgánica y que versa sobre otra

En efecto, el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), se topó, ya en sus inicios, con ciertas reticencias del Consejo de Estado, que mostró su desacuerdo sobre algunos extremos a través de su preceptivo Dictamen, publicado el mes de diciembre del año 2013, sin que ello frustrara la continuidad del procedimiento legislativo por los cauces previstos, hasta la aprobación, tras recibir el beneplácito del Senado y el Congreso, de la Ley 21/2014 (BOE 5 de noviembre de 2014). Por lo demás, la tramitación del Proyecto estuvo jalonada de propuestas y enmiendas, hasta que fue aprobado el anteproyecto el 14 de febrero de 2014 por el Consejo de Ministros, ante la declarada oposición de las entidades de gestión, las industrias culturales y otros colectivos, entre ellos, principalmente, el de empresarios de Internet, y, tras su tramitación parlamentaria, recibió el apoyo del Congreso de los Diputados en el mes de julio de ese mismo año, con un cierto endurecimiento de las medidas contra los sitios de enlaces de descargas. Según la exposición de motivos de la Ley 21/2014, han sido dos las finalidades perseguidas por el legislador reformista. Por un lado, la adaptación de la vigente LPI a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han venido produciendo en los últimos años, y, por otro lado, la transposición al ordenamiento jurídico español del contenido de la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (arts. 110 bis, 112 y 119, y disp. trans. 21 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), así como de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (art. 37 bis, disp. adic. 6.a y disp. trans. 21 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Partiendo de esas premisas, las medidas que recoge la Ley 21/2014 se pueden estructurar en tres grandes bloques¹⁵³: la revisión profunda del sistema de copia privada; el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción

materia.” (Fuente: <http://www.abc.es/20091202/medios-redes-web/creadores-usuarios-firman-manifiesto-200912020939.html>) (Fecha última consulta: 1 diciembre 2016).

¹⁵³ Una visión muy clarificadora y completa de la totalidad de modificaciones que ha implicado la reforma, vid. “Cuadro comparativo de las modificaciones introducidas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, *Aranzadi digital* núm. 1/2014 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, Cizur Menor. 2014.

frente a las vulneraciones de derechos, que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital¹⁵⁴.

Así, en primer lugar, una de las principales y más debatidas modificaciones que implica la norma, es la relativa a la compensación por copia privada, sobre la que, no obstante se volverá a incidir en capítulos posteriores. En lo concerniente a esta cuestión, dicho aquí de modo resumido, la Ley mantiene el sistema de compensación que ya existía en nuestro país como consecuencia de la inclusión de la excepción de copia privada, que contenía, y contiene, el art. 31 Texto Refundido LPI, ligado a la cual la normativa europea exige a los países miembros que opten por establecer la correlativa compensación económica a los afectados por la misma. La novedad se reside en los sujetos obligados al pago. Así, mientras que con anterioridad el sistema se basaba en un canon por copia privada que tenía como sujetos obligados a las empresas comercializadoras de dispositivos potencialmente capaces de albergar o realizar dichas copias, impuesto a modo de suplemento en el precio final del bien, de modo que eran los usuarios de estos bienes los que realmente hacían frente al coste de la compensación a los titulares de los derechos de autor, a partir de ahora, sin embargo, la compensación se imputaría a los Presupuestos Generales del Estado, calculándose en base a una estimación del daño o perjuicio ocasionado por la copia privada, que se llevará a cabo anualmente y basándose en determinados ítems de cálculo establecidos por la normativa anexa que regula el nuevo sistema¹⁵⁵. Tal alteración del mecanismo de compensación se ganó la total oposición de gran parte de los titulares de los derechos de autor e industria cultural, al entenderla insuficiente e injusta¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Al respecto, entre otros, vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La nueva ley de propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014; OROZCO GONZALEZ, M., “La reforma de la ley de Propiedad Intelectual. Algunos puntos críticos”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8444, diciembre de 2014; págs. 10-15; y SALAS CARCELLER, A., “Nueva reforma legal sobre la propiedad intelectual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

¹⁵⁵ Al respecto, OROZCO GONZALEZ, M., “El sistema español de compensación por copia privada a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2016, parte Estudio, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2016; GONZALEZ NAVARRO, B.A., “Copia privada y canon digital: conclusiones del abogado general del TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2016 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016; DE COUTO GÁLVEZ, R.M., “¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?”, *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección A Fondo, Abril 2015, Editorial LA LEY.

¹⁵⁶ Al respecto, cabe destacar, entiende SALAS CARCELLER que “*La lucha mantenida por las entidades de gestión de los derechos de autor para la existencia del canon tiene presente una realidad que no es la que contempla la Ley. Si verdaderamente se tratara de la copia que el adquirente de una obra protegida hiciera exclusivamente para su uso privado (CD o DVD para el coche, para su residencia de vacaciones, etc., o fotocopia parcial de un libro de su propiedad para estudiarla el fin de semana que va de viaje) creo que no sería tal el esfuerzo. Lo que ocurre, en realidad, es que se está contemplando una situación distinta que no es la autorizada por la ley: la copia que se hace para el familiar, el vecino*”

En este punto es necesario poner de relieve que, este aspecto concreto de la reforma fue llevado antes los Tribunales, proceso que ha concluido con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo español (Sala 3ª, Sección 4ª), mediante auto 10/2009 de fecha 10 de septiembre de 2014, con ocasión de una demanda interpuesta por un grupo de entidades de gestión de derechos de autor. El TS suspendió, mediante el citado Auto, la resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dichas entidades contra el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, que regulaba ya este procedimiento para el pago de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y solicitaba al TJUE que declarase si el nuevo método de compensación es conforme a lo dispuesto en el art. 5.2 b) Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y, sobre todo, a la jurisprudencia interpretativa del Alto Tribunal Europeo. La respuesta se produjo por la STJUE C-470/14, de 9 de junio de 2016, en la que se aleja de la argumentación e interpretación del Abogado general en su respuesta a la cuestión prejudicial, concluyendo que, si bien es posible la instauración de un régimen de compensación por copia privada a cargo de los PPGGE, la Directiva alegada se opone a un sistema en el que no se puede garantizar que el coste de la misma sólo sea sufragado por los usuarios de las copias privadas. Por tanto, en base a lo anterior, al no existir una limitación de las partidas presupuestarias destinadas a la compensación, declara no acorde a la normativa europea el sistema de compensación de copia privada español consagrado en la reforma de 2014. Ello determina la necesidad de configurar un nuevo sistema en el ámbito español, tarea que ha culminado con una modificación del TRLPI en lo tocante al sistema de compensación, que supone la vuelta al mecanismo del canon, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 12/2017.

Con todo y sin perjuicio de la trascendencia del cambio de sistema de compensación, entendemos que son aun de mayor calado, y estrechamente vinculadas al objeto de esta tesis doctoral, las implicaciones de la honda y significativa modificación legal del

*o el amigo, que no se acomoda al concepto de copia privada ni por tanto está autorizada por la ley, pero resulta incontrolable y supone claras pérdidas para los titulares de los derechos de propiedad intelectual.” (SALAS CARCELLER, A., “La copia privada y el canon”, *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección A Fondo, Abril 2015, Editorial LA LEY.*

concepto de excepción de copia privada, ex art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual y sus consecuencias jurídicas.

En este sentido, cabe destacar que la redacción del art. 31 TRLPI fijada por la reforma de 2014 limitaba extremadamente el concepto de copia privada¹⁵⁷, de modo que ya sólo acoge aquellos supuestos en los que se realice la copia de la obra desde un ejemplar original adquirido en “compraventa mercantil”¹⁵⁸. De manera inicial, se entendería que quedarían incluidas las copias de obras llevadas a cabo desde un original adquirido por el propio usuario, quedando excluidas, por tanto, aquellas derivadas de un ejemplar donado, vendido entre particulares o tomado en préstamo. Sin embargo, si se lleva a cabo un análisis más profundo y sistemático, que atienda a lo que el Código de Comercio (RD de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio) considera “*compraventa mercantil*”, nos encontramos con que su art. 325 la conceptúa como “(...) la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”, concepto además que se aplica a relaciones entre empresarios y no entre consumidor y empresario. Conforme a este concepto jurídico-mercantil, se puede concluir que, de acuerdo con la redacción que ofrecía el precepto tras la reforma de 2014, ni tan siquiera podría concebirse como copia privada la realizada a través de un ejemplar original adquirido por el usuario final para su consumo propio. Dicha redacción indudablemente adolecía de un claro error terminológico – en el mejor de los casos – por lo que evidentemente requería de una revisión por parte del legislador, que afectara tanto a su alcance como a su verdadero significado y que despejara las dudas interpretativas que suscitaba. En primer lugar porque implicaba una clara contradicción *in terminis* entre la previsión del apartado 1 que limitaba la excepción a las personas físicas, mientras que exigía como premisa que se diera en el marco de un acceso legal, considerándose como tal exclusivamente la “compraventa mercantil” que, de acuerdo con su definición en la

¹⁵⁷Sobre esta cuestión concreta, opina SALAS CARCELLER que “*La reforma de la LPI operada por Ley 21/2014, lo que hace es restringir legalmente al máximo y de forma expresa el concepto de «copia privada» de modo que siendo tan escaso el ámbito legal atribuido a la excepción de «copia privada» se justifica también esa menor remuneración.*” (SALAS CARCELLER, A., “Nueva reforma legal sobre la propiedad intelectual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015).

¹⁵⁸Al respecto señala NOGUEROLES LLINARES que “*Con todo ello se observa que se introduce así una evidente restricción al límite de la copia privada, pues se exige que el soporte haya sido adquirido por compraventa (se excluyen, por ejemplo, las copias de obras alquiladas) o que se trate de copias de obras emitidas por radio o televisión y por descargado, que en todo caso se realice de forma absolutamente individual y sin intervención de terceros.*” (NOGUEROLES LLINARES, V., “La situación jurídica actual de la copia privada y la compensación en el derecho de propiedad intelectual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017 parte Estudios; Editorial Aranzadi; pág. 3)

normativa especial, es aquella que se da entre empresarios. En todo caso, habría tenido mayor sentido si se hubiera hablado de compraventa civil o compraventa de consumo. Es por ello que tal redacción, que sin duda buscaba un acotamiento del límite que excluyera de forma clara los accesos ilegales a las obras, principalmente vía online, caía en el absurdo. Además, en segundo lugar, limitaba en exceso, en nuestra opinión, el ámbito de la excepción, reduciendo al mínimo el concepto de acceso legal, por cuanto defendemos que por tal se debe entender también otro tipo de vías de obtención de la obra que no se limiten a la adquisición en un establecimiento mercantil (ya sea físico o en línea).

Al respecto, se debe señalar, dicha revisión se llevó efectivamente a cabo, si bien de manera bastante *silenciosa*, en 2017 en el marco de la reforma del mecanismo de compensación por copia privada¹⁵⁹. En ésta, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 12/2017, se introducía una modificación del art. 31.2, en su apartado b), en el que ya se prescindía del requisito del acceso a la obra mediante “compraventa mercantil”, limitándose a requerir que “*Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.*”, obtándose por eliminar la concreción o aclaración del concepto de “acceso legal” que se introdujo en 2014. Con ello, a pesar de que indudablemente se resuelve la problemática de la extrema limitación del acceso y la contradicción en los términos y ámbito subjetivo de las que adolecía la regulación anterior, se retorna a un concepto en exceso abierto e indeterminado del concepto de copia privada, que volverá a requerir ser interpretado siguiendo la postura doctrinal y jurisprudencial. En cualquier caso, se debe manifestar nuestra preferencia por la adopción de conceptos y definiciones abiertas en el marco de estos supuestos, por cuanto la experiencia ha demostrado que una excesiva concreción, lejos de colaborar en clarificar, a menudo crea mayores problemas en la aplicación práctica y da lugar a obsolescencias rápidas.

Cabe puntualizar, dicho lo anterior, que voces de la doctrina han querido encontrar la motivación principal de este retorno a un concepto amplio de excepción de copia privada en la corrección del excesivo acotamiento anterior que obedecía más a razones

¹⁵⁹ Así, también ADSUARA hace hincapié en lo *discreto* de la modificación, señalando que “*Esta reforma del concepto y alcance de la copia privada (art. 31.2), más importante, a mi juicio, que la de su compensación (art. 25), ha pasado casi desapercibida por la forma en la que está hecha*” (vid. ADSUARA, B., “La copia privada no existe”, *Bez*, 9 julio 2017. Fuente: <https://www.bez.es/216222840/La-copia-privada-no-existe.html> ; Fecha última consulta: 23 mayo 2018).

de economía de recursos del Tesoro nacional, que a causas de precisión de conceptos jurídicos. A ese respecto, conviene recordar que la anterior redacción del precepto dedicado a esta limitación se encuadraba en la modificación del sistema de compensación que pasaba a estar soportado por los Presupuestos Generales del Estado. En ese sentido, sostiene BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO que *“Ello tiene una sencilla explicación. No dejaba de ser contradictorio que en tiempo de crisis para las arcas públicas se cargara a las mismas con un nuevo gasto. No se olvide que, por sorprendente que pueda resultar, el Real Decreto-ley 20/2011, cuya disposición adicional 10 introdujo el sistema de compensación equitativa por copia privada que ahora se deroga definitivamente, llevaba por título De medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. En tales circunstancias es lógico que el Gobierno y el legislador tendiesen a aligerar lo más posible la mencionada carga. Lo que se realizó achicando el ámbito de aplicación de la copia privada, e insistiendo en que la compensación debería reconducirse al perjuicio estrictamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual por aquélla.”*¹⁶⁰

En otro orden de cosas, es de particular interés la modificación y ampliación de los poderes que la última reforma de la LPI sobre este aspecto atribuía a la Comisión de Propiedad Intelectual, ente de naturaleza administrativa creada ex profeso, que pasa a ostentar herramientas mucho más amplias en relación con las posibles denuncias por infracciones en los derechos de autor, sobre todo en lo referente a páginas web y compartición de archivos online¹⁶¹. A tal efecto, se modificaba el art. 158 LPI, que pasa a llevar el título “Comisión de Propiedad Intelectual: composición y funciones” y se adicionan, un nuevo art. 158 bis, con el título “Funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y Control” [de la Comisión de Propiedad Intelectual], así como un nuevo art. 158 ter, bajo la rúbrica “Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital”. Además, se introduce un nuevo párrafo en el artículo 138 que es el que, como destaca BERCOVITZ, expone con carácter general las posibles acciones que cabe ejercer para la mencionada defensa *“con el fin de considerar también responsables de la infracción a quien induzca a ella, a quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios suficientes para conocerla,*

¹⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Viacrucis, calvario y resurrección de la compensación equitativa por copia privada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.8/2017 parte Tribuna Editorial Aranzadi, Cizur Menor. 2017; pág. 2

y a quien, teniendo un interés directo en los resultados de la conducta infractora, tenga capacidad de control sobre ella.” Es con tal fin, como señala el autor, que “se modifica la LEC para facilitar la solicitud de medidas preliminares encaminadas a obtener información necesaria a la hora de interponer demandas frente a los hipotéticos responsables de las infracciones.”¹⁶² Es preciso poner el énfasis en este punto en la cuestión de que, con la reforma operada en el presente año 2018 en el TRLPI la regulación de la Comisión de Propiedad Intelectual, si bien no se modifica en su contenido, si pasa a estar contenida en un nuevo Título V, organizada en varios preceptos, lo que cambia toda la numeración de los artículos a los que aquí se ha hecho mención, a pesar de que su contenido se mantiene intacto.

Es particularmente destacable que, a la luz de las nuevas previsiones legales, la Comisión de Propiedad Intelectual ha pasado a ejercer las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, y lo hará a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad. Conforme a dicho procedimiento, que se iniciará de oficio, la Comisión tendrá, a partir de ahora, amplias potestades para decretar el cese de actividad de una página web sospechosa de incluir o referenciar a enlaces de descarga de archivos protegidos, e incluso para solicitar su exclusión por parte de las empresas suministradoras de los servicios de la sociedad de la información, así como de aquellas dedicadas a la publicidad e incluso las entidades financieras, pudiendo solicitar la anulación de su nombre de dominio y, en el caso de estar asentada en otro país, el bloqueo de la misma en el nuestro, todo ello por la simple denuncia del supuesto agraviado y con la única exigencia para comenzar el procedimiento de que se le haya notificado el agravio y requerido la eliminación del contenido supuestamente ilegítimo mediante un email que ni siquiera ha de ser respondido. Todo ello, con la única exigencia de la “previa” autorización judicial a la Comisión, sin que el juez pueda entrar, sin embargo, a valorar la ilicitud de los hechos imputados (nuevo art. 158 ter TRLPI).

Más cuestionable es aún, en nuestra opinión, la presunción legal de que, en el caso de que la página web decida “curarse en salud” y eliminar el contenido para evitar sanciones administrativas —que van desde los 105.001 euros a los 600.000—, de tal

¹⁶² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La nueva ley de propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

conducta se infiere una aceptación o reconocimiento implícito por parte del interpelado de la vulneración del derecho de autor, lo cual dejaría abierta la vía a una eventual reclamación de responsabilidad civil por los daños causados para el supuesto agraviado. No obstante, no deja de sorprender el hecho de que la actual modificación legislativa haya mantenido, en esencia, lo establecido respecto de las funciones de esta Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por la conocida como Ley “Sinde”, máxime si se tiene en cuenta que la Audiencia Nacional, mediante sentencia de fecha 22 de julio de 2014, resolvió, textualmente, que dicho órgano *“no puede dirigirse formalmente contra los intermediarios, sin perjuicio de que se pueda exigir a estos últimos determinados comportamientos a fin de asegurar la eficacia de las medidas que finalmente se adopten”*, declarando, en consecuencia, nulas de pleno derecho las actuaciones llevadas a cabo por la misma en relación con el cierre del portal de enlaces a descargas *“Quedelibros”*. La sentencia entendía que *“no se puede actuar exclusivamente contra un sitio web que facilita enlaces a descargas, sino que para actuar contra estas páginas web por esta vía administrativa se ha de actuar principalmente contra aquellos servicios que alojan y distribuyen las obras vulneradoras de los derechos de autor”*; en este punto se recalca que *“los prestadores de servicios de intermediación no son los que realizan la conducta vulneradora de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, pues no ponen a disposición del público las obras protegidas, los que las reproducen o copian, etc.”*, y añade: *“la conducta vulneradora de la legalidad la cometen las personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información, aunque eso sí sirviéndose en mayor o menor medida de los correspondientes servicios de intermediación”*.

Lo mismo ocurre en el caso de la mencionada presunción implícita de incurrir en un ilícito cuando la página web retire, tras un primer aviso, el contenido “denunciado”, previsión legal introducida con anterioridad a través de la reforma *Sinde*, pero anulada por la Sala 3ª (de lo Contencioso-Administrativo) del TS en su sentencia de 31 de mayo de 2013, y que ahora recupera la Ley 21/2014 y mantiene la reforma de 2018. En el fallo de la referida sentencia, el Alto Tribunal reconoce la nulidad parcial del art. 20.2 RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, por ser contrario a Derecho. El citado precepto vinculaba la acción de retirar un contenido (la previsión de retirada voluntaria por el interpelado) supuestamente vulnerador, a la valoración automática de este comportamiento como *“un reconocimiento implícito de la referida vulneración”*. Es decir, a la

luz de lo establecido en la norma, retirar un contenido de un sitio web tras recibir la petición del Ministerio de Cultura, concretamente un enlace conducente a un link de descarga de archivo protegido, podía implicar que el responsable de ese sitio web reconocía que vulneraba un derecho de propiedad intelectual.

Desde esta perspectiva, resulta, pues, de todo punto inexplicable que se haya llevado a cabo esta reforma del texto legal manteniendo vigentes puntos que ya habían sido depurados por el TS, cuestión no modificada tampoco en la reciente reforma de 2018, lo que abocará a que, en todo caso, se deba seguir recurriendo al amparo judicial para declarar la ilegitimidad de determinadas actuaciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, en concreto su Sección Segunda, realizabas bajo la cobertura de las citadas prescripciones normativas.

No obstante todo lo anterior, por parte de la doctrina se ha destacado la reducida utilidad que ha mostrado en la práctica tal ente administrativo, concluyendo MONTESINOS GARCÍA que, *“en definitiva, nos encontramos ante un órgano, la Comisión de la Propiedad Intelectual, que hasta hace tan solo unos años (con anterioridad a la aprobación de la Ley Sinde) brillaba por su escaso protagonismo. A pesar de sus propósitos, no ha conseguido convertirse en una autoridad de vigilancia de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y son muy pocos los conflictos que a través de sus servicios de mediación y arbitraje han sido resueltos. Sin embargo, presenciamos una reforma de un importante calado que refuerza las funciones y competencias de la CPI, aunque todavía debemos esperar para augurar un futuro prometedor de la misma que cumpla las finalidades y aspiraciones que han motivado esta iniciativa legislativa.”*¹⁶³

Dentro de este devenir de reformas legislativas, se debe hacer mención, aunque su estudio se postergue a capítulos posteriores, a la reforma del sistema de compensación por copia privada, que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, que supuso la anulación del mecanismo a cargo de los PGGE, retornando al anterior modelo basado en la figura del canon.

¹⁶³ MONTESINOS GARCÍA, A., “El refuerzo de las competencias de la Comisión de la Propiedad Intelectual en la nueva Ley de Propiedad Intelectual”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 895/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Por otra parte, es obligada también la referencia al, recientemente aprobado, y ya mencionado, Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Con ellas, el legislador cumple, como bien indica su título, con la obligación impuesta por el Derecho comunitario de transponer estas las últimas Directivas aprobadas en el seno de la Unión Europea al ordenamiento jurídico español. Cabe destacar que es precisamente en conexión con esta obligación por lo que se justifica la elección de este instrumento legislativo de urgencia, dado que debido al retraso en la transposición – España tenía de plazo hasta abril de 2016 para efectuarla – la Comisión Europea llevó a España, y otros Estados miembros, ante el TJUE el pasado mes de diciembre de 2017, solicitando la imposición de una multa diaria de 124 000 euros¹⁶⁴. Es por ello que la opción por el Decreto-ley respondería a esa urgente necesidad, buscando cumplir el requerimiento de la Comisión a la mayor brevedad posible y minimizar con ello el coste económico de las sanciones.

De forma general, cabe indicar de forma sucinta, de momento, las principales modificaciones que comporta esta reforma, sin perjuicio de volver con posterioridad a los aspectos que más interesan al objeto de esta tesis. Así, se debe señalar que el Real Decreto-ley 2/2018 complementa la transposición, ya iniciada en 2014, de la Directiva 2014/26/UE y, en relación con ésta, la Directiva (UE) 2017/1564, por la que se modifican numerosos artículos del TRLPI. Los aspectos en los que se centra la reforma son, en primer lugar, en lo que respecta a las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor. Así, se modifica la representación de los titulares de derechos de propiedad intelectual y la membresía en la entidad de gestión, amén de la propia organización interna de estas entidades. Por otro lado, se ocupa de la temática relativa a la gestión de los derechos recaudados. Asimismo se aborda la cuestión de la gestión de derechos de propiedad intelectual en nombre de otras entidades de gestión (acuerdos de reciprocidad), las relaciones con los usuarios (concesión de licencias) y las obligaciones de transparencia e información.

¹⁶⁴ Vid. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/12/07/companias/1512664797_572272.html

Este bloque temático, que supone la parte esencial de la reforma, implica una reorganización del título IV del Libro tercero del TRLPI, relativo a la gestión colectiva de los derechos reconocidos legalmente, que pasa a estar dividido en siete capítulos. Con ello, ahora el capítulo I se centra en los requisitos que se exigen para la gestión colectiva de los derechos. Se insta la obligación para las entidades de gestión de obtener la pertinente autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y se pasa a reconocer la figura de los operadores de gestión independientes que, a diferencia de las entidades de gestión, poseen ánimo de lucro y no están controlados por los titulares de derechos. Por su parte, el capítulo II se refiere a la situación jurídica del titular de los derechos de autor en lo que respecta a su relación con la entidad de gestión por medio del contrato de gestión, en virtud del cual el titular de derechos encomienda la gestión de éstos a uno de estos entes. De acuerdo con la regulación actual, el consentimiento que habrá de dar el titular de derechos tendrá que ser expreso y por escrito, y específico para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación y con concreción de los territorios sobre los que se pretende la cesión. Una importante y reseñable novedad de la reforma reside en que el titular puede revocar su consentimiento de forma total o parcial, si bien con el debido preaviso, que en ningún caso se exige que sea superior a seis meses, plazo que se estipulará en los estatutos de cada entidad de gestión. Este derecho revocatorio se aplicará, tal y como prevé la norma, con efectos retroactivos a contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Por su parte, el capítulo III trata el funcionamiento interno de las entidades de gestión, regulando la composición de sus estatutos, las competencias de la asamblea general y los órganos de gobierno y representación, con la introducción de un nuevo órgano de control interno de la gestión efectuada por estos últimos, con la función añadida de apoyo a la Asamblea General con informes anuales. Entre sus competencias figuran, asimismo, el control del reparto de la recaudación derivada de los derechos gestionados, la tramitación de los expedientes disciplinarios, así como las quejas y las reclamaciones y la ejecución del presupuesto.

A continuación, el capítulo IV regula licencias y sus tarifas generales, en el que pasan a incorporarse las mencionadas licencias multiterritoriales, que tienen el objetivo de facilitar la concesión de las autorizaciones de forma única para el territorio de varios Estados miembros o el conjunto de la Unión Europea. Con el fin de facilitar todo el procedimiento de obtención de licencias, se crea una ventanilla única de facturación y

pago, accesible vía internet, en la que se dará información actualizada a los usuarios del repertorio gestionado, sobre el coste individual y total correspondiente a las tarifas aplicadas a abonar, pudiendo realizar el pago online.

Por su parte, el capítulo V se centra en la gestión de los derechos recaudados, lo que aglutina tanto la recaudación como el reparto y posterior pago de los importes obtenidos por las licencias concedidas a los usuarios de las obras. En la nueva normativa se establece un plazo no superior a nueve meses para la remuneración por este concepto a los titulares los derechos por lo generado en el ejercicio anterior, con la obligación de instaurar un sistema de contabilidad analítica.

Las obligaciones de información, transparencia y contabilidad impuestas a las entidades de gestión se recogen ahora en el Capítulo VI, estableciendo que, junto a las cuentas anuales, deberán de redactar un informe anual de transparencia, cuyo contenido se detalla en los anexos.

Por último, en lo que respecta a este bloque, el capítulo VII se dedica al régimen sancionador, clarificando el reparto competencial e introduciendo nuevos tipos, con especial mención al mecanismo que se instaura para el intercambio de información entre las autoridades europeas acerca de la comisión de infracciones por parte de las entidades de gestión a nivel comunitario.

En cuanto a otras temáticas objeto de reforma, se introducen cambios respecto a plazos relativos a derechos de retransmisión por cable y al cobro por la compensación por copia privada –para lo que se añade un nuevo párrafo en el apartado 8 del artículo 25 TRLPI–, así como en lo relativo a las excepciones reconocidas a favor de personas con ciertas discapacidades, en transposición de la Directiva (UE) 2017/1564, cumpliendo de esta forma con lo dispuesto en el Tratado de Marrakech, de 27 de junio de 2013, a cuyo objeto se introduce un nuevo artículo 31 ter.

De manera especial conviene destacar que se altera el contenido del Título V del TRLPI, que pasa a contener ahora la regulación correspondiente a la Comisión de Propiedad Intelectual. Sin embargo, la modificación es meramente formal y no de fondo, ya que sólo afecta a su estructura, pasando ahora a desglosarse en varios preceptos dentro de un título único, pero manteniendo la misma redacción anterior. Con ello, se modifica también la Disposición Adicional Quinta del TRLPI, aunque

exclusivamente con el objeto de cambiar la numeración de los preceptos de la propia norma a los que hace referencia, ahora alterados por su reestructuración formal.

Todo ello, es preciso señalar, ha implicado, cambios de numeración en el articulado del TRLPI.

En otro orden de cosas, se encuentran presentes en la reforma algunos cambios que afectan a los procedimientos de lucha contra la piratería, principalmente a las medidas para la cesación y la incautación de los instrumentos y dispositivos empleados (modificándose las letras a), e) y f) del artículo 139.1, al igual que el apartado 4 del art. 141 TRLPI)¹⁶⁵, si bien la modificación simplemente implica el cambio de numeración de algunos de los preceptos a los que se remitía.

Finalmente, la reforma aborda la transposición, sin introducir modificaciones significativas con respecto a lo dispuesto en la Directiva europea, de las licencias multiterritoriales, aspecto que se estudiará en mayor profundidad con posterioridad en este trabajo.

A modo de balance del análisis efectuado sobre el reciente DL 2/2018, debe destacarse que, desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante una reforma insuficiente¹⁶⁶, ya

¹⁶⁵ “Cinco. Se modifican las letras a), e) y f) del artículo 139.1 que quedan redactadas en los siguientes términos:

«a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 196 y 198.»

«e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 198, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 196.

f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 196 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 198.»

Seis. Se modifica el apartado 4 del artículo 141, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c) y 196.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 198.2.»

¹⁶⁶ Este aspecto era conocido ya por el poder legislativo y ejecutivo, y puesto de relieve, por el propio legislador español en 2014, por cuanto en la disposición final cuarta de la Ley 21/2014, titulada "Reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual", se establecía lo siguiente: "El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, realizará los trabajos preliminares necesarios, en colaboración con todos los sectores y agentes interesados, para preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento. Con vistas a esa reforma deberán evaluarse, entre otros aspectos, el régimen aplicable a

que el legislador español ha dejado pasar una excelente oportunidad de reformular muchos puntos críticos que, a día de hoy, siguen necesitados de aclaración, precisión o regulación, y de estructurar de manera más clara y sistemática el TRLPI. Cabe destacar, al respecto, a modo ejemplificativo y sin ánimo de ser exhaustivos, la opción por no llevar a cabo la adaptación del texto de la LPI a la reciente interpretación del TJUE de la *deficiente* en lo que respecta a la redacción de los preceptos de la norma relativos a la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados al titular de los derechos de autor – cuestión que se estudiará en un epígrafe específico de esta tesis, por su relevancia-, así como clarificación de conceptos en relación con los usos de las obras en el ámbito digital, en concreto en lo referente a los derechos de explotación más afectados, además de la reformulación y precisión de las funciones y límites de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En esta línea se ha manifestado el Consejo de Estado en su Dictamen 1199/2017, de 15 de marzo de 2018. Así, ya de inicio, en él se destaca que *“No se aprecia en el expediente razón por la que, además de proceder el Anteproyecto a efectuar esas otras modificaciones en la LPI, algunas de ellas como se ha indicado de mero ajuste de las remisiones internas de la norma y otras de ajuste sistemático, que exceden en sí mismas de la transposición de las directivas referidas, no se han incluido o tratado en él otras cuestiones que han sido puestas de manifiesto en el expediente o en los dictámenes del Consejo de Estado.”* (Ap. IV. Contenido del Anteproyecto: opción normativa empleada), concretando que *“por la experiencia del Consejo de Estado, existen cuestiones del régimen de la propiedad intelectual, especialmente las relativas en los últimos tiempos a la compensación equitativa por copia privada o el régimen de tutela de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital y la actividad de la Comisión de Propiedad Intelectual”,* a lo que suma que *“a lo anterior cabe añadir que el sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (regulada en los vigentes artículos 158, 158 bis y 158 ter de la LPI), también ha sido objeto de numerosas críticas, habiendo sugerido este Consejo en el dictamen nº 1.064/2013 una serie de modificaciones en la configuración entonces proyectada para tratar de mejorar su*

la gestión colectiva de derechos, el régimen de compensación equitativa por copia privada y las competencias y naturaleza del regulador”.

funcionamiento y efectividad en dicha defensa y protección; dichas observaciones no fueron atendidas.”

El Consejo de Estado, subraya de manera enfática la necesidad de una “*reforma integral*” del TRLPI, enderezada a una más correcta ordenación sistemática de la norma, y a su adaptación a la interpretación sentada en los últimos tiempos por el TJUE, de forma que se acomode al vigente Derecho de la UE¹⁶⁷, acogiendo de manera definitiva la totalidad de la regulación y tutela de la Propiedad Intelectual en un único cuerpo legal¹⁶⁸.

Para cerrar este punto del estudio, es del todo necesario destacar el anuncio llevado a cabo por el Ejecutivo español del desarrollo, durante los próximos años, del conocido como “Plan Cultura 20/20”, dentro del cual se pretendía incluir una nueva reforma del TRLPI, buscando la adecuación del modelo de compensación por copia privada a la comentada reciente sentencia del TJUE, así como, de nuevo, del concepto de límite de copia privada, reforma operada por el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada, cuestión sobre la que se volverá más adelante en esta tesis. Asimismo, tal y como se ha adelantado, se plantea la reforma de los mecanismos de persecución de las infracciones en red de los derechos de Propiedad Intelectual, con la previsión, incluso, de creación de una fiscalía especializada en tales vulneraciones. Por tanto, es evidente que se están produciendo cambios, y se avecinan aún más, en la estructura y bases del actual marco de protección de tales derechos que llevarán consigo, de seguro, novedosas soluciones a los problemas actuales pero, también, nuevos dilemas y controversias para los estudiosos y aplicadores del Derecho sobre la materia.

¹⁶⁷ Defiende textualmente sobre esta cuestión el Consejo de Estado en el Dictamen en cuestión que “*la necesidad, existente en 2014 y más acuciante hoy en día, de que se efectúen los trabajos oportunos para proceder a una revisión "integral" de la LPI, de manera que se acomode su regulación a los mandatos del Derecho de la Unión Europea y a la importancia del sector cultural, en su segmento de la propiedad intelectual, para España y su economía. Y además de ello, es preciso que en esa futura reforma de la Ley de Propiedad Intelectual se aborde de manera definitiva una adecuada ordenación sistemática; como ha sido puesto de manifiesto en el expediente es notablemente llamativo que en un texto normativo que, de aprobarse la reforma proyectada, alcanzará los doscientos tres (203) artículos sea su libro cuarto y último (proyectados artículos 199 a 203) el que se dedique al "ámbito de aplicación de la ley"*”

¹⁶⁸ A este respecto, estima el Consejo de Estado que “*la legislación de propiedad intelectual está necesitada de una reforma que atienda a los problemas detectados en los últimos años y que condense en un único texto legal las principales cuestiones que afectan a la protección y gestión de los derechos de propiedad intelectual.*” (Dictamen del Consejo de Estado 1199/2017, op. cit.)

2.3. Convenciones Internacionales relativos a Derecho de autor.

El carácter inmaterial del objeto de la Propiedad Intelectual ha hecho que paulatinamente, desde antaño, se haya desarrollado una preocupación por la protección internacional de las creaciones de autor. Como se ha hilvanado con anterioridad en este trabajo, las violaciones a los derechos de los autores, incluso antes de existir el reconocimiento de estos per se, ha tenido un carácter transnacional (como es el caso de la problemática comentada del mercado de impresiones “fraudulentas” de obras españolas en Francia con destino Latinoamérica, por ejemplo), chocando con las limitaciones de tutela que supone el ámbito territorial de la normativa de derechos de autor. Tratando de paliar esto, ya en el siglo XIX surgieron tratados bilaterales sobre materias concretas, en el caso de Italia cabe destacar, entre otros, el convenio entre Italia y Francia de 1884 y con Alemania, en 1907, y en el de España, el suscrito con Bélgica en 1880.

Sin embargo, la importancia de la cuestión y la naturaleza del objeto a tutelar demostraron pronto la necesidad de suscribir acuerdos de un ámbito mayor, involucrando el mayor número de países posible, dentro de los cuales vamos a hacer mención expresa a aquellos que tienen una mayor relación con la temática que nos ocupa en el presente trabajo doctoral.

En primer lugar, es preciso hacer mención a la Declaración Universal de derechos humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, donde se da el reconocimiento del valor supremo del ingenio humano, de modo concreto su artículo 27 reconoce que *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*. Asimismo, es preciso incluir, dentro de este marco de referencia, el Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, aprobado en Roma en noviembre de 1950, donde, a pesar de no regularse los derechos de autor, se consagra la libertad de expresión, elemento fundamental de la propiedad intelectual.

De modo concreto, la primera iniciativa de índole internacional para el tratamiento y discusión sobre la Propiedad Intelectual, centrada en las creaciones literarias y artísticas,

debe entenderse el Congreso de Bruselas sobre “Propiedad literaria y artística”, celebrado en 1858, en el que, tal y como recoge ILARDI, se debatió sobre algunos de los aspectos más relevantes en materia de derecho de autor, como es el caso del concepto de propiedad en relación a las creaciones sobre las que se centraba el Congreso, así como las dramáticas y musicales, y que concluyó con la redacción de una suerte de “ley tipo” de índole universal sobre las creaciones intelectuales¹⁶⁹.

Ya de manera específica, el origen del siguiente texto de ámbito internacional sobre la materia lo encontramos en la Asociación Literaria Internacional, fundada en 1880 germen de la actual Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), que nació como tal en 1884, cuyo primer presidente sería Víctor Hugo. Fue, de acuerdo con la doctrina especializada, en el Congreso Literario Internacional celebrado en 1878 en París, en el marco de la Exposición Universal, presidido por Víctor Hugo, donde se abrió el debate acerca de la necesidad de estudio y configuración de un sistema de propiedad literaria, de modo que en este punto se vinculó la creación de la ALI con lo que en el futuro sería el Convenio de Berna. Ello porque, tras este Congreso, ya constituida la ALI, se empezaron a crear ramificaciones nacionales de la misma con la finalidad de suscribir tratados bilaterales de protección, lo que, en los sucesivos Congresos de Viena y Roma deriva en la convicción de la necesidad de un tratado o convención internacional. Fue en el Congreso de Roma de 1882 cuando se propone la creación de la Unión Internacional para la protección de los derechos de los autores, que llevó a la celebración de las Conferencias de Berna. Nace así en 1886 la “Unión para la protección de las obras literarias y artísticas”, dando lugar al conocido Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, inicialmente suscrito por las principales potencias europeas, entre las que se encontraban Italia¹⁷⁰ y España (como países fundadores de esta Unión), y a la que sucesivamente se unieron otros países no europeos. A ésta le siguieron sucesivas revisiones en París en 1896, Berlín en 1908, la de Bruselas en 1948, Estocolmo en 1967 y París en 1971, revisada en 1979¹⁷¹. Centrándonos en el reconocido Convenio de Berna, que constituye la fuente más antigua de derecho internacional en materia de Propiedad intelectual, según sostiene la

¹⁶⁹ ILARDI, A., *La protezione internazionale della proprietà intellettuale*, Argo Editore, Lecce, 2008; pág. 36.

¹⁷⁰ Para profundizar sobre la cuestión de la ratificación italiana y la adaptación de su normativa a tal Convenio, vid. GUALTIERI, G., “La ratifica della Convenzione di Berna nell’atto di Parigi e l’adeguamento della legislazione italiana”, en *Diritto d’autore*, 1979.

¹⁷¹ Sobre esta cuestión, vid. UBERTAZZI, L.C. y AMMENDOLA, M., *Il Diritto d’Autore*, Torino, 1993, p. 93 y ss; y RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, London, 1986.

doctrina, tenía como objetivo principal “garantizar una serie de protecciones a la Propiedad Intelectual entre los países firmantes y obligar a éstos a que regulasen su propia legislación en función de unos principios básicos establecidos en el acuerdo, aunque nunca tratando de prevalecer sobre la legislación interna de acerca de estas materias”¹⁷². Dada la relevancia de este texto normativo, se considera necesario realizar un, aún breve, repaso a su contenido. Así, en primer lugar, es preciso señalar que el Convenio no definió el concepto de Propiedad Intelectual general, sino que se ciñó a la obra literaria y artística, bajo cuyo concepto aunó una amplia categoría de creaciones de autor. Así, dentro de su objeto de protección, estableció en su artículo 2 que “*Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.*”, a las anteriores se asimilan, de acuerdo con el apartado 3 de la norma, como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística. Dentro de este precepto, además, se introduce la potestad de los países firmantes de optar por excluir de la protección generada por los derechos de autor aquellas creaciones literarias y artísticas o concretas tipologías de las mismas que no estén recogidas en un soporte físico. Por otro lado, resulta interesante destacar la consagración en este documento, en su artículo 5, del principio de tratamiento nacional o principio de asimilación, en virtud del cual se garantiza la protección dentro del territorio de los países miembros de cualquier obra con origen en uno de ellos de acuerdo con la normativa nacional, equiparándose por tanto con las creaciones del propio país, debiéndose mantener, en cualquier caso, los mínimos garantizados en el Convenio (los llamados “*ius conventionis*”), siendo ambos,

¹⁷² SÁNCHEZ GARCÍA, R., “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936”, *Revista Hispania*, vol. 62, núm. 212, 2002; pág. 6

de acuerdo con MASTROIANNI, actualmente los pilares que regulan la protección internacional del Derecho de autor¹⁷³. De manera general, los principales derechos que, de acuerdo con la Convención en la actualidad, conforman esos mínimos son el derecho moral de paternidad y de oposición a la deformación de la obra reconocido al autor, recogido en el art. 6 bis), el derecho de traducción, previsto en los arts. 8, 11.2, 12 e 11ter.2), el derecho de reproducción del artículo 9, el derecho de representación pública del art. 11; el derecho de radiodifusión y comunicación al público, reconocido en el artículo 11 bis, el de adaptación de la obra, del artículo 12 y el de adaptación cinematográfica del artículo 14 de la Convención.

En cuanto a la duración de la protección, el Convenio determina en su artículo 7 que se extenderá durante la vida del autor y los 50 años después de su muerte. Por último, por la estrecha relación con el objeto de la presente tesis, es preciso destacar la regulación del derecho de reproducción del autor, recogido en el artículo 12 de la norma, en el que el derecho se reserva al creador pero permite a las legislaciones nacionales la determinación de excepciones que lo limiten, en casos especiales, cuando imposibilite o afecte al disfrute normal de la obra, siempre que no cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor. Dentro de este derecho de reproducción, tal y como destaca ROGEL VIDE¹⁷⁴, se recoge el concepto de la copia privada, previéndose la posibilidad de llevar a cabo una reproducción para uso privado y personal¹⁷⁵.

De modo general, para cerrar el repaso al Convenio, se pueden destacar como elementos esenciales del mismo, aparte de los comentados, la creación por el mismo de la Unión para la protección de autores de obras literarias y artísticas y de la Oficina de la Unión Internacional para la protección de obras literarias y artísticas; la instauración de una protección recíproca, aunque condicionada al cumplimiento de los requisitos formales determinados por la legislación del país de destino, así como la determinación como país de origen, de acuerdo con su artículo 5, en el caso de las obras publicadas por primera vez en uno de los firmantes, tal país, y en el caso de obras no publicadas o publicadas por primera vez en un país no miembro, el país de la Unión al que pertenezca el autor. No obstante, hay que señalar que, tal y como destaca LUCCHI, en

¹⁷³ MASTROIANNI, R., *Diritto Internazionale e Diritto d'Autore*, Giuffrè Editore, Milano, 1997; pág. 7 y ss.

¹⁷⁴ ROGEL VIDE, C., "El video y la Propiedad Intelectual", *Diario La Ley*, 1983, pág. 1104, tomo 1, Editorial LA LEY.

¹⁷⁵ Sobre esta cuestión, vid. MASOUYÉ, C., *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Ginebra, 1978 y MASOUYÉ, C., *Guide de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes*, OMPI, Ginebra, 1981.

la Convención “*il riconoscimento dei diritti esclusivi degli autori è tuttavia sfumato dall’interesse del pubblico ad accedere senza impedimenti, in talune e determinate circostanze, ai prodotti culturali.*”¹⁷⁶ Sobre esta Convención, a modo de cierre, se ha de decir que, de acuerdo con la doctrina, “*per apprezzare la portata el significato che ancora oggi riveste la [sua] conclusione (...) è necessario trascendere il fatto storico contingente e guardare all’evoluzione [di questa Convenzione] come un ad un “work in progress”, concluyendo que “attraverso forme differenti di cooperazione intergovernamentale [questo strumento] ha esercitato e continuato ad esercitare un’influenza sostanziale nei tessuti normativi nazionali, imponendo un’insieme di regole minime internazionali che lasciano tuttavia un’amplio margine di manovra agli Stati membri*”¹⁷⁷.

Por otro lado, en 1952 se firmó la Convención Universal sobre el Derecho de autor, en Ginebra, objeto de revisión en París en 1971, ratificada por España el 7 de marzo de 1974 y el 30 de abril de 1974 (mediante Instrumento de ratificación por el Jefe del Estado Francisco Franco) y en Italia con la Ley 16 mayo 1977 n. 306; y a la que se adhirieron Estados Unidos y la Unión Soviética, pero cuyo seguimiento y aplicación real se considera “residual”¹⁷⁸. En dicho texto, de manera general, se reconoce el principio de protección suficiente y eficaz del Derecho de autor en los países firmantes, así como el principio de asimilación, ya previsto en el Convenio de Berna, aplicándolo tanto a las obras publicadas como a las inéditas; se redacta, además, un listado del objeto de propiedad intelectual que recoge las obras literarias, las científicas y las artísticas, pero excluye de tal enumeración las obras arquitectónicas y las fotográficas y se establece la imposición del símbolo © como elemento suficiente para el cumplimiento de los posibles requisitos del registro de la creación, depósito, pago de tasa, etc. para determinadas obras, lo cual no impide que los Estados firmantes pudieran imponer condiciones o formalidades a las obras publicadas por primera vez en su territorio o por parte de sus nacionales en otro país, de acuerdo con el artículo 3.

Por su relevancia es preciso mencionar, asimismo, el Convenio de la OMPI, como instrumento constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entró en vigor en 1970 y

¹⁷⁶ LUCCHI, N.; *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer-Verlag Italia, 2010; pág. 42.

¹⁷⁷ ILARDI, A., op. cit.; pág. 38.

¹⁷⁸ En este sentido, vid. JARACH, G. y POJAGHI, J.; *Manuale del diritto d’autore*; op. cit.; pág. 17; y FERNANDEZ BALLESTEROS, C.A., “Marco jurídico internacional del derecho de autor y los derechos conexos: de Berna (1886) a los Tratados de la OMPI (1996).”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm.17/2006 2 parte Secciones Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006; pág. 2 y ss.

fue enmendado en 1979¹⁷⁹. Emanado de dicho ente es de aplicación a la materia estudiada el Tratado OMPI sobre derechos de autor (por sus siglas en inglés, WCT)¹⁸⁰, aprobado en 1996¹⁸¹. Esta norma resulta de aplicación, tal y como se deriva de su contenido, a la totalidad de los derechos relativos a las obras literarias, artísticas, científicas, a las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productos fonográficos y radiodifusiones (en definitiva, lo que actualmente se conoce como derechos conexos), además de a los relativos a las invenciones, descubrimientos científicos, marcas y diseños y modelos industriales. Así, tal y como refleja su articulado, la finalidad de la Organización es promover la protección de la Propiedad Intelectual a nivel mundial a través de la cooperación entre los Estados, mediante la colaboración, asimismo, cuando sea preciso, con otras organizaciones internacionales. De modo preciso, en lo que respecta a los dos derechos exclusivos reconocidos al autor que más estrecha relación presentan con el objeto de esta tesis, que son el derecho de reproducción y el de comunicación pública, este Tratado supone una adaptación a la realidad digital. En este sentido, en el texto se incluye, vinculado al artículo 1, apartado 4, una “declaración concertada”, que establece, con respecto al primero de los derechos mencionados, que *“el derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en*

¹⁷⁹ La OMPI es una organización intergubernamental que en 1974 se convirtió en uno de los organismos especializados del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. La OMPI tiene dos objetivos principales. Por un lado, tiene como fin “fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo” y, por otro, “asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones que entienden en materia de propiedad intelectual y que han sido establecidas en virtud de los tratados administrados por la OMPI.” Con el fin de alcanzar esos objetivos, “la OMPI, además de encargarse de las tareas administrativas de las Uniones, lleva a cabo diversas actividades que incluyen: **i)** actividades normativas, es decir, la creación de reglas y normas para la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual mediante la concertación de tratados internacionales; **ii)** actividades programáticas, que comprenden la prestación de asistencia técnica y jurídica a los Estados en el ámbito de la propiedad intelectual; **iii)** actividades de normalización y de clasificación internacionales, que incluyen la cooperación entre las oficinas de propiedad industrial en lo que respecta a la documentación relativa a las patentes, las marcas y los dibujos y modelos industriales; y **iv)** actividades de registro y presentación de solicitudes, que comprenden la prestación de servicios relacionados con las solicitudes internacionales de patentes de invención y el registro de marcas y dibujos y modelos industriales.” (Fuente: http://www.wipo.int/treaties/es/convention/summary_wipo_convention.html; fecha última consulta, 30 octubre 2016)

¹⁸⁰ Este Tratado “es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.” En éste, se recogen los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, a los que se añaden determinados derechos económicos. El Tratado se centra en dos de los objetos de protección por parte del Derecho de autor, de un lado los programas de ordenador, “con independencia de su modo o forma de expresión” y, de otro, las compilaciones de datos u otros materiales (“bases de datos”) (Fuente: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>; fecha de última consulta: 30 octubre 2016)

¹⁸¹ Versión del texto consultada en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P98_11306 (fecha de última consulta: 12 octubre 2016).

forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.”, por lo que, como se observa, implica la subsunción de las copias digitales dentro del ámbito de dicho derecho reconocido al autor. En paralelo, en cuanto al derecho de comunicación pública, el artículo 8 del Tratado, integra dentro de la esfera de este derecho, por igual, las llevadas a cabo por medios alámbricos e inalámbricos, e introduce el concepto de “puesta a disposición”, en la actualidad ampliamente empleado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretando que supone un acto de comunicación pública la acción que haga posible el acceso a la obra “*de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*” (artículo 8 Tratado WCT)¹⁸²

A continuación y ya en el marco de la Organización Mundial del Comercio, dentro de los Acuerdos Generales sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), es preciso mencionar en esta enumeración el “Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio” (ADPIC o, por sus siglas en inglés, TRIPs), suscrito en Marrakech en 1994, introducido en el ordenamiento italiano a través de la Ley 29 diciembre 1994 n. 747 y ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 (publicado en el BOE de 24 de enero de 1995), con entrada en vigor el 25 de enero de 1995, que implica, entre otras cosas extender los principios de Berna a los Estados signatarios del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio¹⁸³. Su nacimiento, en

¹⁸² A este artículo se le vincula una “declaración concertada” que excluye del ámbito objetivo de este derecho el suministro de material que favorezcan o posibiliten tal comunicación. Así, dice literalmente tal disposición que “*Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11bis.2.*”

¹⁸³ En este Tratado, de modo concreto en el caso de los derechos de autor, en su Parte I, establece las disposiciones generales y los principios básicos, “en particular un compromiso de trato nacional en virtud del cual se debe conceder a los nacionales de las demás partes un trato no menos favorable que el otorgado a los propios nacionales de una parte con respecto a la protección de la propiedad intelectual.” Recoge, asimismo, “una cláusula de la nación más favorecida, que es una novedad en los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual, en virtud de la cual toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país debe hacerse extensiva inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todas las demás partes, aun cuando tal trato sea más favorable que el que otorga a sus propios nacionales.” En su Parte II, desgana los distintos derechos de propiedad intelectual, donde en lo que se refiere al derecho de autor, “se exige que las partes observen las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en su última versión (París, 1971), aunque no estarán obligadas a proteger los derechos morales estipulados en el artículo 6bis de dicho Convenio.” En este punto hace referencia especial al derecho de arrendamiento con respecto a las obras cinematográficas, configurado como derecho exclusivo, haciendo especial hincapié en aquellas “cuyo arrendamiento comercial haya dado lugar a una realización muy extendida de copias que menoscabe en

lo que respecta al Derecho de autor, como ha destacado la doctrina, está vinculado con tres fenómenos concretos de gran expansión, como son el impacto tecnológico, la globalización de los mercados y la piratería¹⁸⁴, en concreto, en el marco de la industria cultural, las creaciones audiovisuales, musicales y el software¹⁸⁵. Como ha subrayado FERNÁNDEZ BALLESTEROS, el ADPIC constituye el primer tratado internacional que se ocupa del conjunto de la propiedad intelectual, comprendiendo tanto la hasta entonces llamada "propiedad industrial" como el derecho de autor y los derechos conexos, siendo, así mismo, el primer texto normativo que emplea la nomenclatura "derechos conexos"¹⁸⁶. De modo general, en su artículo 1 contiene una cláusula de adhesión para sus miembros a los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, al que ya se ha hecho mención, y a su anexo, con la previsión, no obstante, de que no quedarán sujetos a los derechos y obligaciones previstos en el artículo 6 bis de dicha Convención o a los derechos de ellos derivados, es decir, a los derechos morales contemplados en la citada norma. En segundo lugar, es preciso resaltar la concreción que lleva a cabo del ámbito de la protección del Derecho de autor, que tal y como determina, abarca las expresiones y no las ideas, procedimientos, métodos o modos de funcionamiento, ni los conceptos matemáticos como tal. Acerca de la extensión de la protección, el artículo 12 establece que “cuando la duración de la protección de una obras, a excepción de las fotográficas y las obras de las artes aplicadas, sea calculada sobre una base distinta a la vida de una persona física, esta duración no podrá ser inferior a 50 años del final del año civil de publicación autorizada de la obra; si la publicación no tiene lugar en los 50 años siguientes a la realización de la obra, a los 50 años desde el fin del año civil de

medida importante el derecho de reproducción.” (Fuente: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#nAgreement; fecha última consulta: 30 octubre 2016).

¹⁸⁴ LIPSZYC, D., "El Derecho de Autor y los Derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC", Propiedad Intelectual en la integración económica de Centroamérica, SIECA, año 3, número 1, enero-marzo, 1999.

¹⁸⁵ En este sentido, nos dice FERNANDEZ BALLESTEROS que, “A partir de la década del 70, el desarrollo de la tecnología de los medios de reproducción, de difusión y de explotación de obras originó un sustancial crecimiento de las industrias de productos culturales, del entretenimiento y de la computación produciéndose, por un lado, una expansión sin precedentes de la demanda en los mercados de esos productos y servicios -que condujo a su tan mentada globalización - y, por el otro, un incremento del fenómeno de la piratería hasta niveles devastadores. Las industrias de bienes protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos que primero se vieron beneficiadas por el comercio a escala mundial, a la vez que más afectadas por el fenómeno de la piratería, fueron las de programas de computación, de obras audiovisuales y de grabaciones sonoras. En un mercado globalizado, la desigualdad en el nivel de protección del derecho de autor y los derechos conexos se convierte en un factor de distorsión de la libre competencia, al igual que la piratería, que generalmente se centra en las obras extranjeras de éxito y se ve favorecida en los países donde el nivel de protección del derecho de autor es muy bajo o inexistente o ineficaz.” (op. cit., pág. 6)

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, C.A., op. cit., pág. 5

creación”. Se admite, asimismo, que los miembros puedan imponer limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, aunque solo en aquellos casos especiales en los que no afecten al normal disfrute de la obra y no comporten un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular. Por último, resaltar los dos principios esenciales sobre los que se estructura este texto, que son el principio de “trato nacional” y el principio de “nación más favorecida”. El primero de ellos, recogido en el artículo 3 del Acuerdo, implica que “cada Miembro de la OMC concederá a los nacionales de los demás Miembros el mismo trato que concede a sus propios nacionales respecto de la protección de la propiedad intelectual en su legislación interna”. En cuanto al principio de “Nación más favorecida”, reconocido en el artículo 4 del texto, supone una total novedad con respecto al Convenio de Berna, siendo la primera vez que se reconoce en la normativa internacional sobre propiedad intelectual; su finalidad es suplir las carencias o ineficacias del principio del trato nacional, como, por ejemplo, las ventajas concedidas a nacionales de otro país en virtud de un arreglo bilateral¹⁸⁷. En este sentido, por tanto, este principio implica la extensión de cualquier trato favorable reconocido por un país miembro de la OMC a los ciudadanos de otro a los de los restantes Estados adheridos, lo que supone un principio general de no discriminación.

Por otro lado, de entre los avances que se destacan de este Acuerdo, resulta especialmente relevante el hecho de que suponga una integración de las instituciones provenientes del derecho de autor *continental* y las propias del *common law* (por tanto, “derechos de autor” vs. “copyright”), lo que supone la superación de la importante brecha existente entre ambas concepciones¹⁸⁸.

2.4. Evolución de la normativa de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual.

Antes del nacimiento de la Unión Europea, la tendencia legislativa de sus, ahora, Estados miembros, lógicamente, respondía exclusivamente a las necesidades y tradición

¹⁸⁷ FERNANDEZ BALLESTEROS, C.A., op. cit.; pág. 9

¹⁸⁸ En este sentido, FICSOR, M., "El Acuerdo sobre los ADPIC: sus relaciones con el Convenio de Berna y la Convención de Roma", en 3º Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI-IIDA, Montevideo, noviembre, 1997 y RENGIFO GARCÍA, E., *Propiedad Intelectual: El moderno Derecho de Autor*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996

nacionales, lo que ha determinado que, durante mucho tiempo¹⁸⁹ la normativa de Propiedad Intelectual, en concreto en Italia y España, como los dos países objeto de estudio en este trabajo, se haya regido exclusivamente por sendas Leyes de Propiedad Intelectual, que no han tenido que adecuarse a ningunas reglas ni mandatos exteriores hasta la integración en el seno de la Unión.

Dado el nivel actual de integración que muestran los distintos ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea y la clara tendencia a una, cada vez mayor, homogeneización de las normativas en el seno de la misma, el peso que tiene la legislación europea en la materia de Propiedad Intelectual es notorio y creciente. A ello se une la evidente tendencia transnacional de la compartición de los contenidos digitales, obviando cualquier frontera o barrera territorial, por lo que en estos albores del siglo XXI resultaría impensable, y totalmente ineficaz, regular esta cuestión desde un punto de vista nacional y, por tanto, individualista. Debido a esto, resulta evidente, cuando se inicia el estudio en profundidad la problemática jurídica de los derechos de autor en la actualidad, que las diferencias entre los distintos Estados miembros sobre la cuestión son cada vez menores y ya prácticamente inexistentes. Y ello porque, es evidente la creciente dimensión internacional de tanto los usos de los contenidos de autor, como los problemas y, por tanto, las soluciones. En definitiva, como resultará notorio a lo largo de este trabajo, el peso de la normativa y jurisprudencia europea los determina como dos de las fuentes principales de este estudio, cuyo desarrollo exponencial marcan el acercamiento de las regulaciones de todos los Estados miembros, especialmente Italia y España, dos países de tradición jurídica y cultural tan similar.

Puesto que a lo largo de los siguientes capítulos de esta tesis, sobre todo los correspondientes a la configuración del Derecho de autor y a la responsabilidad por las utilidades ilegítimas de los contenidos en línea, respectivamente, se entrará a analizar en mayor profundidad la legislación europea, a continuación se va a proceder a introducir algunas ideas destacadas sobre la evolución que ha presentado este ordenamiento jurídico en materia de Propiedad Intelectual, en concreto en lo referente a los derechos de autor más afectados por la problemática a la que se refiere esta investigación¹⁹⁰.

¹⁸⁹ En el caso concreto de Italia, durante casi 50 años, ha sido la Ley de 1941 de derecho de autor, la que ha regulado de modo exclusivo la materia, como indica CHIMIANTI. (CHIMIANTI, L., *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Giuffrè Editore, 1ª Edición, Milán, 1966.)

¹⁹⁰ Dada la vasta extensión de normativa europea en materia de Propiedad Intelectual e Industrial y no siendo el ánimo de este trabajo realizar un estudio general de la protección de los Derechos de autor en la

Como punto de partida, es necesario encuadrar el siguiente elenco de normas en el marco de la extrema evolución en todos los aspectos que ha vivido la Propiedad Intelectual en el último siglo, algo que se evidencia en las sucesivas reformas normativas que se analizarán a continuación. Así, como destaca GÓMEZ SEGADE, *“Los últimos 30 años constituyen el período histórico en que se ha producido el desarrollo más amplio e intenso de la Propiedad Intelectual. Los cambios producidos en el régimen de la Propiedad Intelectual en el período que media entre 1974 y 2004, se insertan en un conjunto excepcional de cambios políticos, tecnológicos, económicos y sociales.”* En concreto, en lo tocante a los cambios tecnológicos y sociales, se subraya que *“no sólo han provocado alteraciones fundamentales en la sociedad y en los hábitos sociales, sobre todo en los países desarrollados, sino que lo han hecho en un brevísimo período de tiempo. [...] La informática y las telecomunicaciones, asociadas a otras técnicas como la digitalización y el encriptado, han provocado el nacimiento del mundo digital, que abre perspectivas ilimitadas para la creatividad y el comercio. [...] Por último, en el período 1974-2004 también se han producido cambios sociales muy significativos, provocados por la fluidez de la información a través de la red de Internet, la facilidad e incremento de las comunicaciones”*¹⁹¹.

Así, siguiendo un orden cronológico, en primer lugar, por ser la primera norma europea de adecuación a la realidad tecnológica, es preciso hacer referencia a la Directiva 91/250/CEE, sobre tutela jurídica de los programas de ordenador, cuya transposición se llevó a cabo en Italia a través del Decreto legislativo n. 518 de 29 diciembre de 1992 y, en España, mediante la Ley 16/1993, de 23 de diciembre (actualmente derogada). A continuación se ha de destacar la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, cuya transposición se hizo en Italia mediante el d. Lgs. N. 685 de 16 de noviembre 1994 y en España por medio de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre (derogada ya en la actualidad). Tras ésta, nos encontramos con la Directiva 93/83/CEE

actualidad, las fuentes que se van a mencionar en este repaso general inicial sólo abarcaran los textos normativos referentes a Propiedad Intelectual, en concreto los relativos a los derechos de autor, no obstante, sin entrar a valorar las previsiones con respecto a los derechos conexos (cuestión esta última que daría, sin duda, para la realización de otra tesis doctoral), y, de modo específico aquellos que muestran una mayor relación con la problemática estudiada en esta investigación doctoral.

¹⁹¹ GÓMEZ SEGADE, J.A., “30 años de propiedad intelectual y 25 volúmenes de ADI”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004) (2005)*, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2005; págs. 17 y 18.

del Consejo, de 27 de septiembre de 1993¹⁹², sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, cuya transposición en Italia se realizó con el Decreto legislativo 23 octubre 1996, n. 581, y en España con la Ley 28/1995, de 11 de octubre. Junto a la anterior, se promulgó la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, transpuesta en España mediante la Ley 27/1995, de 11 de octubre y en Italia con la Ley 6 de febrero de 1996 n. 52 y el posterior art. 3 de Decreto legislativo de 6 mayo 1997 n.154.

En este punto, hay que hacer referencia a la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva de Comercio Electrónico), transpuesta en Italia por el Decreto legislativo núm. 70, de 9 de abril de 2003, *“di attuazione della Direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”* y en España por la Ley 34/2002 (LSSICE); y que a pesar de no ser en puridad una norma sobre Propiedad Intelectual, introduce un régimen de exoneración de responsabilidad para los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que afecta a la persecución de las infracciones contra los derechos de autor en línea. Al respecto, como subraya CAVANILLAS, la Directiva distingue la responsabilidad civil de la penal, de modo que *“en relación a esta segunda, limita la exención de responsabilidad al caso de que el servidor no tenga “conocimiento efectivo” de que alberga actividades e informaciones ilícitas. En cambio, respecto de la responsabilidad civil, es necesario que “no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”*¹⁹³. En efecto, en dicha Directiva, en el Considerando 42 se establece de modo concreto que *“Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida*

¹⁹² Para profundizar sobre dicha norma, vid. BOTANA AGRA, M. J., “El régimen de la directiva 93/83/CEE sobre los derechos de autor y afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), Vol. 1, 1996, págs. 709-730

¹⁹³ CAVANILLAS MÚGICA, S., “La responsabilidad civil en internet”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2007; pág. 113

o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.” De modo paralelo, se establece una obligación de respuesta rápida en los casos en los que se ponga en su conocimiento la posible vulneración de los derechos de autor, eliminando los contenidos potencialmente infractores o bloqueando su acceso¹⁹⁴. Aunque de manera breve, es preciso poner de manifiesto que, mientras que la transposición de la Directiva en cuestión no implicó modificaciones destacables en el caso de Italia, la norma de transposición española sí introduce un notorio cambio con respecto a la responsabilidad de los ISPs, previendo de modo expreso la responsabilidad civil de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17 de la LSSICE), cuestión no exigida en la norma europea. Esta previsión específica, como destaca BUSTO, implica que *“De conformidad con las previsiones del art. 17 de la LSSICE, los intermediarios que prestan los servicios consistentes en facilitar enlaces a contenidos situados en otro lugar de la red y los que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos contenidos, no responden de los daños que se puedan causar por los contenidos encontrados merced a la utilización de los instrumentos que ponen a disposición de los usuarios –y de los internautas o usuarios de la red– siempre que se cumpla alguna de las dos circunstancias enunciadas a propósito de los intermediarios que presten servicios de «hosting» (art. 16 LSSICE)”*¹⁹⁵.

Por otro lado, volviendo a los textos legales en materia de Propiedad intelectual *stricto sensu*, la siguiente incorporación a este cuerpo normativo vino de la mano de la aprobación en diciembre de 1997 de la propuesta de directiva del Parlamento y del

¹⁹⁴ En este sentido el Considerando 46 de la Directiva: *“Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos.”*

¹⁹⁵ BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), Vol. 2, 2014, Editorial Aranzadi; pág. 57.

Consejo, acogida por la Comisión, sobre la armonización de algunos aspectos del Derecho de autor y de los derechos conexos en relación con la sociedad de la información, la cual fue años más tarde incluida en el texto de la Directiva 2001/29/CE, aprobada el 22 de mayo de 2001, y cuya transposición en Italia se llevó a cabo por la Ley 68/2003¹⁹⁶¹⁹⁷, y en territorio español a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, tiene como ámbito territorial de aplicación el mercado interior, centrandose su objeto en las obras de la esfera digital¹⁹⁸. Esta Directiva constituye el colofón a un largo proceso de actualización a la era digital del Derecho de autor europeo que comenzó con el Libro Verde del Derecho de autor en la sociedad de la información, de julio de 1995 y la sucesiva Comunicación de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 1996 n. 568, dedicada a las medidas necesarias a adoptar derivadas del citado Libro Verde¹⁹⁹. El objetivo de este texto legal es, de modo resumido, en opinión de la doctrina, “*comprimere qualsivoglia utilizzazione libera, ma lascia aperto uno spiraglio là dove, (art. 5, comma 5) “tollera” eccezioni e limitazioni applicabili esclusivamente in casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell’opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare*”²⁰⁰, además de armonizar determinados aspectos concretos de los derechos de autor sobre las creaciones intelectuales, buscando su adecuación a las nuevas tecnologías y mecanismos de explotación surgidos de éstas, de forma que se asegure la configuración de un “nivel de protección adecuado y homogéneo”²⁰¹. Grosso modo, su novedad radica en las excepciones prevé y la primacía que reconoce al contenido patrimonial del derecho de autor sobre el contenido moral, derecho éste que no contempla y para lo que se remite a las disposiciones nacionales e internacionales sobre

¹⁹⁶ Esta Ley de transposición, no obstante, tal y como destaca GANGAROSSA, “*ha tradito al meno in parte le aspettative, poiché il maggiore interesse per le nuove tecnologie che sembrava aver caratterizzato la direttiva è svanito nel nostro testo*”. (GANGAROSSA, L., *Guida alla tutela dell’opera cinematografica*, Nyberg Edizioni, Milán, 2005, pág. 33).

¹⁹⁷ Para profundizar sobre la transposición al ordenamiento jurídico italiano de la mencionada directiva, vid. FABIANI, M., “Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazioni nei paesi della Comunità”, en *Il Diritto di Autore*, 2005, 137.

¹⁹⁸ Sobre ello, vid. CHIMIENTI, L., *Lineamenti del nuovo diritto d’autore*, 7ª Edición, Giuffrè Editore, 2006, pág. 384 y ss.

¹⁹⁹ Vid. GANGAROSSA, L., op. cit.; pág. 33.

²⁰⁰ FRANCESCHELLI, V., *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d’autore nella società dell’informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2009; pág. 158.

²⁰¹ PLAZA PENADÉS, J., “La propuesta de directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN 1139-7179, Nº 4, 2000, págs. 87-110.

la materia²⁰², la específica tutela de las medidas tecnológicas de protección y la configuración del régimen homogéneo de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de autor.

En concreto, la finalidad de esta Directiva en lo referente a los derechos de explotación es, de acuerdo con PALOMAR, “*garantizar que todos los actos de explotación de las creaciones intelectuales a través de las nuevas tecnologías queden perfectamente delimitados y cubiertos por el derecho de propiedad intelectual*”²⁰³. De modo específico, sobre los dos derechos más relevantes para el objeto de esta tesis, el derecho de reproducción y el de comunicación pública en el ámbito digital, esta Directiva presenta algunas novedades. Así, con respecto al primero de ellos, la norma lo define en términos muy amplios en su artículo 2²⁰⁴ y prevé una limitación obligatoria para determinadas reproducciones provisionales, dentro del precepto dedicado a las limitaciones y excepciones. Sobre dicha definición recogida en el artículo 2, sostiene GONZALEZ que “*en esta definición, la mención de la reproducción directa o indirecta tiene por finalidad aclarar que están dentro del alcance del derecho tanto las fijaciones que un usuario haga de un soporte a otro (por ejemplo, las grabaciones de las obras contenidas en un CD a otro CD virgen) como aquellas otras grabaciones de obras que se realicen de una emisora de radio o de televisión o de una página web de Internet, en un soporte de cualquier tipo. Por su parte, la referencia a las reproducciones provisionales o permanentes alude a las fijaciones de las obras en soportes tangibles (fonogramas, libros, videogramas, etc.) y despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre la sujeción al derecho de aquellas otras reproducciones que tienen lugar en el disco duro o en la memoria caché del ordenador.*”²⁰⁵ Al respecto de la misma, añade CASAS VALLÉS, que “*en realidad, sin embargo, el artículo 2 DSI no contiene tanto una definición como una relación de adjetivos (directa o indirecta,*

²⁰² Sobre este punto, vid. GONZALEZ BALLESTEROS, T., “La Directiva europea 2001/29/CE sobre derechos de autor”, Revista *Telos*, Fundación Telefónica, nº 51, abril-junio 2002. (Disponible para consulta en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/articuloderecho.asp?idarticulo=1&rev=51.htm>)

²⁰³ En este trabajo, además, se puede encontrar un interesante análisis en profundidad sobre la nueva regulación que implica la Directiva en cuestión en materia de derechos de explotación; PALOMAR CUELI, S., “Los derechos de explotación en la Directiva 2001/29/CE”, *Revista Autor y Derecho*, diciembre 2002; pág. 3.

²⁰⁴ Desarrollado en cierto grado por el Considerando 23, según el cual “*Este derecho [de comunicación al público] debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos*”.

²⁰⁵ GONZALEZ, A., “La Directiva 2001/29/CE, de 22 de junio de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Actualidad Jurídica Uribe&Menéndez*, núm. 1/2002, febrero 2002; pág. 75.

provisional o permanente, etc.). Pero la idea es clara: también son reproducciones las no estables y temporales y aun las efímeras.”²⁰⁶

Por otro lado, con respecto al derecho de comunicación pública, es indispensable destacar el reconocimiento que lleva a cabo, por vez primera, este texto legal del concepto de “puesta a disposición del público”, como nueva modalidad de explotación dentro de la categoría de comunicación pública, para regular las transmisiones interactivas a la carta. En este sentido, destaca la doctrina que *“la necesidad de armonizar las legislaciones europeas y de dotar de seguridad jurídica a las nuevas formas de explotación de las obras que, entre otros rasgos, se caracterizan por su condición transfronteriza, ha llevado al reconocimiento expreso de una nueva modalidad consistente en la «puesta a disposición de público», con la que se pretende cubrir todos aquellos actos propios de la transmisión interactiva a la carta de obras y demás prestaciones protegidas.*”²⁰⁷ La misma idea es defendida por CASAS VALLÉS, para quien, no obstante, *“la única novedad –y aun ésta relativa– es el expreso reconocimiento, en favor de autores y titulares de derechos afines, del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición de forma que los usuarios puedan escoger el momento y lugar del acceso (arts. 3.1 y 2 DSI).*”²⁰⁸

La siguiente Directiva relevante para el presente estudio es la Dir. 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, transpuesta en el Derecho italiano vía el Decreto legislativo 140/2006²⁰⁹ y en el español con la Ley 19/2006, de 5 de junio (por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), cuyo objeto principal es el establecimiento de medidas, fundamentalmente de tipo procesal, aplicables a cualquier supuesto de infracción de un derecho de propiedad intelectual e industrial²¹⁰, y, tal y como refleja la exposición de motivos de la ley española de transposición, *“aproximar*

²⁰⁶ CASAS VALLÉS, R., “La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España”, UOC, diciembre 2004; pág. 6 (fuente: <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>) (Fecha última consulta: 12 octubre 2016)

²⁰⁷ GONZALEZ, A., op. cit.; pág. 77

²⁰⁸ CASAS VALLÉS, R., “La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España”, op. cit.; pág. 8

²⁰⁹ Para profundizar sobre ésta, vid. SIROTTI GAUDENZI, A., “La riforma del diritto processuale “industriale” alla luce del d. lgs. n. 140/2006”, *Altalex*, Sezione Articoli e Commenti, octubre 2006; “Proprietà intellettuale: Commento alle principali novità introdotte dal d.lgs. 140/2006 in attuazione della Direttiva enforcement”, AIB Economia e Centro Studi (Fuente: http://www.aib.bs.it/comunicazione/mostra_contenuto/24539) (Fecha última consulta 12 octubre 2016)

²¹⁰ Vid. BERENGUER FUSTER, L., “Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, Nº 231, 2004, págs. 12-28

las legislaciones sobre los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, para garantizar un nivel de protección elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior.” Sin embargo, cabe destacar que, como señala SIROTTI, “la direttiva non si propone di stabilire norme armonizzate in materia di cooperazione giudiziaria, di competenza giurisdizionale, di riconoscimento e di esecuzione delle pronunce in materia civile e commerciale, né di occuparsi della legge applicabile, dato che esistono già strumenti comunitari che disciplinano queste materie in generale e, pertanto, si applicano anche alla proprietà intellettuale (undicesimo considerando)”²¹¹.

De modo particular, por el interés de la cuestión para el presente estudio, conviene poner de relieve la novedad que implica, para el ordenamiento jurídico italiano, la modificación que supuso a la L.d.a. (art. 158) el D. Lgs. 140/2006, que preveía que “*il titolare del diritto d’autore che sia lesa nel suo diritto di utilizzazione economica possa agire dinanzi al giudice per ottenere che venga rimossa la violazione attraverso la distruzione o la rimozione del stato di fatto e il risarcimento del danno*”, siendo ambas hipótesis compatibles entre sí, a lo que se une la previsión de que “*qualora sussista un comportamento qualificabile dallo stesso giudice civile come reato, allora è anche dovuto il risarcimento del danno morale ai sensi dell’art. 17 della legge 140/2006*”²¹².

Ya en 2006 tuvo lugar la aprobación de la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre²¹³, sobre la duración de la protección de los derechos de autor y derechos conexos, que sustituye a la Directiva 93/98/CEE, a la que ya se ha hecho referencia, y que implica la homogeneización del tiempo de duración de la protección a los derechos de autor, con la precisión de que excluye de su ámbito de aplicación a los derechos morales. A ésta le sigue la Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre, que modifica a la anterior, en materia de duración de la protección de los derechos de autor y derechos conexos, a través de la cual se extiende el plazo de protección de los derechos de los intérpretes y ejecutantes, así como de los fonogramas, de los 50 hasta los 70 años tras la muerte del titular o de la fecha de fijación del mismo, y contempla otras medidas complementarias en aras del refuerzo de la posición de los intérpretes²¹⁴. Esta norma fue

²¹¹ SIROTTI GAUDENZI, A., “La riforma del diritto processuale “industriale” alla luce del d. lgs. n. 140/2006”, op. cit.; pág. 2

²¹² LELIO ADAMO, G., *Il software tra normativa civilistica, diritto d’autore e brevettabilità. Profili evolutivi della tutela*, DP Editore, Lecce, 2014; pág. 108

²¹³ Sobre esta cuestión cfr. AA.VV., *Anali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, XVIII- 2009, UBERTAZZI, L.C. (Dir.), Giuffrè Editore, pág. 393 y ss.

²¹⁴ Para profundizar acerca del contenido de esta Directiva, vid. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, A.B.; “Algunas Reflexiones A Propósito De La Directiva 2011/77/UE”, *Revista Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 31/2012; pág. 90 y ss.

transpuesta al ordenamiento jurídico italiano por el D. Lgs. N. 22/2014 de 21 febrero²¹⁵ y en España por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de la que cabe destacar lleva a cabo una reforma notoria de la excepción de copia privada en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, limitando la tipología de copias que quedarán amparadas por la misma y concretando qué se debe entender por “acceso legal”; así mismo, establece el procedimiento de restablecimiento de la legalidad que, como señala DE ROMÁN, “es un mecanismo al servicio de las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que tiene atribuidas la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual”²¹⁶, y se dirige contra los ISP, con especial referencia a los ISP que ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces, independientemente del hecho de que éstos los faciliten los propios usuarios o no. Por último es necesario recoger la Directiva 2014/26/UE²¹⁷, de 26 de febrero, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, ya transpuesta en España, tras la reciente aprobación del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril²¹⁸, que implica una nueva modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, así como en Italia a través del Decreto Legislativo de 15 marzo 2017, n. 35²¹⁹.

²¹⁵ Sobre éste, vid. D’AMASSA, G., “Gli artisti interpreti ed esecutori (artt. da 80 a 85-bis)”, en *La guida al diritto d’autore*, Dirittodautore.it, abril 2014 (Disponible en: <https://dirittodautore.it/la-guida-al-diritto-dautore/i-diritti-connessi/gli-artisti-interpreti-ed-esecutori/>) (Fecha última consulta: 17 noviembre 2016).

²¹⁶ Para un análisis en profundidad de las novedades de la Ley 21/2014 española, DE ROMÁN PÉREZ, S., “Aspectos fundamentales de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista LALEY*, Sección Tribuna, núm. 9184/2014, enero 2015; págs. 6-9 (cita en pág. 6)

²¹⁷ Sobre la misma, vid. MARTINEZ DE AGUIRRE, J., “Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior”, *Revista Boletín Mercantil*, núm. 16, Enero 2014; y FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8313, 2014.

²¹⁸ La dilación en la aprobación de la norma de transposición por parte de España, determinó que la Comisión Europea decidiera, el pasado mes de diciembre de 2017, llevar a nuestro país, junto con Bulgaria, Luxemburgo, Rumanía, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no haber notificado, antes del plazo límite de 10 de abril de 2016 fijado en la Directiva sobre la gestión colectiva de derechos (Directiva 2014/26/UE), la plena recepción en su ordenamiento jurídico nacional de dicha norma. Así, como se señala en la nota de prensa, “*La Comisión pide al Tribunal que imponga sanciones económicas a los cuatro Estados miembros (Bulgaria - 19 121,60 € diarios, Luxemburgo - 12 920,00 € diarios, Rumanía - 42 377,60 € diarios y España - 123 928,64 € diarios). Los procedimientos de infracción contra estos países se iniciaron en mayo de 2016.*” (Al respecto, vid. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4768_es.htm).

²¹⁹ Sobre la problemática de la adecuación de la normativa europea citada al marco previo del ordenamiento jurídico preexistente en Italia, vid. MEO, C., “Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in

El objetivo de la norma europea, como señala BALAGUER, es “*que la innovación y la creación intelectual reviertan a la sociedad en forma de servicios y productos. Responde a un mandato del art. 167 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que ordena tener en cuenta la diversidad cultural de los Estados miembros, y contribuir a su desarrollo cultural*”²²⁰, buscando, como subraya el artículo 1 de la misma, “*regular los requisitos que garanticen el correcto funcionamiento de los derechos de autor y otros afines, por las entidades de gestión colectiva*”²²¹.

A modo de cierre de este repaso a las normas europeas más relevantes en esta materia, es necesario hacer mención a la propuesta de Directiva europea, presentada el 14 de septiembre del año 2016, (COM) 2016 593 final, sobre los derechos de autor en el mercado único digital, entre cuyos objetivos cabe destacar que, “*This Directive lays down rules which aim at further harmonising the Union law applicable to copyright and related rights in the framework of the internal market, taking into account in particular digital and cross-border uses of protected content. It also lays down rules on exceptions and limitations, on the facilitation of licences as well as rules aiming at ensuring a well-functioning marketplace for the exploitation of works and other subject-matter.*” La citada propuesta, contiene, en lo que respecta a este trabajo, medidas para mejorar la concesión de licencias y asegurar el mayor acceso a los contenidos, así como, en su artículo 10, dentro del Capítulo 2 del Título III sobre “*Acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en las plataformas de video on demand*”, la previsión de medidas destinadas a facilitar la negociación de las licencias para ofrecer este tipo de servicios en línea, mediante la creación o designación de un ente especializado imparcial que medie y asista en la negociación. Es especialmente destacable lo previsto en el Título IV, Capítulo 2 dedicado a “*ciertos usos de contenidos protegidos en servicios en línea*”, donde se encuadra el artículo 13 relativo a “*Uso de contenidos protegidos por los proveedores de servicios de la sociedad de la información de almacenamiento y acceso*”

Italia e il futuro del monopolio della SIAE. Note a margine di un recente convegno”, *Rivista Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 18/2016.

²²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Crónica de Legislación Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21. Enero-Junio de 2014.

²²¹ Sin entrar a valorar la cuestión, por ser ajena a la materia de estudio de estas tesis, es preciso destacar el debate que ha hecho surgir en la doctrina la inclusión de esta norma en el ordenamiento jurídico italiano acerca de la posible incompatibilidad del art. 180 l.d.a. con respecto al monopolio de la SIAE. Sobre esta cuestión, vid. MEO, C., “Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in Italia e il futuro del monopolio della SIAE. Note a margine di un recente convegno”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 18/2016. Ver, también, Allegato AGCom “AS1281” “*Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*”, del Presidente Giovanni Pitruzzella, de fecha 1 junio 2016.

a grandes cantidades de obras y contenidos subidos [uploaded] por sus usuarios”²²², en el que se prevé la obligación de los ISP de colaborar con los titulares de los derechos, la consecución de acuerdos de licencias con éstos en los casos en los que vayan más allá de la mera facilitación de infraestructuras para la compartición o almacenamiento y por tanto lleven a cabo actos de comunicación al público (en cuyo caso quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE, y por tanto, de la exoneración de responsabilidad)²²³, la toma de medidas para el respeto de los contenidos protegidos en línea, entre las que destaca el uso de tecnologías efectivas de reconocimiento de contenidos (“*effective content recognition technologies*”), que resulten apropiadas y proporcionales.²²⁴

Llegados a este punto, resulta relevante el “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital»”, (2017/C 125/03), de los días 25 y 26 de enero de 2017, en el que, se acoge con satisfacción el nuevo paquete de medidas

²²² Título original del precepto en inglés, “*Use of protected content by information society service providers storing and giving access to large amounts of works and other subject-matter uploaded by their users*”.

²²³ Sobre ello profundiza el Considerando 38 de la Propuesta de Directiva que establece que “*Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council.*

In respect of Article 14, it is necessary to verify whether the service provider plays an active role, including by optimising the presentation of the uploaded works or subject-matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor.

In order to ensure the functioning of any licensing agreement, information society service providers storing and providing access to the public to large amounts of copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users should take appropriate and proportionate measures to ensure protection of works or other subject-matter, such as implementing effective technologies. This obligation should also apply when the information society service providers are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC.”

²²⁴ En concreto el artículo 13 dispone: “*1. Information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users shall, in cooperation with rightholders, take measures to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders for the use of their works or other subject-matter or to prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders through the cooperation with the service providers. Those measures, such as the use of effective content recognition technologies, shall be appropriate and proportionate. The service providers shall provide rightholders with adequate information on the functioning and the deployment of the measures, as well as, when relevant, adequate reporting on the recognition and use of the works and other subject-matter.*

2. Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place complaints and redress mechanisms that are available to users in case of disputes over the application of the measures referred to in paragraph 1.

3. Member States shall facilitate, where appropriate, the cooperation between the information society service providers and rightholders through stakeholder dialogues to define best practices, such as appropriate and proportionate content recognition technologies, taking into account, among others, the nature of the services, the availability of the technologies and their effectiveness in light of technological developments.”

recogido en la propuesta. Ya de inicio, se recogen una serie de medidas interesantes – que no podemos más que compartir – como son, por un lado, la necesidad de incluir el principio de nulidad de pleno derecho de cualquier pacto en contrario a las excepciones y limitaciones de los derechos de autor (tal como está previsto en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996). Por otro lado, ante la postura de la Comisión en la propuesta en cuestión de descartar una revisión integral de la normativa actual, optando por una actualización de ésta, el Consejo Económico y Social (en adelante CESE) sugiere que se revise y console el derecho vigente, introduciendo modificaciones en otras Directivas como la referida a plazos de protección del derecho de autor, así como la elección del Reglamento como instrumento adecuado para la construcción del mercado único digital ²²⁵, recomendaciones que compartimos plenamente. En esta línea, sostenemos que la opción tomada por la Comisión de desarrollar una propuesta basada en un paquete normativo integrado por regulaciones de distinto tipo y desigual aplicación, como son las directivas y reglamentos, no contribuye a la búsqueda de homogeneización del mercado interior europeo, y sólo favorece la confusión y mayor complejidad del sistema normativo²²⁶. Así, entendemos que en este caso no existe justificación alguna por tal opción fundada en una pretendida urgente necesidad²²⁷, que no se identifica en la materia que nos ocupa.

En este orden de ideas, es preciso puntualizar que, al momento de cierre de esta tesis doctoral, dicha Propuesta de Directiva ha sido objeto de votación en la Eurocámara, en el Comité de Asuntos jurídicos, el día 20 de junio, sesión que terminó con la aprobación

²²⁵ Esta recomendación ya se encontraba recogida en el Dictamen del CESE sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales», DO C 264, de 20 de julio de 2016, pág. 51, donde se sostiene por el Consejo que “*El CESE ha manifestado, de forma general, que es más favorable a la adopción de reglamentos, tan detallados como sea necesario, cuando se trate de armonizar materias que dependen principalmente del funcionamiento del mercado interior, (...)*”.

²²⁶ Ello iría en contra de la postura sostenida por el CESE en su Dictamen sobre las «Amenazas y obstáculos al mercado único», [Dictamen de iniciativa] (2017/C 125/01), de 25 y 26 de enero de 2017, donde destaca, al respecto de la materia de mercado interior único, que “*Un acuerdo interinstitucional entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo puede suponer una solución útil para facilitar la consecución del objetivo de simplificar y hacer más eficaz la legislación de la Unión.*”, Observación 3.3.1.

²²⁷ Esta justificación resulta adecuada para la elección de la figura de la Directiva en algunos casos, como subraya el CESE en su Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales», ya citada, en sus “Conclusiones y Recomendaciones”, punto 1.5, cuando concluye que “*El CESE considera que la regulación de estas materias mediante dos directivas, en lugar de un único instrumento, solo es aceptable por motivos de urgencia y de oportunidad (...)*”.

del texto de la propuesta, en concreto aceptando el controvertido artículo 13, con una mayoría de 15 a 10, en un contexto de división, al existir un intenso debate entre los europarlamentarios y un alto porcentaje de indecisos en torno a dos cuestiones básicas: de un lado, la creación a nivel europeo del canon imponible sobre los enlazados a noticias (ya implantado en España), y la imposición de la obligatoriedad de *bots* para la detección *ex ante* de los contenidos potencialmente vulneradores. A causa de estas dudas sobre elementos principales del documento, se ha abierto un plazo de consulta a los ciudadanos, tras el cual la propuesta pasará por un largo procedimiento en distintas instancias y organismos europeos, hasta que finalmente vuelva al Parlamento para su aprobación definitiva.

En cualquier caso, debemos señalar que esta propuesta de norma europea no ha estado exenta de polémica desde el inicio de su andadura, generando opiniones a favor y en contra desde variados frentes. Así, resulta de interés citar el Informe de la “Association Littéraire et Artistique Internationale” (ALAI): “Reflexiones adicionales sobre las propuestas europeas de 14 de septiembre de 2016, para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos”, de 16 de octubre de 2016. En este Informe se responde a una serie de cuestiones que se hicieron llegar al Servicio Jurídico del Consejo Europeo por parte de algunos Estados miembros en relación con el artículo 13²²⁸ y el considerando 38²²⁹ de la Propuesta de Directiva de la Comisión sobre

²²⁸ El mencionado artículo 13, titulado “*Uso de contenidos protegidos por parte de proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios*”, de la Propuesta establece que “1. Los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios. Esas medidas, como el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos, serán adecuadas y proporcionadas. Los proveedores de servicios proporcionarán a los titulares de derechos información adecuada sobre el funcionamiento y el despliegue de las medidas, así como, en su caso, información adecuada sobre el reconocimiento y uso de las obras y otras prestaciones.

2. Los Estados miembros velarán por que los proveedores de servicios contemplados en el apartado 1 implanten mecanismos de reclamación y recurso a los que puedan acceder los usuarios en caso de litigio sobre la aplicación de las medidas a que se refiere el apartado 1.

3. Los Estados miembros facilitarán, cuando proceda, la cooperación entre los proveedores de servicios de la sociedad de la información y los titulares de derechos a través de diálogos entre las partes interesadas para determinar las mejores prácticas como, por ejemplo, las técnicas de reconocimiento de contenidos adecuadas y proporcionadas, teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza de los servicios, la disponibilidad de las tecnologías y su eficacia a la luz de la evolución tecnológica.”

derechos de autor en el mercado único digital. La primera de las cuestiones analizada se refiere a la compatibilidad entre el artículo 13 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entendiendo que la fijación de medidas tecnológicas que *controlen* los contenidos alojados por los usuarios en las plataformas que los comunican al público podría vulnerar los derechos y libertades de los usuarios. Al respecto, defiende ALAI que “*El artículo 13 propuesto por la Comisión se concibe más bien como una herramienta para reestablecer el justo equilibrio, también perseguido por el TJUE, entre los derechos humanos de los autores respecto de sus obras y los restantes derechos humanos mencionados; actualmente, el valor de la puesta a disposición del público de obras en el supuesto recogido en el artículo 13 no se reparte de un modo equitativo (véase Resolución ALAI, apartado II).*” En paralelo, estima que la configuración de esas “*técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos*”, que habrán de ser consensuadas con los titulares por la necesidad de responder a los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin y a los derechos, libertades y límites actualmente regulados, no deben entrar *per se* con otros derechos humanos.

La segunda de las cuestiones sobre la que se pronuncia el Informe resulta de especial relevancia para la temática que nos ocupa, al versar sobre las categorías de ISP que establece la Directiva sobre comercio electrónico, 2000/31/CE, que será objeto de estudio en profundidad más adelante en este trabajo doctoral. Así, se cuestiona si es “*apropiado modificar*” el modo en que el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico se aplica de forma horizontal exclusivamente para los derechos de autor. Sobre este punto, el Informe sostiene que ni el artículo 13 ni el Considerando 38 alteran en modo alguno la forma de aplicar el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, sino que se

²²⁹ El Considerando 38 establece textualmente que “*Cuando los proveedores de servicios de la sociedad de la información almacenan y facilitan el acceso público a obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios, actividad que no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales y constituye un acto de comunicación al público, están obligados a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos, a menos que puedan acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.*

En lo que se refiere al artículo 14, es preciso comprobar si el proveedor de servicios desempeña un papel activo, en particular optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promocionándolas, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin.

En aras del correcto funcionamiento de los acuerdos de licencia, los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten el acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios deben adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar la protección de las obras u otras prestaciones, entre ellas la aplicación de tecnologías eficaces. Esta obligación también ha de ser aplicable cuando los proveedores de servicios de la sociedad de la información pueden acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.”

limita a aclarar su interpretación a la luz de la jurisprudencia del TJUE en los casos concretos previstos en el art. 13 de la Propuesta. De acuerdo con la opinión manifestada aquí por ALAI, el art. 13 se limita a especificar, para las categorías específicas de Prestadores de Servicios de Internet (por sus siglas en inglés, ISP) a las que se refiere el artículo en cuestión, las condiciones que se han de dar para que sean considerados “alojadores” de acuerdo con el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico, dando ejemplos de lo que se entiende por proveedor “activo”. En este sentido, debe señalarse sin embargo que con la redacción dada a este precepto en la Propuesta, se da un giro radical frente a la postura hasta ahora imperante en la normativa europea, la cual se apartaba de la imposición de una obligación general de supervisión o de control activo del contenido de las informaciones vertidas por terceros por parte de los “service providers” y de las conocidas como clausulas del “Buen samaritano”²³⁰. Así lo señalaba, al plantear que en la Directiva 2000/31/CE, en su artículo 15.1, “La norma transcrita implica tanto la ausencia de una obligación general de supervisión de las informaciones y contenidos objeto de transmisión o de «memorización» que recaiga sobre los ISPs, como de una obligación general de búsqueda activa de hechos, circunstancias o datos que revelen la presencia de una actividad ilícita”²³¹. Dando un paso más sobre la cuestión, sostenía que “Desde la perspectiva estrictamente jurídica, resulta razonable no atribuir a los prestadores de servicios de acceso y alojamiento de datos la función de supervisar contenidos y ello porque podría colisionar con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y con los arts. 20.2 CE y 10.1 CEDH, siendo ésta una función que, de conformidad con su naturaleza prístina, ha de ser atribuida a los órganos integrantes del Poder Judicial, únicos a los que compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional (ex art. 117.3 CE).”²³²

²³⁰ Estas se originan en la doctrina judicial norteamericana, donde según la Corte Suprema, el proveedor de acceso no está obligado a eliminar de su servidor contenidos ajenos ilícitos, por lo que si decide voluntariamente hacerlo, será considerado que actúa simplemente como un “buen samaritano”. (Vid. VERBIEST, “L’Echo”, Thoumyre: *Lex Electronica*, Vol. 6, 2000.)

²³¹ A ello, el citado autor añade que “En efecto, por un lado, la regla tiene razón de ser en función del carácter gravoso que, desde las perspectivas económica y técnica supondría para los intermediarios imponerles aquella obligación de control de todos los contenidos que transmitan o alberguen y que en la práctica supondría una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de datos o hechos susceptibles de causar daños ilícitos, de imposible cumplimiento, al menos en el actual estado de la técnica”. (BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Nuevos Clásicos, Editorial Aranzadi, 2014; pág. 18-19)

²³² BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores...”, op. cit.; pág. 19.

A pesar de la –necesaria- clarificación anterior, resumidamente ALAI entiende en su Informe que *“No se produce, pues, un cambio en la situación legislativa actual, sino una clarificación –que es bienvenida– acerca de su interpretación, en línea con la jurisprudencia del TJUE, para un supuesto particular descrito en el artículo 13.”*

Por otra parte, el Informe se cuestiona si basta *“facilitar acceso al público”* (en los términos del artículo 13 y el considerando 38) para que exista un acto de comunicación al público, a lo que el documento responde, de forma contundente, que *“Tal y como el TJUE ha reiterado, de conformidad con la ley internacional subyacente, el derecho de puesta a disposición, en juego en el artículo 13 y el considerando 38, se aplica a la mera provisión de acceso y no requiere necesariamente una efectiva transmisión”*. De este modo, en el presente Informe, ALAI llega a la conclusión de que en el ánimo de la Propuesta de Directiva, por vía del art. 13 y el Considerando 38, no está dar una definición completa del concepto de “comunicación pública”, sino que simplemente hace referencia a la tipología de proveedores a los que afecta la misma, mencionando que éstos generalmente realizan tal acto de comunicación, de manera que *“Su intención no es, por tanto, la de sustituir o reemplazar a la jurisprudencia del TJUE, sino que se mantiene en línea con la interpretación otorgada por el TJUE sobre la noción de “comunicación al público” en distintos casos”*.

Como último apunte sobre el desarrollo de la normativa europea sobre Propiedad Intelectual, en concreto en lo que atañe al objeto de esta investigación doctoral, es necesario hacer referencia al denominado “Copyright package”, sobre el que se volverá más detalladamente con posterioridad. Dentro de los objetivos del mismo se integran dos Directivas y dos Reglamentos, algunos de ellos ya aprobados, y otros, como la que acaba de ser comentada (Las propuestas de Directiva 2016 sobre mercado único digital y la de Reglamento COM(2016) 594 final, publicada el 14 de septiembre de 2016, por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión), están aún en fase de propuesta. Sí se encuentra ya aprobado, en contraposición, el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, que también será objeto de análisis pormenorizado en los capítulos siguientes.

A la vista de lo anterior, como resalta ORTEGO, es preciso tener presente que *“Cada vez más y en mayor medida, el llamado mundo digital está creciendo y ocupando parcelas de la realidad que hasta no hace mucho eran exclusivas del mundo offline. Esto hace que el número y calidad de negocios y relaciones jurídicas en él circunscritos aumente exponencialmente reclamando una regulación del tráfico jurídico a la medida, dada su naturaleza. Sin embargo, esta regulación específica para el mundo digital está todavía en sus albores, lo que hace que para la regulación y gestión del mundo virtual debemos partir de los modelos jurídicos empleados para el mundo real, que a medida que avanza la llamada «tercera revolución» social—la llamada de la Sociedad de la Información—, reflejan su insuficiencia e inadecuación para regular las nuevas situaciones—y pese a que la Comisión Europea se haya reafirmado recientemente en la aplicación de las mismas reglas y leyes que rigen el mundo físico en la regulación del mundo digital”*²³³. Resulta, por tanto, evidente que el marco normativo de los derechos de autor en la Unión Europea se encuentra en la actualidad en fase de regeneración, en aras de la configuración de una protección legislativa más evolucionada y adaptada a esta segunda fase de la revolución tecnológica, en la que, una vez asentada la digitalización de los contenidos, el afianzamiento del acceso a los mismos vía internet y en pleno proceso de desarrollo de las nuevas modalidades de explotación en línea de las creaciones, se pretende reformular los conceptos básicos y los derechos exclusivos de los autores, así como los límites y excepciones a los mismos, de modo que se consiga un mayor equilibrio entre los derechos y libertades de los consumidores y usuarios, de un lado, y los de los creadores, de otro. Así, en los próximos años seremos testigos de la metamorfosis de la normativa de Propiedad Intelectual, de modo paulatino, lo que, por la clara tendencia homogeneizadora del legislador europeo, va a determinar necesarios cambios en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en lo que a esta materia se refiere.

Es imposible, sin embargo, cerrar este capítulo dedicado al ordenamiento jurídico europeo sin hacer referencia a dos de las más importantes Instituciones en este ámbito. Así, en primer lugar es preciso mencionar la Dirección General para la Sociedad de la Información, como organismo incardinado en la Comisión Europea con la finalidad de monitorizar las cuestiones vinculadas con los derechos de autor, en especial en relación con las nuevas tecnologías, y asistir al colegio y al miembro de la Comisión responsable

²³³ ORTEGO RUIZ, M.; *Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Editorial Reus, Madrid, 2016; pág. 11.

de la Sociedad de la Información en la UE, siendo la encargada del estudio de las cuestiones económicas, políticas y sociales necesarias para la correcta definición de las políticas de promoción de la sociedad de la información.

En segundo lugar, es indispensable referirse ahora al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia sentada marca en la actualidad el devenir de la interpretación de la normativa comunitaria y determina la correcta aplicación de la misma en los distintos Estados miembros. En este sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, cabe destacar ahora como algunas de las sentencias de éste órgano, dictadas en los últimos años, han perfilado el marco de propiedad intelectual en lo que respecta a la configuración de los derechos de autor en la era digital. Así, por un lado, con respecto a la obligatoriedad de imposición de un sello SIAE que preveía la legislación italiana para con los soportes de la sociedad de la información, se pronunció el TJUE, en su sentencia de 8 noviembre 2008, C-20/05. “Schwibbert vs. Italia, determinando la inaplicación de tal norma al carecer de notificación previa de la regla técnica a la Comisión, como requiere la Directiva 98/34/CE, lo que implica su inexigencia frente a un privado. Por otro lado, en relación al derecho de comunicación pública, el Tribunal ha configurado con sus pronunciamientos no sólo el concepto del derecho en sí²³⁴, interpretándolo de acuerdo con la realidad actual, sino también de elementos vinculados al mismo, como la exigencia de un “público nuevo”²³⁵.

A modo de cierre de este repaso a la legislación europea sobre la materia objeto de estudio, resulta especialmente interesante hacer mención a dos recientes documentos comunitarios que abordan, si bien en forma de recomendaciones o guías, la

²³⁴ Sobre la reinterpretación del concepto de comunicación pública, y en concreto en su modalidad actual de “puesta a disposición”, en relación a las páginas de enlaces de descarga y visionado no consentidos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 13 febrero de 2014, C-466/12, Nils Svensson et. al. vs. Retriever Sverige AB, exige la convergencia de dos elementos, de un lado la consecución de un acto de comunicación y la existencia de un público nuevo. Sobre la primera cuestión, concluye que, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, para que se de tal acto basta con que la obra “se ponga a disposición de un público, de tal forma que estos puedan acceder a ella”. A la luz de lo anterior, el Tribunal llega a la conclusión de el ofrecimiento de links que remiten a obras protegidas constituye una “puesta a disposición” y, por tanto, un “acto de comunicación” en el sentido de la Directiva. Esto implica la subsunción dentro del derecho exclusivo del autor de comunicación pública de las obras la facilitación de enlaces con respecto al contenido al que deriva.

²³⁵ Sobre esta cuestión se volverá más adelante, en sucesivos capítulos de este trabajo, en el marco del análisis de la problemática actual de la utilización ilegítima online de obras protegidas y la responsabilidad derivada de ésta. No obstante, se puede adelantar que en la STJUE 7 diciembre 2006, C-306/05, SGAE vs. Rafael Hoteles se clasifica el concepto de “público” como un número indeterminado de telespectadores potenciales, lo que engloba, por tanto, a “número indeterminado de destinatarios potenciales”, de acuerdo con la STJUE de 13 febrero de 2014, C-466/12, Nils Svensson et. al. vs. Retriever Sverige AB.

problemática de los contenidos ilícitos en línea albergados por prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Se trata, respectivamente y por orden cronológico, de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea”, COM (2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017; y, en segundo lugar, la Recomendación de la Comisión UE 2018/334, de 1 de marzo de 2018, “Sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea”, ambas con una finalidad y un sentido muy similar.

El primero de los documentos, al que nos referiremos de forma abreviada como Comunicación de la Comisión, comienza reconociendo a las plataformas en línea el rol de importantes motores de innovación y crecimiento en la economía digital, con una reciente evolución hacia una mayor interacción entre los contenidos y los usuarios. Sin embargo, se señala que esa mayor cercanía entre ambos factores, en el marco de las nuevas plataformas online – en concreto las de alojamiento-, ha favorecido la proliferación de compartición de contenidos ilícitos en la web. Este tipo de plataformas se vienen tradicionalmente acogiendo al régimen de exoneración de responsabilidad previsto en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, siempre que, de manera resumida, cumplan una serie de requisitos, a destacar que actúen con prontitud para eliminar los contenidos que se denuncien como ilegales, al tiempo que se preveía en la norma que se debía instar a la creación de mecanismos rápidos y fiables que hagan posible retirar el contenido vulnerador, imposibilitando el acceso a éste. No obstante, como se señala en la norma, tal exoneración sólo podrá ser aplicable a aquellos prestadores de servicios de alojamiento que se limiten a una labor “técnica, automática y pasiva”, de forma que no tenga conocimiento ni control sobre la información compartida por sus usuarios.

A partir de ahí, la Comisión puntualiza que, si bien existe dicha base general a nivel europeo, a nivel de los distintos Estados miembros dista mucho de existir una regulación homogénea, coexistiendo distintos enfoques en función del país, el tipo de contenido y la clase de plataforma, por lo que se aboga por la búsqueda de un enfoque armonizado, en aras, asimismo, de la construcción del mercado único digital.

Por otro lado, se subraya la necesidad de trabajar desde las plataformas para conseguir más y mejores mecanismos de denuncia de contenidos ilícitos, para lo cual deben *“de mejorar su cooperación con las autoridades competentes de los Estados miembros, y*

estos deben velar por que los órganos jurisdiccionales puedan reaccionar eficazmente contra los contenidos ilícitos en línea, así como reforzar la cooperación (transfronteriza) entre las autoridades". Se apuesta, asimismo, desde este organismo europeo por la instauración de "alertadores fiables", categoría dentro de la cual se incluirían aquellas entidades especializadas en la identificación de contenidos ilícitos o estructuras creadas con el fin específico de la identificación y detección de éstos, recomendando la cooperación estrecha entre estos alertadores y las plataformas, de forma que las comunicaciones que de ellos emanen sean gestionadas de forma más rápida por su fiabilidad. No obstante, se debe señalar que la concreción de qué debe entenderse por alertador fiable y los requisitos que ha de reunir para ostentar tal reconocimiento resulta cuanto menos deficiente en el documento, limitándose a derivar una mayor delimitación y aclaración en posteriores acuerdos de autorregulación o desarrollos normativos de la Unión.

A mayor abundamiento, la Comisión hace especial hincapié en la necesidad de creación de mecanismos de notificación fácilmente accesibles e intuitivos que permitan la *denuncia* de los contenidos ilícitos sin necesidad de registro como usuario, además de la adopción de medidas proactivas eficaces de detección e eliminación de contenidos vulneradores de derechos. Sobre esta cuestión ha surgido ultimamente el debate acerca de si tal actuación proactiva por parte de la plataforma implicaría la exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, de modo que por tal conducta se le pudiera pasar a considerar como proveedor activo (en el sentido de la STJUE asunto C-324/09, *L'oreal vs. Ebay*, de 12 de julio de 2011²³⁶). Partiendo de la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo, se debe concluir, como argumenta la Comisión, que *"Esto supone que, por el mero hecho de que una plataforma en línea adopte ciertas medidas generales respecto a la prestación de sus servicios, no debe considerarse necesariamente que desempeña un papel activo en relación con los distintos contenidos que almacena, ni que la plataforma en línea no pueda acogerse a la exención de responsabilidad por tal motivo. En opinión de la Comisión, entre tales medidas pueden, e incluso deben, encontrarse medidas proactivas que permitan detectar y retirar*

²³⁶ En el marco de tal pronunciamiento se subraya que *"el mero hecho de que [una plataforma en línea] almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y de información general a sus clientes no puede implicar que se excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por [el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico]."* Sin embargo, en opinión del Tribunal, si se produce este efecto *"cuando, por el contrario, [la plataforma en línea] presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas"* (aps. 115 y 116 respectivamente).

*contenidos ilícitos en línea, en especial cuando dichas medidas se adoptan en el marco de la aplicación de las condiciones que ríen los servicios de la plataforma en línea*²³⁷.

A pesar de lo anterior, la Comisión reconoce que, al adoptar dichas medidas proactivas, las plataformas pasarían a tener conocimiento efectivo de los contenidos ilícitos, por lo que se encontrarían ante uno de los supuestos en los que, de acuerdo con la Directiva e-commerce, perderían la exoneración. Sin embargo, teniendo en cuenta que ante tal descubrimiento la plataforma tiene la posibilidad de actuar con prontitud eliminando el contenido o bloqueando el acceso a ella, podría seguir acogiéndose a la exención, como prevé el propio art. 14, ap.1 letra b). En cualquier caso, se le ha reprochado a la Comisión que su posición respecto a esta problemática resulta “obsoleta” y “poco ambiciosa”, al no adaptarse al estado actual de la tecnología²³⁸.

Una cuestión, aparentemente secundaria, a la que hace mención de forma pasajera la Comisión, pese a que desde nuestro punto de vista resulta de gran interés, es la que se refiere a la necesidad de consejo y guía a las plataformas para la toma de decisión acerca de qué contenidos son efectivamente ilícitos y cuáles no, cuando su gravedad no lo haga evidente, como suele ser el caso de muchos supuestos en el campo de la Propiedad Intelectual. Así, se subraya que *“En algunos casos, sobre todo cuando las plataformas en línea tienen dificultades para juzgar acerca de la licitud de un contenido concreto y pueda darse lugar a una decisión potencialmente controvertida,*

²³⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea”, COM(2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017; pág. 12

²³⁸ Así señala DE MIGUEL ASENSIO que “[La Comisión] *Adopta sobre el particular un enfoque susceptible de ser considerado un tanto obsoleto y poco ambicioso, de modo que la Comisión analiza en primer lugar cómo en su opinión la adopción de medidas proactivas de detección y retirada de contenidos ilícitos no implica la pérdida por la plataforma de la exención de responsabilidad establecida en el artículo 14 DCE.*”, entendiéndose que, si bien parte de un punto de partida correcto, basándose en la sentencia del caso L’oreal vs Ebay, *“Ahora bien, en el estado de evolución de Internet y de los servicios ofrecidos por muchas de esas plataformas cabe sostener que incluso con el actual marco normativo no solo eso es así sino que, en determinadas circunstancias, la adopción de tales medidas proactivas puede resultar una exigencia para que ciertas plataformas se beneficien de la exención de responsabilidad. Se trata de un aspecto que el documento de la Comisión no desarrolla, si bien incluye la afirmación de que “(l)as plataformas en línea deben hacer todo lo posible para, de forma proactiva, detectar, identificar y retirar los contenidos ilícitos en línea” (pág. 15), y sobre el que volveré al final de esta reseña. Con respecto a las medidas proactivas que la Comisión insta a las plataformas a adoptar, el documento hace referencia a las tecnologías de detección automática y filtrado, con mención de la práctica ya existente de recurrir “al uso de algún tipo de algoritmos de emparejamiento basados en diferentes tecnologías, desde el simple filtrado de metadatos a las funciones hash y la huella digital” (pág. 13), así como genéricamente a la conveniencia de que el sector “introduzca de forma efectiva innovaciones que contribuyan a incrementar la eficiencia y eficacia de los procedimientos de detección automáticos” (pág. 14).*” (DE MIGUEL ASENSIO, P., “Plataformas en línea: principios y directrices de la Comisión sobre contenidos ilícitos”, Pedrodemiguelasensio.blogspot, 11 diciembre 2017. (Fecha última consulta: 29 mayo de 2018).

*puede recurrirse a la posibilidad de consultar a un tercero en caso de duda para recabar asesoramiento. En diversos Estados miembros esta función es desempeñada por organismos autorreguladores o por las autoridades competentes. Esta cooperación debe ser fomentada activamente como parte de la colaboración reforzada entre las plataformas en línea y las autoridades competentes*²³⁹. A nuestro entender se trata de una propuesta de gran relevancia, a pesar del poco peso que se le da en el documento referido, por lo que debería ser tenida en cuenta como mecanismo eficaz para dotar de seguridad jurídica a las decisiones tomadas en base a esas herramientas tecnológicas y procesos de detección *ex ante* de contenidos ilícitos, que se pretende articulen las plataformas (y así se recoge en la Propuesta de Directiva de 2016, como se ha tenido ocasión de comentar). El hecho de que un organismo integrado por especialistas en la materia sea quien asesore a las plataformas en la valoración sobre la licitud de los contenidos tendría un beneficioso efecto preventivo de la vulneración de derechos y libertades de los usuarios en la Red, aportando, como se ha dicho, seguridad jurídica al procedimiento y garantías. Por ello, proponemos la creación de tal ente de carácter gubernamental, que podría estar integrado en la Comisión de Propiedad Intelectual, en concreto en la Sección Segunda, con un cuerpo de juristas y expertos propio encargado de dicha tarea. Ello reduciría, asimismo, en gran medida el número de procedimientos administrativos a cargo de la mencionada Sección Segunda y, por supuesto, a cargo de juzgados y tribunales de la jurisdicción civil, permitiendo un considerable ahorro de recursos.

Por último, se trata en la Comunicación la cuestión de la reincidencia en las conductas ilícitas en lo tocante a la compartición de contenidos. Frente a ello se propugna el recurso a medidas tecnológicas ya existentes de *banneo* o bloqueo de usuarios que realizan reiteradamente estos actos, que ya posibilitan incluso la exclusión silenciosa de éstos²⁴⁰, y la utilización de filtros contra la repetición de la publicación, como son los instrumentos de marcado de la huella digital o el filtrado con exclusión definitiva de contenidos que ya han sido detectados y confirmada su ilicitud²⁴¹.

²³⁹ Comunicación de la Comisión de 28 septiembre 2017, op.cit.; pág. 16

²⁴⁰ Es lo que se conoce ya como “shadow-banning”, medida que bloquea al usuario de la plataforma en línea en cuestión pero sin que este se percate de ello.

²⁴¹ En este sentido, defiende la Comisión que “*Por ejemplo, basándose en las prácticas de reconocimiento automático seguidas en el ámbito de los derechos de autor, la propuesta de la Comisión sobre derechos de autor en el mercado único digital reconoce que estas tecnologías, siempre que sean*

A modo de apunte final sobre el documento analizado, señalar que la valoración del mismo resulta ambivalente. Por un lado, es preciso resaltar que se trata sin lugar a dudas de un texto de gran relevancia, que recoge elementos de notorio interés para la delimitación de la persecución de los contenidos ilícitos en línea desde un enfoque horizontal acorde con la regulación europea actual, contribuyendo así a facilitar la labor jurisdiccional al proporcionar a juzgados y tribunales un más amplio catálogo de indicios y pautas de ponderación para enjuiciar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Sin embargo, teniendo precisamente en cuenta la relevancia de su contenido y finalidad, se debe criticar la técnica legislativa escogida por la Comisión a este respecto, optando por un instrumento soft law en lugar de una norma de obligado cumplimiento. En efecto, si tenemos en cuenta que nos encontramos con una regulación europea sobre la materia no actualizada desde hace más de quince años, frente a una realidad tecnológica que no ha hecho más que evolucionar de forma muy acelerada, entendemos que se ha desaprovechado la oportunidad de plasmar estas directrices en una norma hard law, de eficacia jurídica vinculante, que habría podido cumplir la doble finalidad de modernizar y homogeneizar el marco normativo europeo sobre esta materia, y forzar paralelamente la actualización de la regulación actualmente vigente en los distintos Estados miembros.

Acerca de la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2018, ya citada, se ha de señalar que su principal aportación se basa en la promoción de medidas de notificación y retirada de contenidos ilícitos a establecer por las plataformas (según la nomenclatura utilizada en el documento mecanismos de “notificación y acción”, muy similar al “notice and takedown” anglosajón”), siguiendo principios de proporcionalidad, rapidez, transparencia y simplicidad, con pleno respeto a los derechos fundamentales²⁴², y

adecuadas y proporcionadas, constituyen un instrumento eficaz para, por ejemplo, impedir la disponibilidad de contenidos sin licencia en los servicios en línea”.

²⁴² El Considerando 13 de la Recomendación enfatiza que “*Los contenidos ilícitos en línea deben abordarse mediante salvaguardias adecuadas y sólidas para garantizar la protección de los derechos fundamentales en liza de todas las partes interesadas. Estos derechos incluyen, en función del caso, la libertad de expresión, que incluye la de recibir y divulgar información; el derecho al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales; así como el derecho a una tutela judicial efectiva de los usuarios de los servicios en cuestión. También pueden incluir la libertad de empresa, comprendida la libertad contractual, la de albergar servicios de alojamiento de datos, así como los derechos de los menores y la protección del derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la dignidad humana y la no discriminación de determinadas partes afectadas. En particular, las decisiones adoptadas por los prestadores de servicios de alojamiento de retirar o bloquear el acceso a los contenidos que almacenan*

manteniendo las garantías relativas básicamente a la comunicación de la ilicitud a todas las partes intervinientes, permitiendo la contraargumentación (“contranotificación” de acuerdo con el texto) del *uploader*²⁴³. De esta forma, se establece en el apartado 1 (Capítulo I) la invitación a *“los Estados miembros y a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, en relación con los contenidos facilitados por proveedores de contenidos que almacenan a petición de dichos proveedores, a adoptar medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas para combatir los contenidos ilícitos en línea (...)”*, lo que se complementa con el ap. 5 recogido en el Cap. II, donde se recomienda que *“Conviene prever mecanismos para la presentación de notificaciones. Dichos mecanismos deben ser fácilmente accesibles, de fácil utilización y permitir la presentación de notificaciones por medios electrónicos.”*, debiendo habilitarse un medio para la impugnación por las partes. Asimismo, se recomienda la creación de mecanismos acelerados de notificación y retirada de contenido cuando procedan de “notificantes fiables” (ap. 25) y se anima a los prestadores de servicios de alojamiento a la intercolaboración mediante el desarrollo de códigos de conducta, memorandos de acuerdo y otros acuerdos voluntarios. Unido, por tanto, a lo anterior, se recoge en el ap. 18 la previsión de que *“Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben ser invitados a tomar, en su caso, medidas activas, proporcionadas y específicas en relación con los contenidos ilícitos. Tales medidas podrían implicar la utilización de medios automatizados para la detección de contenidos ilícitos solo cuando se cuente con garantías apropiadas, proporcionadas y efectivas, en particular las garantías mencionadas en los puntos 19 y 20.”*

A modo de apunte final, pero no por ello menos relevante, debemos destacar la invitación que se hace en el texto a los Estados miembros a articular y fomentar la opción por los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en los derivados de la retirada y bloqueo de contenidos, puntualizándose que tales mecanismos *“deben ser fácilmente accesibles, eficaces, transparentes e imparciales y garantizar que los acuerdos son justos y conformes a la legislación aplicable. Los intentos de resolver estos litigios fuera de los tribunales no deben afectar al acceso a los tribunales de las*

deben tener debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de sus usuarios, así como el papel central que los prestadores suelen desempeñar para facilitar el debate público y la distribución y la recepción de hechos, opiniones e ideas de conformidad con la ley.”

²⁴³ Señala el ap. 20 de la Recomendación que *“Dichas garantías deben consistir, en particular, en la vigilancia y verificaciones por personas, cuando proceda y, en cualquier caso, cuando se precise una evaluación detallada del contexto pertinente para determinar si el contenido debe considerarse ilícito o no.”*

partes afectadas.” (ap. 14). Y, por su parte, se anima a los propios prestadores de servicios a que recurran a ellos y permitan su utilización por los usuarios.

Por último, es preciso hacer mención a una reciente e importante norma que se inserta en la senda reformadora y de desarrollo legislativo de la Unión en aras a la consecución del buscado mercado único digital europeo, para lo que se requiere romper barreras geográficas, físicas e inmateriales. Se trata del Reglamento UE 2018/302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE. Sin embargo, pese a tener como fin la eliminación de las barreras de geolocalización en la red que impiden el acceso a consumidores y usuarios a la contratación de bienes y servicios ofertados en internet atendiendo a su lugar de referencia, el legislador europeo ha optado por excluir de su ámbito objetivo el mercado de los servicios basados en obras protegidas por los derechos de autor.

De manera inicial, se concreta en el Considerando 2 que se pretende *“Eliminar el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes podría impulsar el crecimiento y aumentar las opciones de los consumidores en todo el mercado interior”*, para, a continuación incluir una ambigua puntualización en el Considerando 8 que, en cierta medida, parece abrir la puerta a la inclusión del mercado de los servicios en línea de obras de autor, por cuanto dispone que *“el presente Reglamento debe aplicarse, entre otros, a servicios no audiovisuales prestados por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, a reserva, no obstante, de la exclusión concreta y la posterior evaluación de dicha exclusión según lo previsto en el presente Reglamento.”*, haciendo mención expresa a la exclusión de los servicios audiovisuales y más en concreto las retransmisiones de eventos deportivos sujetos a licencias territoriales exclusivas²⁴⁴. La fundamentación para las exclusiones de este tipo

²⁴⁴ Dice textualmente el Considerando 8 que *“Se excluyen del ámbito de aplicación del presente Reglamento los servicios audiovisuales, entre ellos los servicios cuyo objetivo principal sea proporcionar acceso a transmisiones deportivas y que se prestan sobre la base de licencias territoriales exclusivas.”*

la sitúa el Reglamento en la sujeción de proveedores que ofertan determinados productos o servicios a normas comunitarias o nacionales específicas con un carácter territorial, por lo que determina en el Considerando 21 que *“En algunos casos, el bloqueo o la limitación de acceso o la redirección sin el consentimiento expreso del cliente a una versión alternativa de una interfaz en línea por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento del cliente pueden ser necesarios para garantizar el cumplimiento de un requisito legal establecido en el Derecho de la Unión, o en la legislación de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de la Unión, al que esté sujeto el comerciante como consecuencia de que ejerce su actividad en dicho Estado miembro. Tales disposiciones legales pueden limitar el acceso de los clientes a determinados productos o servicios, como, por ejemplo, mediante la prohibición de mostrar un contenido específico en algunos Estados miembros. No debe impedirse que los comerciantes cumplan esos requisitos y, por lo tanto, deben poder bloquear o limitar el acceso, o redirigir a una interfaz en línea a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios, en la medida en que sea necesario por tal motivo.”* Esto se apoya en lo dispuesto en el art. 3, ap. 3, donde se plasma tal previsión, estableciéndose que *“Las prohibiciones establecidas en los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el bloqueo o la limitación de acceso o la redirección sean necesarios para garantizar el cumplimiento de un requisito legal del Derecho de la Unión, o de la legislación de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de la Unión, al que las actividades del comerciante estén sujetas.”*

Así, para la consecución de los fines del Reglamento, se dispone en el Considerando 18 que no se permitirá a los empresarios impedir a los consumidores y usuarios con medidas, ya sean tecnológicas o de otro tipo²⁴⁵, el acceso “pleno y por igual” a las interfaces en línea, incluyéndose en esta categoría las aplicaciones digitales, atendiendo a su ubicación, nacionalidad o lugar de residencia²⁴⁶.

²⁴⁵ Concreta el Considerando en cuestión que *“Entre las medidas tecnológicas destinadas a impedir dicho acceso cabe citar, en particular, las tecnologías utilizadas para determinar la ubicación física del cliente, entre ellas el seguimiento de esta ubicación mediante una dirección IP o las coordenadas obtenidas a través de un sistema mundial de navegación por satélite. No debe entenderse, sin embargo, que la prohibición de discriminación en cuanto al acceso a interfaces en línea obliga al comerciante a realizar transacciones con los clientes.”*

²⁴⁶ Se señala, no obstante, oportunamente por DE MIGUEL ASENSIO que *“no cabe desconocer que medidas de bloqueo o limitación geográfica respecto de actividades desarrolladas a través de Internet son en ocasiones necesarias para garantizar el cumplimiento de un requisito legal. La utilización por los comerciantes de instrumentos de geolocalización desempeña un papel muy significativo desde la*

Ya en el marco de su articulado, en el precepto dedicado a delimitar el objeto y ámbito de aplicación, ex artículo 1, apartado 5, se establece expresamente que *“El presente Reglamento no afectará a las normas aplicables en materia de derechos de autor y derechos afines, en especial a las normas que contempla la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”*. Conectado con lo anterior, el art. 4, apartado 1 letra b) prevé que *“Un comerciante no aplicará condiciones generales de acceso diferentes a sus productos o servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, cuando el cliente tenga intención de: (...) b) recibir de un comerciante servicios que se prestan por vía electrónica, que no sean servicios cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas que no tengan soporte material”*.

A pesar de que la doctrina científica no se ha pronunciado aun a este respecto, en nuestra opinión, tal exclusión choca frontalmente con la búsqueda de un mercado único digital, en el que las plataformas de reproducción en streaming de contenidos de autor ocupan un lugar importante y se encuentran en constante auge, colaborando en gran medida al freno del consumo ilícito de contenidos protegidos. Sería deseable, por tanto, la extensión de esta normativa prohibitiva del geobloqueo a este tipo de productos y servicios, siguiendo la estela marcada por la Directiva de licencias multiterritoriales y la relativa a la portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos, desarrollo que promovería en mayor medida la creación del mencionado mercado único a nivel europeo. No existen, desde nuestro punto de vista, razones jurídicas que fundamenten, hoy en día, el mantenimiento de un criterio primordial de territorialidad en la gestión de los derechos de autor, en una sociedad y mercado, sobre todo a nivel comunitario, que no conoce ya fronteras, llegando a constituir un freno al desarrollo de la cultura y fomentando el mantenimiento de prácticas ilícitas ante la excesiva fragmentación y compartimentación del ámbito de los derechos de autor en conexión con los servicios de contenidos digitales. Parece ser consciente de ello el legislador europeo, a pesar de las

perspectiva del control de los riesgos legales con respecto a las actividades desarrolladas a través de Internet. El empleo de instrumentos de geolocalización que restringen o excluyen el acceso de usuarios de determinados territorios a ciertos bienes o servicios puede resultar de gran importancia para evitar el incumplimiento de las legislaciones de ciertos Estados o para evitar quedar sometido a la competencia de sus tribunales.” (DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, No 59, 31 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer; págs. 1 y 2)

reticencias aún evidentes en la redacción actual del texto, por cuanto incluye en la norma una cláusula de revisión en el art. 9, en cuyo apartado 2 establece que “*con vistas a examinar el ámbito de aplicación del presente Reglamento así como el alcance de las prohibiciones establecidas en el artículo 4, apartado 1, letra b), así como si el presente Reglamento debe aplicarse también a los servicios prestados por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que no tengan soporte material, a condición de que el comerciante tenga los derechos necesarios para los territorios de que se trate.*”. Se deja así abierta la posibilidad a una posterior inclusión de este tipo de servicios – tales como libros electrónicos, descargas de música, juegos en línea, programas informáticos, entre otros – dentro de la prohibición de geobloquear el acceso a estos servicios.

No obstante lo anterior, realizando una interpretación abierta y sensu contrario del precepto, cabría defender la tesis de que el Reglamento dejaría fuera de la exclusión el suministro de contenidos digitales no audiovisuales vía online, que habilitan el acceso a obras protegidas por la Propiedad Intelectual. En efecto, si se analiza lo dispuesto en el art. 4.1.b), como señala RUBIO VICENTE “*se deduce indirectamente (...), al contemplar la prohibición de aplicar condiciones generales de acceso diferentes a los bienes y servicios cuando el comerciante preste servicios por vía electrónica distintos de los que están sujetos a aquella protección. Lo que permite concluir que a éstos se les excluye de la aplicación de esta específica prohibición.*”²⁴⁷ Sin embargo, en tal precepto, como señala el mencionado autor, sólo se hace mención a la prohibición de aplicar condiciones generales de acceso diferentes, no así al resto de prohibiciones contempladas en la norma, como son la prohibición de bloqueo, la relativa a limitaciones de acceso a las interfaces en línea, y la prohibición de discriminación en las condiciones de pago, por lo que se podría deducir, contrario sensu, que éstas sí resultarían de aplicación. A pesar de la interpretación propuesta por el citado autor, hay que resaltar la extrema indeterminación y contradicción que se detecta entre el contenido del Considerando 8 y el articulado de la norma, puesto que el sentido del primero contiene una limitación de la exclusión a los servicios de los contenidos

²⁴⁷ RUBIO VICENTE, P.J., “El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, No 20, Sección Estudios, Primer semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer; pág. 14 y 15.

audiovisuales mientras que los preceptos al respecto parecen extender la exclusión a la totalidad de los servicios en línea relativos a contenidos protegidos por los derechos de autor. En segundo lugar, y con respecto específicamente a la interpretación inversa que postula el citado autor, no podemos coincidir plenamente con postura, si bien el propio Reglamento prevé una próxima revisión de su texto, en 2020, al ser consciente, entendemos, de su defectuosa técnica. Por lo demás, debe recordarse que las normas prohibitivas no pueden ser objeto de interpretación analógica o extensiva. En todo caso, esta contradicción interna en un texto de la jerarquía de un Reglamento comunitario va a generar una problemática que en su momento tendrá seguramente que aclarar el TJUE.

A pesar de todo lo anterior, las previsiones no son alagüeñas en este sentido, ya que tanto el Parlamento Europeo como el Consejo siguen mostrándose proclives a una postura conservadora en lo concerniente a la territorialidad en los derechos de autor. Dicha postura se ha hecho evidente en el Reglamento 2018/302, objeto de comentario, pero también en la Propuesta de Reglamento sobre retransmisiones en línea [2016/0284(COD)], de cuya renovadora redacción inicial queda ya poco en el texto que se baraja en la actualidad, retroceso que a todas luces responde a importantes intereses económicos. El documento sobre el que se debate a fecha de hoy implica el mantenimiento del principio del país de origen y, alejándose de la propuesta inicial, se el Parlamento propugna que sea posible el mantenimiento del geobloqueo en los servicios audiovisuales en todos aquellos casos en que estén de acuerdo en ello el prestador del servicio y el titular de los derechos, algo que se dará habitualmente. A mayor abundamiento, y reforzando la rechazable postura conservadora, el Consejo propone que se limite la aplicación del principio del país de origen a aquellas producciones financiadas y controladas por las entidades de radiodifusión, excluyéndose del ámbito material del Reglamento a los acontecimientos deportivos.

A la luz de lo anterior, la clara preferencia del legislador europeo por mantener el status quo precedente en lo que respecta a la vinculación geográfica de la tutela de los derechos de autor, evidenciada en la exclusión de este tipo de contenidos del ámbito de aplicación del Reglamento recientemente aprobado y la reformulación comentada del Reglamento aun en proyecto que acabamos de analizar, va en detrimento y en contraposición, a nuestro parecer, con la efectiva protección de los intereses de los consumidores y usuarios, elemento clave en la construcción del mercado único digital. Así las cosas, el devenir actual mostrado en la evolución y reforma de la normativa

vigente sobre la materia parece evidenciar que se va a optar por renunciar a una apertura de miras en este campo, abandonando la idea de ponderar de manera equilibrada los intereses de los titulares de derechos de autor con los de los consumidores y, en concreto, con la libertad de empresa y prestación de servicios, cuestión de la que no debería excluirse el mercado de los servicios audiovisuales, por la existencia en el mismo, aún hoy en día, de barreras físicas carentes de todo sentido y justificación tanto técnica como jurídica.

Los argumentos que sustentan nuestra posición son varios, pero básicamente se debe señalar que, a la vista del objetivo primordial fijado por la Unión de la creación de un mercado digital único, carece de todo sentido que se mantenga un mercado audiovisual fraccionado en el que una parte de la sociedad europea quede excluida del acceso a determinados contenidos ofrecidos en la red sólo por vivir en un país miembro y no en otro. Ello determina una clara descoordinación entre la forma en que se da la puesta a disposición en la actualidad, que facilita el acceso al contenido, y su limitación geográfica, que responde a razones de política legislativa e intereses económicos (a causa de la territorialidad imperante en la concesión de licencias), cuestión que resulta aún más chocante y criticable en el seno de una comunidad sin barreras como quiere ser la Europea. Así, nos encontramos con la incoherente realidad de que, en pleno siglo XXI y en el marco de la sociedad 4.0., es el prestador de servicios en la red y los titulares de los derechos de autor los que ostentan todo el poder de decisión acerca del alcance territorial del acceso a los contenidos culturales, algo que cuanto menos hace albergar serias dudas acerca de su acordancia con el derecho de acceso a la cultura²⁴⁸.

²⁴⁸ Conviene aquí subrayar que el derecho de acceso a la cultura, consagrado como derecho fundamental en nuestra constitución española en el artículo 44, no encuentra un rango similar de protección en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, donde sólo se protege el derecho a la diversidad cultural (al respecto, vid. GARCÍA AÑÓN, J., “Diversidad cultural, religiosa y lingüística”, en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Editorial Comares, 2012). Sobre esta cuestión nos encontramos con que la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural establece ampliamente el derecho de acceso a la cultura en sus artículos 5 y 6, frente a lo exiguo de lo recogido en la Carta Europea. Así establece en dichos preceptos que: “**Artículo 5 – Los derechos culturales, marco propicio de la diversidad cultural:** Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe, así, poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; toda persona debe poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta cuestión, en concreto la relativa a los servicios de radiodifusión – a pesar de no ser objeto de esta tesis doctoral – y su conexión con el derecho de la competencia, en el marco de la concesión de licencias exclusivas, fue analizada en la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, caso Football Association Premier League Ltd y otros vs Karen Murphy y otros, en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08. En el apartado 139 de la fundamentación jurídica de la referida sentencia se señala que *“por lo que respecta a las limitaciones territoriales al ejercicio de dicho derecho, debe recordarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo que tienda a restablecer la compartimentación de los mercados nacionales puede ser contrario al objetivo del Tratado de realización de la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado único. Así, los contratos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales deben considerarse, en principio, acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1”*, a lo que se añade en el ap. 140 que *“Dado que esta*

Artículo 6 – Hacia una diversidad cultural accesible a todos: *Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, el multilingüismo, la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico -comprendida su forma electrónica- y la posibilidad, para todas las culturas, de estar presentes en los medios de expresión y de difusión, son los garantes de la diversidad cultural.”* Se evidencia, por tanto, que este texto consagra como derechos los siguientes: *“Derecho a expresarse, crear y difundir las obras en la lengua que se desee y en particular en la materna. - Derecho a una educación y formación de calidad que respete plenamente la identidad cultural. - Derecho a poder participar en la vida cultural que se elija y ejercer las propias prácticas culturales, dentro del respeto de los derechos humanos y de las libertades públicas. - Derecho a disfrutar del patrimonio, en todas sus formas, debiendo ser preservado, valorizado y transmitido a las generaciones futuras (art. 7, párrafo segundo)”*

Así, destaca ANGUITA VILLANUEVA que *“Este es el tipo de textos que parece no haber tenido presente la Carta. El art. 5 de la Declaración universal, después de presentar tan categóricamente esta afirmación, desgana los derechos culturales que son de todo punto básicos en cualquier sociedad que quiera dotarse de un instrumento jurídico que reconozca los mismos. Tales derechos culturales formarían la Constitución cultural que echamos tanto de menos en la Carta.”*, añadiendo que *“Este es el marco que debería, al menos, haber diseñado la Carta. Un marco de diversidad cultural que no solo la respetara, sino que la desarrollara a través de estos derechos.”*

Estamos completamente de acuerdo, con la afirmación realizada por el citado autor, cuando defiende acertadamente de manera enérgica que *“Esta falta de sensibilidad hacia la cultura y los derechos que la protegen, llaman más la atención si atendemos al tipo de naciones que vamos a ratificar como norma el texto de la Carta a través de la futura Constitución. Europa es ante todo una Europa de culturas y de cultura. Sin una cultura, a la vez común y a la vez plural, no se entiende la construcción y la realidad que es Europa. Nuestro patrimonio no es otro que los elementos emanados de la cultura, entre otros el Derecho. Y la Carta hubiera sido el elemento esencial para consagrar jurídicamente estos principios de los que los europeos nos orgullecermos de llevar como señas de identidad común.”* (ANGUITA VILLANUEVA, L.A., “La cultura en la Carta de los derechos fundamentales”, en *Estudios sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), Editorial Universidade de Santiago de Compostela, 2004; pág. 83 y ss.)

jurisprudencia se puede trasladar completamente al ámbito de la prestación transfronteriza de servicios de radiodifusión, como se desprende, en particular, de los apartados 118 a 121 de la presente sentencia, cabe afirmar que se considera que, cuando un contrato de licencia pretende prohibir o limitar la prestación transfronteriza de servicios de radiodifusión, tiene por objeto una restricción de la competencia, salvo que otras circunstancias en su contexto económico y jurídico permitan comprobar que dicho contrato no puede menoscabar la competencia.” Si conectamos la realidad de la puesta a disposición actual que, a diferencia del supuesto analizado en la sentencia citada, recayente en un caso de radiodifusión necesitada de decodificadores, no requiere en ningún caso de más dispositivo que un ordenador, Tablet o Smartphone y conexión a internet, con lo sentado en la sentencia en cuestión, resulta evidente que en el marco de los novedosos servicios de reproducción en streaming, supone una limitación de la competencia y una rechazable merma en los derechos de los consumidores.

Coincidiendo con esta postura, sostiene DE LA VEGA MERINO que *“El espacio de libertad de mercancías y servicios no está en consonancia con las normas tradicionales de propiedad intelectual que regulan la comunicación al público y la puesta a disposición de contenidos, que en la actualidad sostienen un fraccionamiento del mercado que es ajeno a los intereses fundacionales de la Unión Europea y especialmente a los tratados en vigor. El mejor funcionamiento del mercado tendrá lugar sólo si las normas sobre derecho de autor propician la prestación de servicios de manera conjunta en toda la Unión Europea, de forma que los ciudadanos tengan garantizado el acceso a contenidos independientemente de dónde estén situados, amparados de igual modo por la legislación sobre competencia.”*²⁴⁹ Siguiendo esta misma línea argumental, compartimos la afirmación de RUBIO VICENTE de que *“La efectiva consecución, y buen funcionamiento, de un auténtico mercado interior sin fronteras en el marco de la Unión Europea reclama la eliminación de cualquier práctica comercial conducente a provocar su compartimentación o fragmentación geográfica en distintos mercados nacionales mediante la creación de barreras artificiales y restricciones territoriales. Situación que resulta incompatible con los*

²⁴⁹ DE LA VEGA MERINO, D., “El derecho europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea. Hacia un mercado digital sin barreras geográficas”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección Derecho digital / A fondo, Enero 2017, editorial La Ley; pág. 9

principios básicos y libertades que rigen el Derecho de la Unión Europea —entre otros, no discriminación, libre circulación de bienes y servicios, libre competencia”²⁵⁰.

²⁵⁰ RUBIO VICENTE, P.J., “El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo”, op.cit.; pág. 2.

CAPÍTULO III. CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

3.1. Introducción.

La aparición y reconocimiento de un derecho de los autores sobre sus obras, tal y como hoy existe, es un hecho relativamente próximo en la Historia del Derecho, como ya se ha puesto de relieve *ut supra*, y ello se manifiesta en que aún no tenemos una concepción pacífica plenamente aceptada por la doctrina. En efecto, cuestiones tales como su naturaleza jurídica, contenido, duración, etc. han sido y son aún polémicas. Ello puede deberse a múltiples factores dado que su reconocimiento y condiciones de ejercicio son cuestiones de política jurídica más que de técnica. Y es que en la propiedad intelectual existen dos elementos esenciales muy diferentes: el elemento personal, relativo a la creación de la obra, y el elemento social de difusión de la misma. Prueba de todo ello son las distintas denominaciones que recibe: derecho moral de autor, derecho patrimonial de autor, propiedad intelectual, propiedad artística y literaria, etc. Más aún, aparte de las diferencias de naturaleza jurídica y contenido atribuido, se ha llegado incluso a poner en cuestión su fundamento y la justificación de su existencia.

Además, en los dos países objeto de referencia la cuestión, pese a suscitar el interés de distintos autores, no ocupa el lugar que merece, tanto en la bibliografía como en los planes de estudio. Por ello dice BAYLOS que *“Al plantearnos el estudio de la propiedad intelectual e industrial nos adentraremos en una materia que, por diversas razones queda al margen de las grandes rutas trazadas por las disciplinas jurídicas tradicionales”*, y continúa añadiendo *“ello explica que el estudioso de esta materia haya sido considerado frecuentemente como un especialista que abandona las regiones trabajadas científicamente en que se contemplan problemas estrictamente jurídicos y se aplican soluciones descartadas por una larga tradición legislativa y doctrinal, para internarse en inexploradas parcelas en que se tiene la idea de que priman sobre las de nuestra ciencia, conceptos y criterios tomados de la economía”*²⁵¹.

Asimismo, como se verá más adelante, este estado de cosas es agravado por el problema de la enorme dificultad de su clasificación, ya que los derechos intelectuales son *"sui generis"*, en el sentido de que son diferentes a los otros tipos de derechos subjetivos ya consagrados y clasificados según los criterios tradicionales que para ello posee la ciencia

²⁵¹ BAYLOS CORROZA, H.; *Tratado de Derecho Industrial*, editorial Civitas, Madrid, 1993.

del Derecho. Ello ha repercutido gravemente en cuestiones tales como su concepto y su naturaleza jurídica, ya que se han construido distintas teorías que, como veremos, van desde considerar la existencia de un solo derecho subjetivo, ciertamente con características y estructura especial -mixto-, hasta la que diversifica esta figura, desdoblándola en dos tipos de derechos, uno de carácter personal y otro de carácter patrimonial, atendiendo con ello al vínculo espiritual que une al autor con su obra, y por otro lado al que le une a los intereses económicos que de la difusión y explotación de la misma puedan derivarse; asegurándole así al autor el monopolio de explotación de la misma, de un lado, y la paternidad y su "dominio" espiritual, de otro.

Esta inclasificabilidad hace que tampoco se le pueda subsumir en el ámbito de los derechos sobre cosas o de los derechos sobre prestaciones, dado ese especial carácter que posee el derecho de exclusión que los derechos intelectuales atribuyen.

3.2. Cuestiones Terminológicas.

La primera cuestión que hemos de abordar, si bien brevemente, es la relativa a la terminología empleada para designar a la institución que nos ocupa.

Hasta ahora, el término más utilizado para ello es el de "Propiedad Intelectual", tal y como aparecía ya consagrado en la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1.888, en cuya base 10ª se dice claramente que "*se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen...*" encontrándose incluidas dentro de ese "saco", denominado "Propiedades especiales", instituciones relativas a algo tan real, físico y alejado de la naturaleza humana como las minas, con una figura relativa a algo tan inmaterial y humano como la creación artística, literaria y científica.

Los dos términos - propiedad e intelectual -, han sido criticados por la doctrina; de un lado se ha dicho que el término intelectual es genérico y tan cómodo como impropio, por lo que se le reputa de inadecuado e inconveniente. Realmente en opinión de MANRESA Y NAVARRO, no es completamente exacto ni comprensivo de lo que con él se quiere decir, si bien es más preciso y omnicomprendivo que el de "propiedad literaria y artística", si bien con él nos referimos al derecho y forma de disfrute económico que poseen los autores o sus derechohabientes sobre aquellos objetos "*en cuya producción se manifiesta con*

*predominio eminente la actualidad espiritual del hombre*²⁵². Ciertamente, el término “intelectual” hace referencia a la “fuente” de procedencia de la obra: la inteligencia y el espíritu creador del autor, por lo que es más genérico que el de literaria, artística, etc., que circunscriben ya a cuál de las bellas artes o campo científico pertenece la obra sobre la que recae el derecho concreto.

Ello no obstante, esta cuestión queda salvada con la denominación “derecho de autor”, en cuanto relativo al sujeto del mismo, sin circunscribirse al campo de actividad en el que dicho sujeto realiza su actividad.

De otro lado, en cuanto al término “propiedad”, un sector de la doctrina se manifiesta contrario a su utilización en cuanto prejuzga su naturaleza jurídica, concepción que es rechazada por todos aquellos partidarios de concebirlo como un derecho subjetivo, ya sea de carácter personal, o bien mixto, porque consideran que no se adecúa a las notas características del derecho de propiedad, ya que si bien reconocen la nota de exclusividad, objetan, como veremos más adelante, que la de transmisibilidad sólo le es aplicable en el aspecto patrimonial y que no reúne la de perpetuidad, aunque es cierto que esta última nota no es unánimemente admitida como esencial por la doctrina.

A este respecto, dice ALBALADEJO que “*Presupuesto que la propiedad, en sentido estricto, es un señorío sobre cosas corporales, aparece como inexacto calificar de propiedad a la intelectual. Por eso se han mantenido otras teorías sobre cuál sea la verdadera naturaleza de este derecho. Ahora bien, una vez aclarado que lo que con aquella expresión se quiere significar es que el autor tiene sobre su obra (bien inmaterial) un poder directo y exclusivo, equivalente al del dueño sobre una cosa, no hay inconveniente en mantener semejante terminología que, por otra parte, es la que utiliza nuestra ley*”²⁵³.

Esta postura, realmente pragmática, está de acuerdo con la terminología utilizada por la legislación vigente y con la empleada en el Proyecto de Ley. Ello no obstante, y pese a que consideramos que en Derecho existen bastantes términos que no se adecúan en su significado gramatical, con el del concepto o institución a la que hacen referencia y aunque no somos partidarios de una “revolución terminológica”, consideramos más adecuado el término “derecho de autor”, en cuanto no prejuzga su naturaleza jurídica, cuestión ésta que

²⁵² MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1934.

²⁵³ ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil III*, Editorial Bosch, 1987.

deja a la doctrina, y hace referencia al factor esencial de la relación - el autor-titular del derecho-, siendo además omnicomprendido de los distintos aspectos o facultades que la relación jurídica encierra y es el más utilizado por la doctrina y legislación extranjera reciente.

3.3. Fundamento.

Ya hemos dicho anteriormente que en el derecho de autor subyacen dos elementos o intereses fundamentales: de un lado, el elemento personal de creación - relativo al autor como sujeto-titular del derecho -, y de otro, el relativo a la difusión de la obra, de marcado matiz social. El poder de exclusión que atribuye este derecho, supone una situación excepcional que se debe no sólo a valores individuales, sino también al servicio de valores e intereses sociales, tales como la difusión de los conocimientos, el desarrollo cultural y artístico, etc.. Es el interés público el que explica por qué se protegen las creaciones intelectuales, en contraste con la apropiabilidad de las cosas y energías que sean delimitables.

Existe, de otro lado, un interés personal por parte del autor que no se limita al mero interés económico. Dice a este respecto FORNS²⁵⁴, que toda producción artística, literaria o científica establece un diálogo entre el autor y el receptor de su obra, por lo que es criterio estrecho juzgar que la difusión de la cultura sólo responde al interés general, ya que al autor mismo interesa el general conocimiento de sus ideas o planteamientos; por ello no basta con cuidarse del autor o del interés público, sino que han de armonizarse en el sistema de los intereses de ambos.

El problema sobre la legitimidad o fundamento del derecho no se plantea en aquellos aspectos relativos a la paternidad y demás facultades de ámbito personal, por ello dice el autor antes citado, que el origen natural del derecho de autor resulta tan evidente que cuando las evoluciones técnicas y económicas hicieron pasar en las legislaciones del estado virtual al actual, nadie se mostró sorprendido ni trató de discutir su legitimidad y fundamento. Incluso apunta que las mismas divergencias sobre su naturaleza, límites y exacto contenido, demuestran su general reconocimiento y la unanimidad en concederle una protección adecuada.

²⁵⁴ FORNS, J., "Temas de Propiedad Intelectual. Fuerza obligatoria del Registro", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVIII, julio-agosto 1944.

Sin embargo, toda vez que la obra es publicada y por tanto es ya susceptible de un rendimiento económico, aparece la cuestión debatida: ¿es legítimo que el autor se reserve la exclusividad de reproducir la obra de su ingenio? Y ello porque es cierto que, como señala BAYLOS, esa exclusiva es manifestación de la protección que las sociedades modernas dispensan a las ideas y concepciones en el arte, pero ha de tenerse en cuenta que no se protege a la idea o concepción, sino a los intereses patrimoniales y espirituales del autor con respecto a la creación²⁵⁵.

A esta cuestión arriba planteada, se ha respondido a través de tres teorías diferentes:

a) Una primera teoría, viene a fundamentar el derecho de autor en una consideración económica: la necesidad que tiene el autor de obtener un lucro de su trabajo, y de otro lado, una consideración jurídica: la de ser las producciones de inteligencia, una emanación de la personalidad de su autor. Dado que es producto de su trabajo y su inteligencia, se considera justo que el fruto de esa labor le pertenezca.

Esta teoría queda perfectamente reflejada en las palabras de SANCHEZ ROMAN, cuando afirma que *“Si el fondo del derecho de propiedad, representa una estrecha relación entre el sujeto y el objeto de la misma, garantizada por medios jurídicos, el sello de la personalidad del propietario, impuesto a la cosa apropiada; nada más íntimo, personal y propio que la obra del pensamiento, bien descubriendo verdades científicas hasta entonces desconocidas, bien dotando ya las conocidas de nuevas formas de relación, exposición y enseñanza”*²⁵⁶.

b) Una segunda teoría, opuesta a la anterior, mantiene que el pensamiento, por su naturaleza inmaterial, no es susceptible de apropiación y que el producto del mismo, más que el resultado de la personalidad del autor, es debido al fondo o acervo cultural de la comunidad que le rodea. Por tanto, es a ésta, a quien ha de pertenecer la obra y sus rendimientos, dado que el autor sería un mero "intérprete-conductor" de la concepción que la sociedad tiene de la obra. Como dicen GULLON y DIEZ PICAZO, al recoger las líneas de esta teoría, las obras de arte *"están siempre condicionadas en función del clima intelectual, moral, religioso y político que domina en esa sociedad, de la formación intelectual que la sociedad ha facilitado al autor, de los sistemas de ideas y convicciones imperantes en ella. Finalmente, se añadirá, las ideas que parecen nuevas son debidas,*

²⁵⁵ BAYLOS CORROZA, H.; *Tratado de Derecho Industrial*, op. cit.

²⁵⁶ SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de derecho civil*, Vol. II, Ed. Analecta, Pamplona, 2008.

*más que al esfuerzo individual de su autor, al fondo común de cultura de cada sociedad*²⁵⁷.

c) La tercera teoría, denominada ecléctica, toma elementos de las anteriores a la hora de fijar los criterios para solucionar la cuestión antes planteada. A través de ella se pretende dar satisfacción a ambas partes: de un lado, se reconoce que de alguna forma la sociedad le ha facilitado “caldo de cultivo” necesario para que su obra pudiera ver la luz. Por ello se debe dar también a la sociedad una participación en los rendimientos de la misma con lo cual se quiere armonizar el interés del autor con el interés público de difusión de la cultura. Precisamente, con este objetivo se limita el tiempo de disfrute de la facultad exclusiva en cuanto al rendimiento de la obra, a un tiempo determinado que suele ser el de la vida del autor y un determinado número de años más.

Este sistema ha sido criticado por mucho autores, ya que lo consideran como el más ilógico de los tres, aunque lo cierto es que hoy en día el derecho de autor es reconocido y amparado en todos los países a través de sus ordenamientos jurídicos en los cuales se plasma precisamente esta teoría ecléctica, variando la duración del período de disfrute de la facultad de exclusiva, que se fija, según los casos en un mayor o menor número de años.

En definitiva, lo que queda claro es que el derecho de autor está plenamente reconocido, con lo que se cumplen las palabras de MANRESA Y NAVARRO, que sostiene que *“Sin duda, pues, atendiendo al origen de las obras intelectuales, al modo como éstas pueden transformarse, por medio del cambio, en provecho y utilidad económica para quien las produce, la propiedad intelectual, con las consecuencias necesarias del goce del derecho exclusivo de reproducción, tiene un fundamento capital e incontrovertible. Negar la propiedad intelectual, así comprendida, es privar al autor de obras del espíritu de las condiciones bajo las que económicamente puede vivir con el esfuerzo libre de su actividad racional”*²⁵⁸.

Por tanto hoy no existe duda alguna sobre el fundamento y legitimidad del derecho de autor; puede haber discrepancia sobre la duración del disfrute de la facultad de exclusiva y de ello son prueba los distintos textos legales de los diferentes países, si bien en esta

²⁵⁷ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Tomo 1, “Derechos reales en general”, 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

²⁵⁸ MANRESA Y NAVARRO, M., *Comentarios a (...)*, op. cit.

materia se produce un acercamiento a través de los Tratados internacionales, existiendo homogeneidad en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la regulación de la materia por las sucesivas directivas. Diferente es que exista polémica sobre su naturaleza jurídica o sobre los distintos medios de protección. Con este sistema se aleja más de la consideración de propiedad y se acerca al concepto de derecho atribuido al autor en reconocimiento a la paternidad de la obra.

3.4. Concepto.

A la hora de dar un concepto del derecho de autor, nos encontramos de salida con la dificultad de que la terminología utilizada ha ocasionado. Efectivamente, coincidimos con PEREZ SERRANO cuando dice que *“Si se pregunta por su concepto a personas no familiarizadas con los temas de propiedad intelectual, aunque se trate de jurista experto, difícilmente se obtendrá respuesta satisfactoria: tan inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora es la expresión que ha venido a consagrarse”*²⁵⁹. Este mismo autor pone de relieve que esta cuestión, que en principio puede parecer meramente semántica, estuvo a punto de hacer fracasar el Convenio de Berna de 1.886, ya que los franceses querían que se hablase de *“propiété littéraire et artistique”* y los alemanes defendían la expresión *“derecho de autor”* (Urheberrecht). Tal dificultad se salvó gracias a una fórmula de compromiso en virtud de la cual la Unión quedó constituida *“para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”*.

Esta idea de la fórmula de compromiso ha pasado a la doctrina pues a la hora de definir su concepto, la mayoría de los autores han evitado dar una definición que pueda suponer una toma de postura sobre el espinoso tema de su naturaleza jurídica. En este sentido, podemos observar cómo distintos autores vienen a dar una definición que, adecuándose a la postura arriba enunciada, resulta muy similar; así ESPIN dice que *“Se concibe en nuestra doctrina con el nombre de propiedad intelectual el derecho del autor sobre las creaciones de su inteligencia para su publicación y explotación económica, o para mantenerlas inéditas”*²⁶⁰.

²⁵⁹ PEREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949.

²⁶⁰ ESPIN CANOVAS, D., *Incidencia de la Propiedad Intelectual en la sociedad de gananciales. Estudios homenaje al Profesor Lacruz*, vol. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1993; pág. 1273 y ss.

En tal sentido, GULLON y DIEZ PICAZO dan un concepto muy concreto, “*Conjunto de derechos que la Ley confiere al autor sobre la obra producto de su inteligencia*”²⁶¹. CASTAN, por su lado, coincide en su definición, si bien insiste en ciertas posibilidades que él mismo atribuye al autor, como “*Conjunto de derechos que la Ley reconoce al autor sobre la obra producto de su inteligencia y fundamentalmente la facultad de negar o autorizar la reproducción de aquélla*”²⁶². Casi idéntica es la definición dada por PUIG BRUTAU, como “*Conjunto de derechos que la Ley reconoce al autor sobre las obras que ha producido con su inteligencia*”²⁶³.

Es preciso destacar que, salvo unas mínimas variaciones semánticas, todas hablan de un conjunto de derechos, utilizando indistintamente como equivalentes, los términos derecho de autor y propiedad intelectual. Esta postura llama la atención en GULLON y DIEZ PICAZO pues, como veremos a la hora de hablar de la naturaleza jurídica se alinean en la postura monista, defendiendo que el derecho de autor es un derecho subjetivo de carácter "mixto" que comprende facultades de orden personal-espiritual, y económico-patrimoniales, lo cual no casa bien con la expresión "conjunto de derechos"²⁶⁴.

Por otro lado, ALBALADEJO, que en cuanto a su naturaleza jurídica se alinea en la postura dualista y distingue el derecho moral del derecho patrimonial, define la Propiedad intelectual, denominación que admite por mero pragmatismo, como “*poder o conjunto de facultades que la Ley concede al autor de una obra científica, artística o literaria, sobre la misma, de forma que ésta queda sometida al señorío directo y exclusivo de aquél que puede disponer de ella de cualquier modo*”²⁶⁵.

Por último, citaremos el concepto de RODRIGUEZ ARIAS que lo considera como “*un derecho real intelectual*”, siendo pues una nueva categoría entre los derechos reales, de los que se distingue por su objeto - el bien intelectual -; por ello lo define como: “*conjunto de derechos reconocidos al autor de una obra (literaria), derechos que se conexionan los unos, a una facultad personal, y los otros, a un derecho pecuniario que es una cuasi-*

²⁶¹ DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., op. cit.

²⁶² CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español y foral*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1994.

²⁶³ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, Vol. III, Editorial Bosch, 1989.

²⁶⁴ DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., op. cit.

²⁶⁵ ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil III*, Editorial Bosch, 1987; pág. 349.

*propiedad*²⁶⁶. He aquí una definición en la que su autor toma partido por una postura clara en lo relativo a la naturaleza jurídica, distinguiendo varios derechos, unos relativos a la faceta personal del autor, y otro a la patrimonial, calificando a este último de "cuasi-propiedad".

O'CALLAGAN y ORTIZ NAVACERRADA dan una definición muy completa que pretende abarcar el contenido esencial del derecho de autor, encuadrándolo como “*El poder que el ordenamiento jurídico atribuye al autor sobre la obra literaria, científica o artística que ha producido, cuyo poder es patrimonial, consistente en el económico de que goza, y al que se refiere el artículo 428 C.c.; y oral, que consiste esencialmente en el poder de reproducir la obra, el de retirarla y el de que le sea reconocida*”²⁶⁷.

Con respecto al Tribunal Supremo español ha mantenido en sus sentencias una postura igualmente cauta que queda claramente reflejada en sentencias como la de 21 de junio de 1.965 y 14 de octubre de 1.983 en la que se dice que “*El derecho de autor manifestado en el doble aspecto que la jurisprudencia y la doctrina señalan, es decir, el patrimonial, o de contenido propiamente económico, y el moral, faceta ésta que en esencia se traduce en el derecho personalísimo que el titular tiene a la paternidad de su obra, a que la misma no se deforme ni mutile, y a reproducirla*”.

Para finalizar, diremos que tanto la concepción dualista como la monista son unánimes en considerar que, ya sea en un solo derecho subjetivo unitario de carácter mixto, o bien en un derecho moral y un derecho patrimonial, nos encontramos con que se componen de las distintas facultades o poderes que el autor tiene sobre el bien producto de su inteligencia: la obra; independientemente del campo artístico en que el autor desarrolle su actividad creadora. Esta gama de posibilidades va desde la decisión de publicarla o no, hasta la de obtener los resultados económicos o parte de ellos, producidos por su explotación comercial. Todo ello nos permite insistir en la mejor adecuación del término "derecho de autor", en cuanto es omnicompreensivo de todas las facultades que lo componen, además de ser el término más utilizado en la actualidad.

²⁶⁶ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMENTE y GIMÉNEZ BAYO, *La propiedad intelectual. Compilación y comentarios de las disposiciones legales vigentes en España con su jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

²⁶⁷ ORTIZ NAVACERRADA, S. y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Sentencia del T.S. de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (Escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil”, *Actualidad Civil*, n. 9, 1986, pp. 593-614.

3.5. Naturaleza Jurídica.

Abordamos ahora el problema sobre el cual giran todos los demás elementos del derecho de autor; nos referimos, claro está, al tema de su naturaleza jurídica.

Se han escrito verdaderos "ríos de tinta" acerca de la cuestión que nos ocupa. Los distintos autores han contestado con diferentes respuestas a la cuestión: es un derecho de propiedad, es un derecho personal, es un usufructo, un derecho subjetivo mixto, o son dos derechos conexos, aunque distintos, uno patrimonial y otro moral. Existen varias teorías que pretenden responder a la cuestión lo que demuestra que se trata de un tema polémico y que aún hoy "*colea*"²⁶⁸.

No se pretende aquí, hacer un prolijo examen de todas y cada una de las teorías antes aludidas, y ello por varias razones; primera, porque alguna de estas construcciones teóricas son por sí mismas insostenibles; segunda, por que tratamos de dar una visión de conjunto del tema; y tercera, porque no queremos caer en un exceso de tecnicismo que nos aleje de las cuestiones esenciales objeto de esta tesis.

Estamos, pues, ante un problema de difícil solución, ya que, como dice GRECO²⁶⁹, en el campo de la identificación y calificación de los derechos subjetivos, ninguna materia ha estado más fecunda de dificultad constructiva y de explicaciones dogmáticas que la del derecho de los autores. Lo que sí podemos concluir de todo lo que la doctrina ha debatido, es que el problema de la naturaleza jurídica del derecho de autor ha dado lugar a multitud de disertaciones doctrinales en razón de que por su contextura, parece no poder enmarcarse en una u otra de las categorías que componen la clasificación tradicional de los derechos. BAYLOS reacciona contra esta tendencia de la doctrina dirigida a encuadrar el derecho de

²⁶⁸ En el caso de España, parece ser aceptado por la doctrina mayoritaria que la Ley de Propiedad Intelectual actual se adecúa a la teoría dualista; sin embargo en el caso de Italia, aún resulta una cuestión muy debatida y objeto de desacuerdo. Así, existen autores como RICOLFI, que entiende que la postura adaptada por el ordenamiento jurídico italiano es más indeterminada que en otros países del entorno, pero decantándose por la corriente dualista (RICOLFI, *Il diritto industriale*, Ed. Cedam, Milán, 2001), corriente en la que coincide AUTERI (AUTERI, *Diritto Industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit.), mientras que otras voces doctrinales entienden que es la teoría monista la abrazada por la legislación de propiedad intelectual italiana, como es el caso de DE SANCTIS (DE SANCTIS, V.M., *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere figurative, le opere audiovisive e le opere utilitarie*, Giuffrè Editore, Milán, 2004) y FABIANI (FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artista interpreti o esecutori*, Giuffrè Editore, Milán, 2004), entre otros.

²⁶⁹ GRECO, P. y VERCELLONE, P., *Le invenzioni e i modelli industriali*, en *Tratatto di diritto civile italiano*, Editoriale Utet, Turín, 1968.

autor o, mejor aún, los poderes reconocidos al autor en relación a la obra del ingenio, dentro de alguna de las categorías tradicionales heredadas del Derecho Romano; por ello afirma que “*No ha querido pensarse cuánto hay de nuevo en los valores que implican, frente a los cuales acaso no sirven los conceptos ideados por sociedades que no conocieron la imprenta*”²⁷⁰.

En los últimos tiempos, efectivamente muchos autores han reaccionado contra la magnificación que se le ha dado al tema; así el, mismo BAYLOS, ya citado, afirma que, “*Referido el problema (de la naturaleza jurídica) a nuestra materia, la doctrina está descubriendo hace tiempo cuánta falsedad, cuánto obstruccionismo inútil, late dentro de ese esforzado empeño de determinar la naturaleza jurídica de estas instrucciones*”²⁷¹.

Ciertamente, tal vez el árbol no ha dejado ver el bosque, por lo que el problema suscitado por el hecho de que el contenido del derecho de autor es muy complejo y reúne facultades de muy distinto orden, que no se prestan fácilmente a un encuadramiento realizado por medio de las tradicionales construcciones que el Derecho Romano hizo de los derechos. Piénsese, además, que se trata de una relación jurídica (autor-obra), que como se ha visto, hoy es mucho más rica y compleja de lo que era en tiempos de aquél sistema jurídico. Se puede decir, “*ex abundantia*”, que el vertiginoso aumento de las posibilidades que los medios de impresión o reproducción y de difusión, así como los de defraudación, han motivado que la problemática del derecho de autor se haya complicado, tal vez excesivamente, adquiriendo nuevos matices y tensiones, desconocidas hasta no hace tanto.

Las distintas construcciones que ahora expondremos, si bien brevemente, han pretendido solucionar la difícil cuestión que plantea la naturaleza jurídica de un derecho en el que se reúnen aspectos espirituales, o morales si se prefiere, junto con otros de índole patrimonial o económico, atendiendo ambos a intereses distintos; de un lado, el interés del autor en que la paternidad y poder de disposición sobre su obra, como creación, le sean respetados; y del otro lado, el interés de índole económica de hacer suyos los beneficios que la obra -una vez publicada y difundida-, le han de reportar como objeto del tráfico económico. Atender a esas necesidades que el derecho de autor plantea, debe ser la cuestión última de toda teoría y, por ello, la aceptación de una u otra solución, dependerá de su aptitud para determinar, en cada caso, lo que es justo y lo que es injusto, es decir, su capacidad para

²⁷⁰ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de (...)*, op. cit.

²⁷¹ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de (...)*, op. cit.

adecuarse y resolver, de acuerdo con los criterios de justicia, los problemas que hoy plantea el derecho que nos ocupa.

Pasemos a hacer una sucinta exposición de las distintas teorías que sobre la naturaleza jurídica de la institución, han sido elaboradas por la doctrina.

I. Teorías Patrimoniales.

La visión general, en esta línea, la encontramos en autores como Thiers, quien en su frase “*la primera de mis propiedades, soy yo*”, quiere significar la idea de que las facultades del hombre son de su exclusiva propiedad, inherente e inseparable, puesto que forman parte de sí mismo²⁷².

Esta propiedad sobre el propio ser, es abstracto, va a encontrar su concreción en la que se constituye sobre los bienes resultantes del ejercicio de estas facultades, cuyos beneficios corresponderían íntegramente al autor: así, se regirían por el régimen aplicable al dominio más absoluto. Esta desmedida extensión del concepto de propiedad, lleva a una exagerada aplicación de sus efectos, que provoca su asimilación al derecho de autor, sin inconveniente. Será necesario, por tanto, realizar un estudio comparativo más minucioso, respecto al contenido, caracteres y objeto, para determinar si es correcta ó no esta equiparación.

Es posible afirmar, en cuanto su contenido, que el derecho de autor está muy cerca de la propiedad general sobre cosas, ya que engloba sus tres facultades básicas: facultad de libre disposición (ceder, enajenar, modificar,...), facultad de libre aprovechamiento (uso, disfrute,...) y facultad de exclusión, siéndole aplicables además sus caracteres esenciales: generalidad, abstracción, elasticidad, exclusividad y perpetuidad. No obstante, respecto a estos dos últimos caracteres, se ha podido percibir una quiebra en la presente concepción. Por otro lado, en relación al carácter de exclusividad, existen autores que consideran imposible apreciar en la propiedad intelectual una posesión exclusiva de la obra, dado que también los lectores, (cuestión aplicable a todo receptor de la misma), la poseen con el autor o incluso que ésta pertenece al dominio público.

²⁷² Entre los autores italianos que han enarbolado tal postura cabe citar, GRECO, en *I diritti sui beni immateriali*, Utet, Turín, 1948, así como en “Saggio sulle concezioni del diritto d’autore. Monismo e dualismo”, *Rivista di diritto civile*, I, 1964 y AULETTA MANGINI, *Del marchio del diritto d’autore sulle opere dell’ingegno letterarie e artistiche*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1977.

Tal objeción fue rebatida por un sector doctrinal, señalando que el disfrute que proporciona al público la publicación de la obra, es inconfundible con el que proporciona al autor: mientras éste es intelectual, aquél es simplemente material, y esta situación se crea respecto de todo producto del trabajo humano. Esta defensa de la característica de exclusividad supone un reconocimiento implícito de la existencia de esa otra serie de facultades que engloban el aspecto moral del derecho de autor, las cuales, si bien son ignoradas en la construcción patrimonialista, se descubren presentes en la mente de sus partidarios.

La segunda quiebra que se manifiesta, es el hecho de que, frente al carácter perpetuo de la propiedad de las cosas, la intelectual ofrece la especialidad de ser una propiedad "ad tempus", limitada al tiempo.

La propiedad intelectual dura la vida del autor, por lo que se trata de un derecho vitalicio, como puede ser el usufructo, y se transmite a los herederos, por un número de años a contar desde su muerte. Al respecto, opina STOLFI²⁷³ que cabe admitir la general perpetuidad del derecho de propiedad, pero entendiendo que dicho requisito concierne a la naturaleza y no a la existencia del derecho. De este modo, no habría inconveniente en considerar un derecho de propiedad temporal, como el de la intelectual, que encuentra en la ley sus limitaciones, en orden al tiempo. Esta limitación, por otra parte, quedaría justificada por motivos de interés general y orden público, en el deseo de favorecer el progreso de la cultura.

Los inconvenientes o quiebras expuestos han pretendido ser superados por los grupos doctrinales adscritos a la Teoría Patrimonialista. Un primer grupo de autores, ha justificado las insuficiencias con los argumentos desarrollados, argumentos débiles y rebatibles, por otra parte, y con ello ha pretendido eliminarlas.

Un segundo grupo, ha preferido variar su posición, hacia el entendimiento de la propiedad intelectual como una propiedad "*sui generis*", con un contenido completamente fijado por la Ley, y que recae sobre cosa inmaterial, al mismo tiempo que admiten la existencia de los dos distintos haces de facultades. Todo ello la conforma como una Propiedad Especial, lo que ha provocado la necesidad de una reglamentación y organización particular, diferente de la propiedad ordinaria.

Esta posición es la que recoge el Código Civil vigente, al incluirla en el Título IV del Libro II, dedicado a las propiedades especiales, y al remitir a la normativa específica de

²⁷³ STOLFI, *Diritto d'autore*, Società Editrice Libreria, Milán, 1932.

propiedad intelectual. Sin embargo, este sometimiento de forma subsidiaria a la regulación del Código no quiere decir que le sean aplicadas determinadas instituciones que corresponden a la propiedad general, entre otras cosas porque la propiedad intelectual, aparte de suponer un conjunto de aspectos calificados como personales o personalísimos, y otros de patrimoniales o económicos, presenta las dificultades expuestas para aceptar notas como la perpetuidad de la propiedad común y el sentido social que debe marcar los límites de la propiedad.

Un tercer grupo de autores ha pasado a construir el concepto de derecho de autor en torno a los demás derechos reales. Así, los defensores de la teoría del privilegio, asimilaron la propiedad intelectual a un derecho de “servidumbre”. La idea era la siguiente; todos los miembros de la Sociedad, soportan una servidumbre a favor del autor de la obra, por medio de la cual se les impone la renuncia de su derecho de reproducción, por un tiempo: durante éste, el autor goza, pues, de un derecho exclusivo que remunera su servicio.

Sin embargo, la crítica es fácil ya que la significación del derecho de autor, no encaja en la naturaleza y objeto de las servidumbres, además de estar prohibido en nuestro Código el establecimiento de una servidumbre personal, impuesta a una persona en provecho de otra. También se ha intentado asimilar al derecho de “usufructo”, entendiendo a la sociedad como propietario y al propio autor como usufructuario, si bien, con característica especiales, en cuanto que, a pesar de ser temporal, puede transmitirse a los herederos por cierto número de años.

Igualmente, esta teoría ha sido criticada con dos diversos argumentos, el primero, entiende que el suponer “*a priori*”, propietario de toda la obra intelectual a la sociedad, parece un absurdo, en cuanto que ésta no interviene más que pasivamente.

Así, STOLFI combate también esta idea, estableciendo diferencias entre ambas instituciones (usufructo y propiedad intelectual)²⁷⁴ en relación a su contenido, en cuanto que no sufre el autor ninguna de las limitaciones impuestas al usufructuario, como garantía del derecho del propietario, ya que el derecho intelectual es originario y absoluto y no recae sobre cosa de otro; y en lo relativo a su protección jurídica, porque el autor y sus cohabitantes tienen derecho a las mismas acciones que el propietario, a las cuales el usufructuario no puede acceder.

²⁷⁴ Al igual que ocurre con autores como ASCARELLI, en *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè Editore, Milan, 1960; DE SANCTIS, en *Il contratto di edizione*, Giuffrè Editore, Milán, 1965; STOLFI, en *Diritto d'autore*, op. cit.; y PIOLA CASELLI, en *Tratatto del diritto d'autore e del contrato di edizione*, Utet, Turín, 1927.

Hay quien lo considera como “derecho de uso”, pero tampoco es admisible esta concepción por diversas razones: ni la sociedad se reserva el dominio, ni el autor deja de percibir los frutos industriales de su obra, ni hay razón para que el autor sólo pueda percibir los frutos necesarios para el mantenimiento de sus familiares.

En general, la teoría Patrimonialista, dejando a parte sus defectos de técnica jurídica, resulta insuficiente para abarcar todo el contenido del derecho de autor.

El derecho de dominio tiene siempre un contenido puramente económico. En cambio, en el derecho de autor, junto al valor económico existe un valor espiritual, que el autor adquiere por el puro hecho de la creación y del que no puede desposeerse, de tal manera que, aunque transmita sus derechos económicos conserva siempre las facultades que le otorga. La semejanza con la Propiedad (derechos patrimoniales) es sólo externa y parcial.

II. Teorías Personalistas.

Mientras que en las teorías patrimoniales se resalta la posesión por parte del autor de un derecho absoluto, en base al reconocimiento de un poder soberano, en las teorías personalistas²⁷⁵ se manifiesta la voluntad de las personas, poniéndose de acuerdo y actuando con arreglo a las normas de un contrato.

Ya ha quedado expuesto que la intención del legislador de superar el sistema de privilegios reales a través de la concepción del derecho de autor como derecho de propiedad, resultó insuficiente: la protección se centra en evitar la usurpación, descuidando la vertiente personalista del derecho. Esta laguna viene a llenarse a través de la presente construcción, cuya aportación consiste en el elemento esencial e imprescindible de la persona. Si es importante proteger la creación, también lo es proteger los derechos del creador, desde el punto de vista de la paternidad, de modo que la obra del ingenio se configura como un producto de la personalidad.

Dentro de lo que se ha denominado la “esfera jurídica de la persona” se pueden distinguir dos vertientes: una, corporal, constituida por todos aquellos bienes jurídicos protegidos que atañen a la naturaleza física del hombre (el propio cuerpo, la inteligencia, la salud...) y otra, espiritual, constituida por los bienes jurídicos protegidos que son inmateriales (el nombre, la imagen, el honor...).

²⁷⁵ Teoría defendida en Italia, entre otros, por CANDIAN, A., *Il diritto d'autore nel sistema giuridico*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milán, 1953.

La obra del ingenio debe situarse en este segundo plano. Así pues, el derecho de autor es un derecho de personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual. Por tanto, todos los beneficios que de él dimanen aún aquellos de carácter económico, recaen bajo la protección de la personalidad misma.

Consecuencia de ello, es que el autor conserve, después de haber enajenado su obra, un derecho de acción contra toda alteración de ella, pues transmite el ejercicio de su derecho, pero no la sustancia. Por tanto, para esta concepción la falsificación no es un atentado al patrimonio del autor, sino a su persona y a su libertad.

De estas ideas pueden ser extraídas las notas que caracterizan el derecho de autor: es un derecho personalísimo, inherente al autor, intransmisible, inalienable e imperecedero, consecuencia del "vinculum spirituale" que une, perpetua e indisolublemente el autor a la obra, sobre la cual no se puede disponer por ningún tipo de coacción, sino sólo por voluntad espontánea del mismo: el derecho no es susceptible de cesión, embargo o venta; no obstante, puede devenir en tal, desde el momento en que el autor, en un acto de soberanía, renuncia, transformándose por esta cesión voluntaria el derecho de autor y la condición de la obra en un valor pecuniario.

Hasta aquí, el planteamiento que se puede hacer actualmente de la teoría Personalista. Sin embargo, han sido realizadas otras construcciones, ofreciéndose una visión distinta con la misma idea central.

Así Kant la estructura en base a la figura de la gestión de negocios. Entiende que la obra no es para el autor una mercancía, sino una forma de comunicación con la sociedad. El que la difunde no se expresa por sí, sino en nombre del autor: es por tanto, un intermediario, y no responde de nada, limitándose a administrar un negocio de otro.

En esta línea, Kant afirma la existencia de un derecho personal afirmativo, desde el momento que el propietario del negocio (el autor), queda obligado al cumplimiento de las prestaciones que el editor (gestor) mandatario ha contratado en su nombre.

Contra esta asimilación del derecho de autor a un derecho de la personalidad se han realizado numerosas críticas. En principio, se observa una disparidad entre ambas categorías: en los verdaderos derechos de la personalidad, el bien jurídico protegido es siempre un aspecto de la persona, parte integrante de la misma que le es inseparable. La obra del ingenio, en cambio, una vez creada, asume una existencia propia, constituyéndose en una entidad autónoma e independiente. Es por esto que, en cierto sentido, se ha podido hablar de la obra como cosa.

Por otra parte, no debe olvidarse que el derecho de autor posee un evidente contenido económico, que se enfrenta con su consideración como de derecho de personalidad, exclusivamente. Las facultades de tipo económico pueden ser transmitidas, usufructuadas o gravadas. De aquí que no pueda entenderse que un derecho que ha sido esencialmente personal durante la vida del autor, devenga primordialmente pecuniario, después de su muerte.

Esta es quizá la crítica más frecuente formulada en contra de esta Teoría; el hecho de subordinar el carácter patrimonial al elemento intelectual o moral, junto con la contraposición entre el carácter personal del derecho de autor y su transmisibilidad, reconocida por todas las legislaciones.

En conclusión, se puede entender que, procediendo los efectos pecuniarios del derecho del autor, del “corpus mechanicum” de la obra, es posible que en la práctica, este derecho no pueda ejercitarse hasta que haya creación en sentido formal, pero detrás de esta creación, lo que se busca es proteger esta idea doctrinal, es la personalidad misma del autor, su libertad de expresión, su dignidad y su honor, que constituyen, en consecuencia, la esencia de este derecho.

III. Teoría del doble derecho.

Tras el estudio de las dos anteriores construcciones jurídicas, se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de que adolecen ambas, ya que por su visión unilateral, no abarcan la riqueza de contenido que el concepto de derecho de autor encierra. Los fundamentos de las Teorías Patrimonialistas han servido de crítica a las Personalistas y viceversa, lo cual ha provocado la necesidad de una nueva construcción que superarse la dicotomía y que ha dado en llamarse teoría del doble derecho. A ello se debe el haber llegado a concebir que los derechos intelectuales no deben su reconocimiento a la remuneración por el trabajo prestado a la Sociedad, sino en el respeto debido a toda producción del espíritu, lo cual supone un avance, independientemente de las críticas que aún se le puedan plantear.

En esta línea, son destacables principalmente los estudios aportados por PICARD y PIOLA CASELLI. Así, la teoría de PICARD ha sido objeto de un gran desarrollo y numerosos autores han sido perfeccionándolas y completándola, manteniéndose, sin embargo, unánimes a la hora de reconocer la coexistencia de dos elementos: uno personal, intelectual o moral, y otro de orden puramente patrimonial. No se trata, no obstante, de una

simple reunión o acumulación de los mismos, sino de que el derecho de autor constituye una síntesis, cuyo análisis permite identificarlos, sin perjuicio de que en la práctica, se presentan como un compuesto. Esta es la razón que justifica la denominación de derecho doble.

El punto de partida para la teoría es la idea de que la clasificación tripartita romana de los derechos, en reales, personales y de obligaciones, es incompleta y susceptible de ampliación, incorporando un cuarto grupo de derechos: los intelectuales. Señala el autor que todo derecho comprende tres elementos necesarios un sujeto, un objeto y una relación entre ambos. La determinación del sujeto de los derechos es clara, ya que sólo puede serlo el hombre, de modo que el problema surge en el momento de establecer el objeto de los mismos y tratar de encuadrar en alguno de ellos el del derecho de autor.

En este sentido, PICARD considera que el objeto del derecho de autor no coincide con el concepto jurídico de "cosa", objeto del derecho real, ni con el de "prestación", objeto del de obligaciones. Y respecto del objeto del derecho personal, estima que está constituido por una cualidad conferida al sujeto, lo que le dota de un carácter abstracto.

Apreciando pues, que el objeto del derecho de autor, la producción intelectual, no es ni cosa, ni prestación, ni cualidad, individualmente consideradas, proclama la necesidad de establecer el cuarto grupo antes mencionado, aplicándole un régimen jurídico específico²⁷⁶.

Por su parte, PIOLA CASELLI²⁷⁷, establece la diversidad existente entre la propiedad y el derecho de autor, analizando distintos aspectos: los modos de adquirir, el régimen de la posesión, el de la comunidad, el carácter de perpetuidad, etc. Además señala que el derecho de propiedad representa, dentro del catálogo de los patrimoniales, el derecho individual máximo y, por el contrario, el derecho de autor, es, por esencia, un derecho limitado a determinadas facultades. El contenido del derecho de autor, se fija, en su opinión, una vez publicada la obra y está constituido por:

- a) una facultad de naturaleza material y económica, la patrimonial, exclusiva de publicación, reproducción y ejecución;
- b) la facultad, de naturaleza personal, referente a la paternidad intelectual de la obra;

²⁷⁶ PICARD, E., *El derecho puro*, traducción, prólogo y notas de Alfredo Serrano Jover, Editorial Lib. Gutenberg, Madrid, 1911.

²⁷⁷ PIOLA CASELLI, *Tratatto del diritto d'autore e del contratto di edizione*, op. cit.

c) el derecho de autor no se extingue más que por el transcurso del término de duración; las otras formas de extinción de la propiedad, en especial la prescripción extintiva, no le son aplicables.

Concluye PIOLA CASELLI por afirmar que el derecho de autor no es un derecho de naturaleza puramente personal, ni puramente patrimonial; lo considera como un señorío que tiene su objeto en un bien intelectual y que, en razón a la doble naturaleza (personal-patrimonial) de tal bien, abarca en su contenido facultades de orden personal y patrimonial. Esta teoría, aún pareciendo en principio mucho más conforme con la realidad que a las dos anteriores, las cuales eran, como ya vimos, unilaterales, tampoco queda libre de objeciones. No se pueden hacer síntesis reconociendo la existencia de dos derechos distintos, aunque no sean opuestos, ya que lo sintético debe tender a la superación.

La teoría se ha quedado en el reconocimiento de un derecho complejo, sin encontrar la fórmula adecuadamente a su profundidad y su quiebra a dado lugar a una nueva y última elaboración, que pasamos a exponer.

IV. Teoría de la Dualidad de los Derechos.

Esta última elaboración doctrinal, realizada principalmente por DE CUPIS²⁷⁸, puede considerarse novedad desde el principio de su planteamiento. En este sentido, a diferencia de todos los anteriores, este autor considera la existencia de dos derechos, independientes y separados, tanto por su contenido como por su objeto. Ambos conformarían pues, la institución jurídica que el derecho español denomina Propiedad Intelectual, y, análogamente, Proprietà Intellettuale en el caso del Derecho italiano, que abarca todo el contenido del derecho de autor.

Así se encuentra, por una parte, el llamado derecho moral de autor, el cual recoge el conjunto de poderes no concernientes a la utilización económica de la obra, dirigidos específicamente a tutelar la personalidad del autor, cuyo ámbito de potestad se proyecta sobre esa utilización económica de la creación del ingenio.

Paralelamente, pueden ser concretados los objetos de ambos derechos, quedando éstos perfectamente delimitados. El derecho patrimonial recae sobre un bien que se ve caracterizado por dos notas: la exterioridad respecto a la persona del autor, y la capacidad

²⁷⁸ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1982.

de tener una propia y distinta utilidad económica. Este bien está constituido por el soporte material que sirve al autor para comunicar su pensamiento o "corpus mechanicum" de la obra.

El derecho moral en cambio, tiene por objeto, la paternidad intelectual del autor, respecto de la obra creada. Se trata de un bien personal, consistente en un modo de ser o cualidad moral de la persona del autor, y constituye un atributo constante e inseparable de la persona. El carácter esencial de este objeto va a condicionar toda la estructura del derecho moral: es un bien interior y tanto más precioso cuanto más valiosa es la obra creada. Esto configura el derecho dentro del ámbito de los privados, como corresponde al instrumento de protección de un interés de esta naturaleza, dotándole de un carácter de esencialidad, inherente a la persona e inseparable de su esfera jurídica. Esto le distingue del derecho patrimonial, que no es un derecho innato, sino que se adquiere por el acto de la creación de la obra (y no por el de su publicación).

La idea es que con la creación de su primera obra, el sujeto asume la cualidad de autor, aquel atributo de su personalidad que consiste en la paternidad intelectual. Tal cualidad y atributo se extiende posteriormente al resto de las obras que pueda crear, pero sin cambiar por ello su naturaleza o identidad.

La clara diferenciación que esta teoría establece entre el derecho moral y el derecho patrimonial, es susceptible de ser realizada también atendiendo al distinto contenido de cada uno de ellos.

De esta forma, las facultades englobadas en el derecho moral de autor son:

- el poder de defensa de la paternidad intelectual frente a su desconocimiento,
- el poder de ocultar y revelar la paternidad intelectual,
- el poder de modificación de la obra,
- el poder de retirar la obra del comercio, si bien, salvando la indemnización a aquellos que han adquirido el derecho de reproducción, difusión, etc.

- el poder de oponerse a la alteración de la obra;

todas ellas dirigidas a la defensa de la propia personalidad del autor, restando la facultad de publicar o no la obra, junto con las demás derivadas de su utilización económica como contenido del derecho patrimonial.

Así se explican, por otra parte, las cuestiones de la intransmisibilidad del derecho moral, como perteneciente a la esencia de la persona, frente a la transmisibilidad del patrimonial, y la de la perpetuidad del primero, frente a la temporalidad del segundo.

Puede considerarse, pues, como la construcción más acertada y completa del derecho de autor, que permite definirlo, de la forma ya hecha en algún momento, como conjunto de facultades inherentes al autor, que comprende tanto las referidas al aspecto inmaterial de su obra, como al "corpus mechanicum" de la misma y que se extiende desde la posibilidad de negar su edición, hasta la percepción de las rentas que su publicación produzca.

La Jurisprudencia sobre el tema, tradicionalmente, no ha sido muy clara a la hora de fijar su postura ante el problema que tratamos, teniendo en cuenta que la mayoría de las sentencias se han dirigido, sobre todo, a resolver controversias sobre plagios y desconocimiento del derecho de autor, podemos destacar algunas que resultan útiles para clasificar la cuestión.

En este sentido, la Sentencia de 6 de Octubre de 1.915, estaba fundamentalmente influenciada por la corriente dominante de la época - que se consagra en nuestro C.c. -, según la cual estamos ante un derecho de propiedad, por lo que las obras científicas, literarias o artísticas, constituyen una propiedad tan legítima y respetable como las demás propiedades que el Derecho reconoce. Por otro lado, la Sentencia de 14 de Abril de 1.961, puntualizaba que la propiedad intelectual confiere al autor "unos derechos análogos al derecho de propiedad en su sentido general". Por su parte la Sentencia de 21 de Junio de 1.965, que abordaba un problema que aún hoy está vigente, considera que el contenido de este derecho "*se ha perfilado en la categoría de las facultades*", y por ello distingue dos aspectos o elementos: el patrimonial y el moral que integran el derecho de autor. Mientras que es la Sentencia de 23 de Mayo de 1.975, la que estableció unas matizaciones muy útiles para aclarar la cuestión, pues se entiende en ella que si bien el derecho de autor presenta similitudes con el derecho de propiedad - por lo que en la Ley especial se habla de propiedad intelectual -, "*su identificación absoluta resulta muy dudosa hoy en día*", destacándose, en cambio, los aspectos personales y espirituales de la creación artística, entendiéndolo como uno de los derechos del hombre y sustituyendo la denominación de propiedad intelectual por la de derecho de autor, expresión más acorde con el pensamiento jurídico actual. Por último, la Sentencia de 14 de Octubre de 1.983, establecía que el derecho de autor, manifestado en el doble aspecto que la jurisprudencia y la doctrina señalan, es decir, el patrimonial, o de contenido propiamente económico, y el moral, faceta ésta que es esencial, se traduce en el derecho personalísimo que el titular tiene a la paternidad de su obra.

En definitiva, resulta visible la posición encontrada de dos posturas en dos frentes diferentes: de un lado, los que entienden el derecho de autor como un derecho personal, frente a los que lo conciben como un derecho patrimonial. De otro lado, tenemos la teoría dualista, según la cual se trata de dos derechos diferentes: un derecho moral de autor y un derecho patrimonial con contenidos y características diferentes. De otro, está la teoría "mixta" que entiende se trata de un solo derecho con aspectos diferentes, pero que se unen y coordinan en el seno de este derecho subjetivo. Así mismo, subsiste la polémica sobre si se trata de un verdadero derecho de propiedad, de una figura análoga, o bien si no tienen nada que ver derecho de propiedad y derecho de autor.

A nuestro juicio, lo primero que queda patente de forma indiscutible es el hecho de que el derecho de autor posee un contenido y unas características esenciales en las cuales el factor humano juega un papel tan fundamental, que hace difícil enmarcarlo dentro de alguna de las categorías de los derechos que hoy poseemos. Está claro que no es pura y simplemente un derecho de propiedad y tampoco un derecho personal puro, sino que en su seno se aúnan contenidos y notas característicos de ambos. Por ello, cabe decir, que tal vez BAYLOS está en lo cierto al afirmar que se trata de un problema suscitado porque se ha tratado de resolver a través de esquemas conceptuales clasificatorios hoy superados²⁷⁹.

Ciertamente con el derecho de autor se trata de proteger el talento creador del individuo, manifestación de una personalidad proyectada a través de la obra; para ello se le reconoce un derecho que contiene un haz de facultades de diversa índole ejercitables en el campo personal y patrimonial. Calificar, por ello, el derecho de autor como un derecho de propiedad es una postura tal vez simplista, pues la semejanza entre ambos es parcial y externa - como dicen GULLON y DIEZ PICAZO -, dado que no se puede olvidar el fundamento y contenido personal que este derecho posee²⁸⁰. Además, sólo puede hablarse de propiedad en un sentido muy amplio ya que el derecho de autor no recae sobre una cosa corporal, no atribuye un derecho perpetuo sino temporalmente limitado y no puede usarse, disfrutarse o reivindicarse como si se tratara de la propiedad sobre un objeto material. Sí es cierto que confiere al autor un poder directo y exclusivo sobre su obra, semejante al dominio, cabe por ello decir que sobre un "núcleo básico" que presenta identidad, se asientan diversas particularidades que hacen preciso un tratamiento doctrinal y legal separado, porque, efectivamente, el derecho de autor contiene las dos notas esenciales del derecho de propiedad: exclusividad y plenitud, entendida ésta como un poder unitario,

²⁷⁹ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de (...)*, op. cit.

²⁸⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., op. cit.

global y elástico, pero sin aquellas notas ya abandonadas de "absolutividad e ilimitación", pues el derecho de autor posee unos límites de ejercicio y temporalidad que le acercan más a la concepción moderna del derecho de propiedad.

Por ello, dice ALBALADEJO que en el derecho de autor se contiene un poder directo y exclusivo del autor sobre su obra, similar al del dueño sobre su cosa y, tal vez, ésta sea la causa de la expresión "propiedad intelectual" que la Ley utiliza tratando con ello, por mero pragmatismo, de encuadrar en la concepción conceptual del derecho de propiedad, un derecho tan "nuevo" y difícil de aprehender como el derecho de autor, postura ésta que, si bien juzgamos errónea, fue útil para dotar al derecho de toda la fuerza protectora que su calificación como derecho de propiedad le otorga²⁸¹. Partiendo de LE TARNEC, quien dice que el autor tiene sobre su obra el "usus", el "fructus" y el "abusus", elementos que, según la concepción tradicional caracterizan al derecho de propiedad. El "usus" porque él puede hacer con su obra el uso que le plazca, el "fructus" porque puede obtener de ella los beneficios que su explotación produzca, y en cuanto al abuso aparece claro, dado que puede, por ejemplo, destruir la obra que no le parezca digna de él²⁸². Basándose en PLANIOL²⁸³, que admite la posibilidad de una propiedad temporal, desestima la ausencia de la nota de perpetuidad como argumento en contra de caracterizarla como propiedad. Sin embargo admite que en su aspecto moral el derecho de autor posee unas notas bien diferentes, por lo que considera admisible aplicar el concepto de propiedad al derecho de autor en su faceta patrimonial, englobable en un *supraconcepto* de derecho subjetivo que conjunta ambos aspectos con sus notas características y contenido correspondiente.

Por todo lo expuesto, en resumen, podemos decir que el derecho de autor confiere al mismo unas facultades similares a las del dominio, si bien se trata de un derecho distinto al de la mera propiedad. Posee notas y contenidos similares a los del derecho de propiedad, pero también otras distintas al mismo basadas, sobre todo en el factor humano que impregna todo el contenido del derecho de autor, lo cual hace que no podamos encuadrarlo dentro del marco de los derechos de propiedad.

En lo relativo al T.S., si bien en la actualidad nuestro alto Tribunal ha sabido sintonizar con el pensamiento jurídico hoy predominante, encontramos sentencias como la de 4 de

²⁸¹ ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil III*, op. cit.

²⁸² LE TARNEC, A., *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1966.

²⁸³ Vid. "Droit civil", 1.937, t-1, n. 2.330.

Octubre de 1.930 que mantiene que las producciones literarias poseen la misma naturaleza jurídica que los demás tipos de propiedad. Esta postura es matizada en sentencias como la de 24 de Diciembre de 1.940, 25 de Octubre del 41, y 23 de Marzo de 1.945, que le encuadraban dentro de los derechos de bienes inmateriales. Otras sentencias posteriores, como la del 14 de Octubre de 1.983, aunque utilizaba el término conceptual de derecho de autor, seguía entendiendo que en él subyace una "propiedad de carácter intelectual", de donde cabe extraer ciertas notas de la ya conocida teoría de PICARD, ya que este derecho subjetivo tiene su origen en una capacidad de la naturaleza humana: la de crear obras artísticas y de la necesidad de proteger los productos de la misma como bien inmaterial creado por el sujeto titular del derecho de autor.

En cuanto a la polémica dualismo-monismo, referida a si nos encontramos ante dos derechos distintos o bien un solo derecho con contenido complejo de carácter mixto, creemos necesario retomar aquí lo antes dicho en cuanto a la idea de que posiblemente los esquemas conceptuales de la ciencia jurídica tradicional no sirvan para encuadrar al derecho de autor. Pensamos, al respecto, que el doble aspecto de la obra como objeto de derechos, facultades y poderes distintos, así como el distinto régimen de las facultades, personales y reales, transmisibles e intransmisibles, hacen que la teoría dualista esté efectivamente muy extendida. Así mismo, se ha de hacer notar que los partidarios de esta teoría insisten en la prioridad y mayor relevancia del derecho moral sobre el patrimonial, supeditando éste a aquél. Ciertamente, un autor puede no publicar su obra, con lo que las derivaciones económicas producto del monopolio de explotación, no se consumirían.

Sobre esta cuestión, DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS objetan a esta teoría, *“la artificiosidad de escindir una institución unitaria en dos derechos subjetivos diferentes, pues precisamente la característica esencial del derecho subjetivo es su unidad”*²⁸⁴. Hay que admitir que la citada teoría complica las cosas, ya de por sí complicadas, pues dividir el derecho de autor en dos categorías distintas - uno personal y otro patrimonial -, con diferentes proyecciones y régimen, supeditando el uno al otro, ya que por crear la obra se tiene el derecho moral y al recogerla en un soporte físico se adquiere el patrimonial.

Piénsese que en el fondo hay un sujeto - autor - y un objeto - la obra - y que lo que sucede es que entre ambos se establecen unas relaciones de diferente índole - personales y

²⁸⁴ DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., op. cit.

económicas -pero que en nada contradicen la unidad de ese grupo de facultades o poderes que vinculan, en una relación de dominio, al sujeto sobre el objeto de su derecho. Se trata, como dice PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS²⁸⁵, de “un derecho único de naturaleza mixta”, en el seno del cual se conjugan facultades personales y patrimoniales, de las cuales unas son intransmisibles y otras - las patrimoniales -, adquieren una cierta individualización, manifestada en la renuncia, la transacción y el embargo. Existe en este derecho un núcleo de facultades que son intransmisibles porque pertenecen al más noble atributo del sujeto - su personalidad - y por ello sólo él podrá ejercerlas. En efecto, la decisión de no editar la obra, el arrepentimiento, los cambios o modificaciones, sólo podrán ser decididos por su autor y no por otros sujetos que puedan recibir los beneficios de su explotación, pero no decidir sobre aspectos que le están reservados al autor que proyecta su impronta sobre la obra.

Se debe considerar, por tanto, adecuada la respuesta dada al problema por la teoría del derecho subjetivo mixto, que propugna la necesidad de construir como manifestaciones de un derecho unitario, todas las facultades que corresponden al autor, tanto en el orden personal como en el económico. Esta construcción unitaria del derecho de autor como un derecho subjetivo que conforma una situación unitaria de poder, que el ordenamiento atribuye a la persona para la satisfacción de un interés legítimo, formada por facultades de diversa índole referidas todas al autor-titular, ha sido considerada por BAYLOS como “*la respuesta más moderna de la doctrina y también, a nuestro entender, la más aceptable*”²⁸⁶.

Así concebido entendemos que el derecho de autor presenta los siguientes caracteres:

1.- Es un derecho subjetivo que posee sustantividad y autonomía propia y atribuye a su titular unas posibilidades de actuación de acuerdo con las facultades que en él se contienen. Este derecho es atribuido por el ordenamiento jurídico a su titular en razón de la defensa de unos intereses legítimos que éste posee.

2.- Es un derecho subjetivo absoluto: es un poder directo que el titular tiene sobre el bien que se concreta en una conducta del mismo que se manifiesta a través de distintos actos.

²⁸⁵ PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., “Capítulo III. La Propiedad Intelectual”, op. cit.

²⁸⁶ BAYLOS CORROZA, H., op. cit.

3.- Forma parte de los derechos de monopolio jurídico, ya que atribuye un señorío exclusivo ("monopolio") sobre el bien que conforma su objeto. Esta nota es la que le asimila al derecho de propiedad, pero sin que ello permita identificarlos.

Se trata, así, de un derecho que no posee una naturaleza exclusivamente patrimonial, tal y como vimos antes, al incluir intereses y facultades cuyo contenido no es económico, sino que la autoría, la fama que la obra reporta, la facultad de arrepentimiento, etc., forman parte del mismo y poseen carácter económico. Es por ello por lo que dice BERNALDO DE QUIROS que efectivamente existen diferencias profundas entre la propiedad ordinaria y el derecho de autor ya que el señorío que atribuyen tiene modalidades distintas pues el del derecho autor está modalizado por la naturaleza del objeto sobre el que recae - la obra intelectual -, ésta tiene características especiales: se trata de un objeto que posee una íntima relación con la persona del autor, es de carácter inmaterial y en ella destaca una especial significación social y cultural²⁸⁷.

4.- Es un derecho temporalmente limitado; es ésta una de las características más sobresalientes del derecho de autor ya que realmente es difícil responder a la cuestión de por qué está limitado. La respuesta a este problema parece ser de índole práctica y estar influenciada por el carácter social y cultural que la obra posee. Así pues, de un lado ha de tenerse en cuenta que el objeto de esta propiedad posee una naturaleza particular que dificulta el aprovechamiento privado a través del tiempo y las generaciones, por lo que se busca que este derecho dure lo suficiente para que los intereses de todo tipo del autor queden suficientemente satisfechos y, en general, el valor objetivo de la obra no sufra un grave detrimento ya que "ampliar la duración de la propiedad intelectual, apenas si se enriquecería más al autor y, en cambio, enriquecería a personas que poco tienen que ver ya con el esfuerzo creador".

Se debe tener en cuenta, además, que el valor socio-cultural de su objeto, dio pie, en el pasado, a corrientes teóricas que negaban fundamento a la concesión del dominio exclusivo al autor y que, tal vez, por la tensión entre ambas posturas, la partidaria de conceder el dominio a perpetuidad y la que lo niega, se optó por esta decisión.

Lo cierto y verdad es que, debido a este carácter, una vez transcurrido el plazo legalmente establecido, la obra intelectual pasa a ser de "dominio público", es decir que cualquiera puede ya utilizarla sin tener necesidad del permiso de nadie y sin pagar a nadie por ello.

²⁸⁷ PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., "Capítulo III. La Propiedad Intelectual", op. cit.

Esta posibilidad de utilización puede llevarse con la máxima amplitud de contenido, dado que, a nuestro juicio, el derecho de autor se extingue, no sólo en lo relativo a las facultades patrimoniales, sino también a las morales. Por ello, se podrán realizar traducciones, adaptaciones, transformaciones, e incluso puede ya editarse libremente la obra inédita. Ello no crea ninguna facultad sobre la obra, por lo que nadie puede oponerse a que otro utilice la misma obra, si bien al publicar obras inéditas, que hayan llegado a ser de dominio público, se produce para el editor la adquisición de un monopolio sobre la misma.

Así, el único límite que permanece establecido es el de respetar la autoría, por lo que nadie podrá presentar como propias obras ajenas, pues la falsa atribución de paternidad de la obra es un hecho lesivo contra la personalidad del autor en el ámbito social, ya que la obra produce una repercusión en la fama y honra del autor en su vertiente social, pues es una expresión de la personalidad del sujeto. Lo cierto es que la duración del derecho varía según los distintos ordenamientos a nivel mundial –no así ya en el seno de la Unión Europea, como se ha indicado- , si bien se suele utilizar como criterio general el de la vida del autor y un cierto plazo de años más, nuestro actual TRLPI prevé el de setenta a partir de la muerte del mismo, al igual que ocurre en el caso de la L.d.a. italiana.

3.6. El objeto del Derecho de autor.

De modo general, se ha entendido tradicionalmente que, tal y como destaca BAYLOS, *“los derechos intelectuales tutelan ideas, concepciones, creaciones humanas que trascienden el sujeto y encarnan en una realidad material. Su carácter intelectual les viene dado, por tanto, por su objeto”*²⁸⁸. Así, tal objeto de la propiedad intelectual tiene un carácter inmaterial²⁸⁹, intangible, que según el mismo autor, *“se diferencian de todos los otros en que carecen de sustancia física, no estriban en cosas tangibles; subsisten por encima de todas sus ejemplarizaciones, son inmateriales”*²⁹⁰. Siguiendo tal noción, se puntualiza que *“la idea ,como cosa inmaterial, no tiene dimensiones ni ubicación, no*

²⁸⁸ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª Edición, Editorial Civitas, 2009; pág. 56.

²⁸⁹ Como tal, de acuerdo con LACRUZ BERDEJO, los bienes inmateriales “son todos aquellos que carecen de corporeidad; o bien los que además, no pueden percibirse mediante el sentido del tacto, o a caso a través de cualesquiera sentidos corporales” (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos del Derecho Civil III*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000; pág. 337.)

²⁹⁰ BAYLOS CORROZA, H., op. cit.; pág. 56.

*perece y su goce o percepción pueden ser simultáneos e íntegros por un número indefinido de personas, a diferencia de los materiales, los cuales parten de la imposibilidad de su disfrute plural y coetáneo*²⁹¹.

Este concepto conecta con lo ya comentado al respecto de la naturaleza jurídica del Derecho de autor, en cuanto a la separación del “*corpus mysticum*” y el “*corpus mechanicum*”. Así, la doctrina defiende que de un lado se encuentra la apropiación del ejemplar como objeto físico y de otro la aplicación de la idea que da lugar a la obra física, por lo que existe el régimen jurídico de la propiedad ordinaria o común, y otro de los derechos intelectuales.

Esta cualidad de bien inmaterial de su objeto es, de acuerdo con BERCOVITZ, la característica esencial del derecho de autor: la obra. Ésta, según el mismo autor, “*no se identifica con su soporte material o de cualquier otro tipo, aunque necesite del mismo para existir y/o para no desaparecer de inmediato; y, por supuesto, también para poder ser explotada*”²⁹²; de modo que se concluye que es sobre esta obra y no sobre su soporte sobre el que recae el Derecho de autor.

Paradójicamente, esta característica esencial de la obra basada en su inmaterialidad, se convierte en una de las principales problemáticas que enfrenta la propiedad intelectual, por el conflicto que supone la necesidad de individualizar lo que la doctrina ha llamado la “*concepción protegida*”. De esta forma, como subraya BAYLOS, la finalidad es, por tanto, “*delimitar e individualizar (...) una concepción intelectual, no una cosa física; que ha de ser caracterizada de un modo preciso frente a otras concepciones ajenas, análogas, afines, producto de la imitación de otros o simplemente resultado del concebir y del pensar común*”²⁹³.

Sólo a modo de apunte, es preciso señalar que se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, no obstante lo anterior, que hay que tener presente que los derechos no se definen por razón de su objeto, sino por su contenido, de tal forma que “*lo que expresa la*

²⁹¹ GARCÍA LÓPEZ, D.J., *Aproximación crítica a la Propiedad Intelectual: la cultura como valor para la democracia*, Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), N.º. 10, 2006-2007; pág. 209.

²⁹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, op. cit.; pág. 19.

²⁹³ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, op. cit.; pág. 57.

*verdadera naturaleza de un derecho es el conjunto de facultades que confiere a su titular y no el objeto sobre el cual esos poderes jurídicos recaigan*²⁹⁴. Esta tesis la sigue GUGLIELMETTI, cuando opina que *“no es adecuado para una clasificación sistemática el criterio consistente en distinguir algunas relaciones jurídicas en razón a la particular naturaleza de su objeto”*²⁹⁵.

Partiendo de la base sentada por lo anterior, nos encontramos con que tanto la Ley de Propiedad Intelectual española, como la italiana ofrecen una concepción amplia del objeto del derecho de autor pues lo son, de acuerdo con la primera *“todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”* (artículo 10 TRLPI), y con la segunda, *“le opere dell’ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all’architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.”* (artículo 1 l.d.a.). Ello con la puntualización de que no se trata del soporte físico en el que ésta se manifiesta, sino la creación como producto del pensamiento; pero conviene distinguir, como hace CORTES GIRO, dos momentos diferentes: la concepción de la obra y la ejecución, fase en la que recibe forma sensible a través de la cual la percibe el público²⁹⁶. Esta misma idea es defendida por SIROTTI GAUDENZI, quien sostiene que *“è importante ribadire che il sorgere di una tutela giuridica dipende della realizzazione (“concretizzazione”) o esteriorizzazione dell’opera”*²⁹⁷, de modo que *“in buona sostanza, la semplice idea non è tutelabile in sé e per sé, ma è indispensabile che l’ideatore si trasformi in autore”*²⁹⁸ Por lo que el mero pensamiento no contenido dentro de los moldes que la Ley establece, no es factible de ser atribuido en exclusiva a una persona, como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo Español de 25 de Abril de 1.900 y 18 de Noviembre de 1.903 y la Sentenza della Corte App. De Milán de 2 de octubre 1981, así

²⁹⁴ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, op. cit.; pág. 61

²⁹⁵ GUGLIELMETTI, G., *Il marchio. Oggetto e contenuto*, Giuffrè Editore, 1955; pág. 222

²⁹⁶ CORTÉS GIRÓ, V., *Derecho de Propiedad Intelectual*, Editorial Marfil, Alcoy, 1957.

²⁹⁷ GRECO, P. Y VERCELLONE, P., “I diritti sulle opere del ingegno”, en *Tratatto di diritto civile italiano*, Utet, Turín, 1974; pág. 41.

²⁹⁸ SIROTTI GAUDENZI, A., *Il nuovo diritto d’autore*, op. cit., pág. 72.

como, entre otras, la Sentenza del Tribunale di Cassazione civile, Sez. I, 13 febrero 1987. En este sentido, se evidencia, también por la jurisprudencia de ambos países que “*l’idea-intuizione (...) nin rientra nell novero delle opere protette dalla legge n. 633/1941 sul diritto d’autore, anche se formalizzata in un progetto depositato a causa della carenza di una forma espressiva*” de modo que “*non costituisce violazione del diritto d’autore l’attuazione di quel grezzo dato (...) da parte di altro soggetto, non autorizzato dagli ideatori originari*”²⁹⁹. Tal idea de que “*la creazione é quindi la fattispecie costitutiva del diritto*”, sostenida asimismo por SANTORO³⁰⁰, se reafirma en las palabras de AMMENDOLA, para quien “*l’atto creativo rappresenta l’unico modo per acquisire in via originaria non solamente i diritti cosiddetti morali, indissolubilmente legati alla persona dell’ autore, ma anche le facoltà ricomprese nel diritto di natura patrimoniale, pur se, nella disciplina positiva a quest’ultimo specificamente dedicata, il vincolo genético non assume un ruolo altrettanto rilevante*”³⁰¹.

No obstante lo anterior, se llega a la clara conclusión de que, no es fácil determinar cuándo una obra es publicada, si bien una parte de la doctrina entiende que ello se produce cuando el autor la da a conocer voluntariamente al público en forma definitiva y suficiente, de acuerdo con el procedimiento que requiere la naturaleza de la misma.

Visto lo anterior, cabe distinguir dos aspectos de la obra: la denominada forma externa ("*corpus mechanicum*") que es la disposición concreta que el autor da a los medios expresivos a través de los cuales se manifiesta la obra; y el núcleo interno ("*corpus mysticum*") formado por las ideas y concepciones, carentes de una base real, y que se manifiesta a través de la forma externa. Se trata de un objeto susceptible de utilización económica, tiene existencia autónoma y se somete al señorío del hombre, pero no se trata de una realidad física, por lo que se le denomina un bien inmaterial. Se trata de un producto de la actividad del hombre, pero distinto del trabajo como objeto de un derecho,

²⁹⁹ En este sentido, Pret. Génova, de 8 de noviembre 1988, en *Diritto informazione e informatica*, 1991 y Sentenza Tribunale di Torino, de 6 de abril de 1992, en *Impresa*, 1992.

³⁰⁰ SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, E. Jovene, Napoles, 1954; pág. 87.

³⁰¹ AMMENDOLA, M., voz “Diritto d’autore”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sección Commerciale, Vól. IV, Utet, Turín, 1989.

pues éste es inseparable de la persona, y aquél se destaca, delimita e individualiza al autor.

Estas particularidades fuerzan a que la legislación de ambos países utilice un criterio flexible para designarlo, aunque se le exigen unos caracteres determinados: a) ha de ser fruto de la actividad de creación intelectual del hombre; b) ha de ser una creación original, como dice ARE³⁰², la obra ha de ser un "quid novi", una aportación nueva al preexistente patrimonio cultural común; c) ha de respetar, como actividad creadora, unos límites tales como la defensa nacional, la prevención del delito, la defensa de la salud o la moral, el honor, la fama y la intimidad de las personas, así como la garantía de la autoridad e imparcialidad del poder (Sentencia Tribunal Constitucional español de 15 de Octubre de 1.982), pero aunque no se respeten esos límites, hay derecho de autor, si bien con la responsabilidad procedente; d- ha de tener forma suficiente, convirtiéndose en una cosa en sentido material con una forma definida apta para ser percibida, convirtiéndose en una entidad nueva, aunque derive de una obra preexistente.

Así, con respecto al requisito de la creatividad, se ha entendido por la doctrina mayoritaria, tanto italiana como española, que debe consistir en su carácter novedoso de aportación de algo inexistente³⁰³; en ese sentido dice ARE que "*non è possibile intendere l'espressione della legge "opere dell'ingegno di carattere creativo" in funzione di una "creatività" in senso assoluto, ma soltanto di un "apporto" dell'individuo al preesistente patrimonio culturale*"³⁰⁴, lo que supone, de acuerdo con SIROTTI que "*il concetto giuridico do creatività non coincide con quelli di creazione, originalità e novità assoluta, ma si riferisce alla personale e individuale espressione di una oggettività appartenente alle categorie elencate in via esemplificativa, nell'articolo 1 l.d.a*", lo que le lleva a concluir que "*quindi, perché un'opera dell'ingegno riceva protezione a norma di detta*

³⁰² ARE, M., *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè Editore, Milán, 1963.

³⁰³ Se trata ésta de una cuestión pacífica en la doctrina especializada, entre la que cabe citar a ROSMINI, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti di autore*, Milán, 1890; GRECO, P., *I diritti sui beni immateriali*, op.cit.; DE SANCTIS, V.M., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milán, 1971, y ARE, M., *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit.

³⁰⁴ ARE, M., *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit.; pág. 42.

legge, è sufficiente la sussistenza di un “atto creativo”, seppur minimo, suscettibile di estrinsecazione nel mondo esteriore”^{305 306}. A lo anterior se suma la postura de ROGEL VIDE³⁰⁷ y BERCOVITZ, quienes coinciden en que tal criterio de originalidad que exige la legislación y la jurisprudencia (STS de 24 de junio de 2004, STS 27 de septiembre de 2012, entre otras)³⁰⁸, se debe interpretar en el sentido no de novedad o inexistencia anterior, sino, más bien, de diferenciación y no identificación con ninguna obra pre-existente.

Se hace evidente que existe acuerdo acerca de que la requerida originalidad no tiene que radicar necesariamente en el contenido, lo cual es cada vez más difícil hoy en día, siendo lo más habitual que resida en la estructura interna o forma en que se desarrolla, siendo en todo caso la forma o estructura externa de la obra el elemento definitivo de determinación de su individualidad; así, se llega a la conclusión que no nos encontramos ante una exigencia de carácter único y exclusivo de modo absoluto, lo cual determinaría la imposibilidad de alcanzar tal “originalidad” para la práctica totalidad de las creaciones, pero se reclama una distinción e individualidad que supone el sello propio del autor³⁰⁹. Así, nos dice FABIANI³¹⁰, que *“si può dire che l’opera deve essere il risultato non di un qualunque lavoro intellettuale, ma di un’attività dell’uomo di carattere creativo. Dalla esplicazione di questa attività di carattere creativo deriva per l’opera dell’ingegno una “originalità” rispetto alle precedenti opere, siano queste tutelate o*

³⁰⁵ SIROTTI GAUDENZI, A., *Il nuovo diritto d’autore*, op. cit.; pág. 74

³⁰⁶ Tal argumentación encuentra sustento en la jurisprudencia italiana, como es el caso de la Sentencia de Cassazione Civile, sez. I, de 2 de diciembre de 1993, n. 11953 (en *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1993).

³⁰⁷ Al respecto, ROGEL VIDE, C.; en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dirs.), Tomo V, Vol. 4º-A, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; “Tema 2: La obra”, en AA.VV., *Manual de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 63

³⁰⁸ Para un análisis más profundo ver, ORTEGA DOMÉNECH, J.; *El Derecho de Autor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2013; pág. 17 y ss.

³⁰⁹ En este sentido, AUTERI, *Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e concorrenza*, AA.VV., Giappichelli Editore, Turín, 2001; pág. 500.

³¹⁰ FABIANI, M., *Il diritto d’autore nella giurisprudenza*, Edizioni Cedam, Padua, 1963; pág. 1.

*meno, originalità che non risiede nel puro concetto o argomento man nel modo con cui l'autore esprime il concetto o il argomento stesso*³¹¹

Entre los supuestos que el TRLPI español recoge, dentro de un listado no taxativo, recogido en el artículo 10.1 se encuentran: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza; b) Las composiciones musicales, con o sin letra; c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales, d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales, e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia, h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía e i) Los programas de ordenador. Por otro lado, la Legge n. 633 1941 italiana, también recoge, en su artículo 2, un listado abierto de obras protegidas: “1) *le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale*; 2) *le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale*; 3) *le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti*; 4) *le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia*; 5) *i disegni e le opere dell'architettura*; 6) *le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo*; 7) *le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II*; 8) *i*

³¹¹ Ello se ha visto reafirmado en la jurisprudencia clásica italiana, pudiéndose destacar, entre la multiplicidad de pronunciamientos al respecto, la Sentenza di Cass. 22 febrero 1949, n. 321; S. Cass. 20 enero 1951, n. 162; S. App. Milano 3 mayo 1955, y Cass. 19 abril 1961, n.3, entre otras muchas.

programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso;

9) Le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto;

10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.”

En ambos casos, con una redacción y contenido muy similar, buscan concretar algo más la definición de objeto que, como se ha visto, hacen ambos textos legales, con un concepto amplio. Tras esta enumeración no exhaustiva de las distintas obras que pueden ser objeto de este derecho, ambos textos añaden las obras derivadas, tales como traducciones, adaptaciones, refundiciones, compendios, resúmenes, arreglos musicales, etc. (arts.11 y 12 TRLPI española y 3 y 4 L.d.a italiana), con una exclusión del ámbito de protección de los textos legales y resoluciones judiciales y administrativas. Así mismo, distingue la divulgación de una obra, puesta en conocimiento del público, con consentimiento del autor, y expresada en cualquier forma; de la publicación, que es su divulgación mediante la puesta a disposición del público de ejemplares suficientes de la obra, de acuerdo con su naturaleza y finalidad.

Por último, cabe puntualizar que la valoración económica de la obra no tiene ninguna influencia en su consideración como objeto del derecho de autor, si bien tiene ciertas consecuencias en el tráfico jurídico-económico de la misma.

3.7. Adquisición y transmisión del Derecho de autor.

El derecho de autor como derecho subjetivo se adquiere "*ex novo*" por el acto de creación de la obra, siendo un acto en el que la voluntad del sujeto está presente, si bien con mayor o menor intensidad.

En cuanto a la creación, hemos de distinguir la obra originaria de la derivada, pues ésta procede de aquélla (traducción, adaptación, etc.). Sobre este nuevo objeto pueden recaer derechos de su autor y del de la obra originaria, salvo pacto en contra, con la puntualización de que se trata de un objeto nuevo, sobre el que recae un derecho nuevo, producto de un acto creador nuevo.

En lo referente a los requisitos de la creación, tengamos siempre en cuenta que existe un derecho fundamental a la libre creación, consagrado en la Constitución Española y la Costituzione della Repubblica Italiana, así como en los Textos Internacionales, sin embargo es solo la Ley española la que contiene una declaración expresa de nulidad de cualquier pacto por el que un autor se comprometa a no crear obras en el futuro (art. 42. 4 TRLPI española)³¹². Además, dado el matiz personal que la creación posee, no cabe admitir la autoría a las personas jurídicas (el artículo 5. 1 del TRLPI español considera autor a "*la persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica.*") por cuanto se trata de una cualidad sólo predicable de la persona física, aún cuando la jurídica pueda publicar bajo su nombre una obra en la que ejerce las funciones de promotora o coordinadora. Esto se da en la obra colectiva³¹³ en la que hay una pluralidad de autores, cuya aportación se funde sin que pueda atribuirse un derecho concreto a un autor, y que se edita a iniciativa de la persona jurídica; pero sin que ello suponga el reconocerle la condición de autor, sino un derecho de explotación y la defensa de la obra. Esta situación cambia cuando nos referimos a la normativa italiana, ya que, como sostiene DE

³¹² La l.d.a. italiana hace una previsión al respecto, dentro de la sección dedicada al contrato de edición, en el artículo 112, que dispone que "*I diritti spettanti all'autore, ad eccezione di quelli di pubblicare un'opera durante la vita di lui, possono essere espropriati per ragioni di interesse dello Stato.*"

³¹³ En el caso de las obras colectivas, se reconoce tal posibilidad cuando, al definir las, el artículo 8 del TRLPI, dispone que "*Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre (...)*"

SANCTIS³¹⁴, se desprende del artículo 11 de la L.d.a. que se reconoce la posibilidad de atribución de los derechos de autor a las entidades o personas jurídicas, entendiendo este autor que, se deben entender también abarcados los derechos morales³¹⁵. Ello se sustentaría en la evidencia de que, en ningún momento, en alguno de los artículos que integran el Capítulo II de la Ley italiana, dedicado a los “Soggetti del diritto”, se hace mención a persona física o natural³¹⁶, mientras que en el artículo 11 se reconoce de manera expresa tal condición de sujeto a entes jurídicos, al disponer que “*Alle amministrazioni dello Stato,..., alle Province ed ai Comuni, spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese. Lo stesso diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni.*”

En cuanto a la transmisión del derecho de autor, diremos que, con carácter general, las facultades transmisibles son las de carácter patrimonial³¹⁷, y que esta transmisión se interpreta con carácter restrictivo, por lo que una facultad sólo se reputará cedida si así consta. Tal transmisión se reconoce posible tanto a través de actos "inter vivos"³¹⁸ y "mortis causa"³¹⁹.

³¹⁴ DE SANCTIS, V.M., *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Giuffrè Editore, 2012; pág. 85.

³¹⁵ Sobre esta cuestión, entre otros, GRECO, P. y VERCELLONE, P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., pág. 205, y ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milán, 1960, pág. 740; DE SANCTIS, V.M., op. cit., pág. 84 y ss; y DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1982; pág. 613 en adelante.

³¹⁶ En tal sentido, por ejemplo, el artículo 7 l.d.a. determina que “*È considerato autore dell'opera collettiva **chi** organizza e dirige la creazione dell'opera stessa. È considerato autore delle elaborazioni l'elaboratore, nei limiti del suo lavoro.*” y el artículo 8 solo hace referencia a que “*È reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, **chi** è in essa indicato come tale nelle forme d'uso, ovvero, è annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radio- diffusione dell'opera stessa.*”, sin ofrecer mayor precisión.

³¹⁷ Así, en el caso de Italia, como señala GUTIERREZ, “l'autore ha ampia autonomia negoziale per quanto riguarda l'alienazione e la trasmissione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera, come recita l'articolo 107 l.d.a. (“in tutti modi e forme consentite dalla legge”), salva restando l'applicazione delle disposizioni particolari di cui al medesimo Capo II della l.d.a. relative al contratto di edizione e ai contratti di rappresentazione e di esecuzione (...), nonchè le disposizioni a tutela della personalità dell'autore (art. 12, 22, 47, 121, 129 e 138 l.d.a.)” (GUTIERREZ, B.M., *La tutela del diritto d'autore*, Secoda Edizione, Giuffrè Editore, 2008, Milán; pág. 245.)

³¹⁸ La regulación al respecto en la Ley española es muy clara y exhaustiva. Así, dispone el artículo 43.2 que “La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.” También se prevé, en el apartado 3.

En referente al sujeto transmisor lo es, evidentemente, el autor de la obra, con el reconocimiento por la Ley española³²⁰ de que los emancipados por vida independiente tienen plena capacidad para ceder sus derechos³²¹. La cesión, de acuerdo con ambas leyes específicas, se hará en forma escrita, y la remuneración será proporcional o a tanto alzado³²². Si la cesión es exclusiva se hará constar así, pudiendo el cesionario transmitir a otro su derecho, con consentimiento expreso del cedente y respondiendo solidariamente³²³. La cesión no exclusiva es intransmisible, salvo disolución o cambio de titularidad de la empresa. Sin embargo, en el caso de la ley italiana, no se incluye una distinción expresa, como ocurre en la española, entre ambos tipos de cesión, de modo que es sólo en la Sezione IV, dedicada al contrato de representación y ejecución, donde, en el

que “Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.”, previsión presente asimismo en la l.d.a. italiana, de acuerdo con el artículo 120.1 l.d.a.

³¹⁹ Sobre esta cuestión, desde el punto de vista del Derecho italiano, vid. BELLANI, V. y CHIMIANTI, L., *Il diritto di autore nella prassi contrattuale*, II Edizione, Giuffrè Editore, 210, Milán; pág. 2 y ss.; y GUTIERREZ, B.M., *Il diritto privato oggi*, op. cit.; pág. 245 y ss.

³²⁰ Frente a lo establecido en la norma italiana, en la ley española el reconocimiento de la capacidad para transmitir estos derechos “inter vivos” en menores de 18 años se da como excepción y solo en el caso de emancipación. Así se evidencia en el artículo 44 “Menores de vida independiente”, donde se dispone que “Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.”

³²¹ En la l.d.a. italiana, en el artículo 108, se reconoce la plena capacidad para transmitir estos derechos a los mayores de 16 años.

³²² En la Ley italiana, esta remuneración será “*una partecipazione, calcolata, salvo patto contrario, in base a una percentuale sul prezzo di copertina degli esemplari venduti*” (art. 130 l.d.a.). “Tuttavia, per alcuni tipi particolari di edizioni, il compenso può essere rappresentato da una somma a stralcio (art. 130 l.d.a.).”

³²³ Al respecto, establece el TRLPI, en su artículo 48 que “*La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.*

Esta cesión constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.”, mientras que el artículo 50 dispone que “*1. El cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente. Su derecho será intransmisible, salvo en los supuestos previstos en el párrafo tercero del artículo anterior.*

2. Las autorizaciones no exclusivas concedidas por las entidades de gestión para utilización de sus repertorios serán, en todo caso, intransmisibles.” Sin embargo, tal distinción no se encuentra presente en el texto de la Ley italiana. S

artículo 136 L.d.a., donde se prevé que, salvo pacto en contrario, se presume que la transmisión no es exclusiva y es intransferible³²⁴.

Por otro lado, cabe puntualizar que los beneficios que la Ley otorga a los autores y sus derechohabientes son irrenunciables.

En cuanto a las facultades personales son intransmisibles, salvo las de reivindicación de la autoría, respeto a la obra y la de inédito, si bien ésta con ciertos límites para derechohabientes

Con respecto al contrato de edición³²⁵ en concreto, este viene expresamente regulado en ambos textos legislativos, y en él se exige la forma escrita, fijándose como plazo máximo 5 años en la ley española y 10 en la ley italiana (art. 120. 2) (en ambos casos, salvo pacto en contrario). En cuanto al contenido, la ley española fija un contenido imprescindible³²⁶: si la cesión es exclusiva, ámbito, nº de ejemplares, forma de distribución, remuneración, plazo de salida de la primera edición (2 años)³²⁷ y el de entrega del manuscrito.); mientras que en caso de la italiana este contenido no queda predeterminado de forma general, sino que se hace depender del tipo de contrato por el que se opte (“contrato a término” y “contrato de edición”)³²⁸.

³²⁴ Art. 136. “1. *Il contratto con il quale l'autore concede la facoltà di rappresentare in pubblico un'opera drammatica, drammatico-musicale, coreografica, pantomimica o qualunque altra opera destinata alla rappresentazione, è regolato, oltreché dalle disposizioni contenute nei codici, dalle disposizioni generali di questo capo e dalle disposizioni particolari che seguono.*

2. *Salvo patto contrario, la concessione di detta facoltà non è esclusiva e non è trasferibile ad altri.*”

³²⁵ Sobre éste, vid. DE SANCTIS, V.M. y FABIANI, M., “I contratti di diritto d'autore”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, Milán, 2000.

³²⁶ Artículo 60 “Formalización y contenido mínimo”: “*El contrato de edición deberá formalizarse por escrito y expresar en todo caso:*

1.º *Si la cesión del autor al editor tiene carácter de exclusiva.*

2.º *Su ámbito territorial.*

3.º *El número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.*

4.º *La forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra.*

5.º *La remuneración del autor, establecida conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de esta Ley.*

6.º *El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición, que no podrá exceder de dos años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma.*

7.º *El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor.*”

³²⁷ Esta previsión, también con un plazo de 2 años se hace en la l.d.a. italiana, en el art. 127.2.

³²⁸ Así, señala BERTANI, “*In particolare il primo schema negoziale è definito contratto «per edizione» e prevede di costituire in capo all'editore il diritto di eseguire nell'arco di vent'anni dalla consegna del manoscritto un numero predeterminato di edizioni, ognuna delle quali per un numero predeterminato di esemplari. L'art. 122 co. 3 lascia peraltro la possibilità di concedere all'editore un certo margine di discrezionalità, stabilendo che «possono [...] essere previste più ipotesi, sia nei riguardi del numero delle*

Por lo demás, también se regulan, en la ley italiana y española, de modo separado del de edición en ambos casos, los contratos de representación y ejecución (arts. 136 a 141 l.d.a. italiana y arts. 74 a 85 TRLPI española), siendo los mismos criterios generales vistos los que se aplican al contrato de representación teatral y ejecución musical, sancionándose igualmente el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

edizioni e del numero degli esemplari, sia nei riguardi del compenso relativo». Il secondo schema è definito contratto «a termine» e prevede di costituire in capo all'editore il diritto di eseguire nel termine stabilito inter partes (non superiore a venti anni) il numero di edizioni che l'editore stimerà opportuno, per un numero minimo di esemplari che a garanzia dell'effettività della divulgazione dell'opera deve essere determinato dai contraenti a pena di nullità del contratto.» (BERTANI, M., "La disciplina del contratto di edizione nell'ordinamento italiano", Il Diritto d'autore nell'Università, Unipd, pág. 22) (Fuente: <http://dirittoautore.cab.unipd.it/progetti/documentazione-del-progetto-foggia>) (Fecha última consulta: 10 diciembre 2016)

CAPÍTULO IV. LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS NORMATIVAS ESPAÑOLA E ITALIANA VIGENTES

4.1. La regulación vigente de los derechos de autor en España.

Las creaciones intelectuales, como producto del ingenio humano, se encuentran protegidas por los derechos de autor, tal y como vienen regulados en el TRLPI.

Al tratar esta cuestión debe tenerse presente el especial vínculo existente entre la obra y su autor, en cuanto se trata de un elemento de la esfera personalísima de éste. Al ser un derecho subjetivo, comprende las facultades, acciones y medios de defensa típicos del mismo. Tales facultades se dividen en personales y patrimoniales, si bien la teoría dualista las agrupa en dos derechos distintos: el derecho moral y el derecho patrimonial de autor, como ya sabemos. Esta conexión que existe entre el autor y su obra ha sido destacado por PEÑA BERNALDO DE QUIROS para quien la obra es de modo permanente, "*un elemento de la esfera personalísima del autor*"³²⁹. Por ser el derecho de autor un derecho subjetivo, comprende las facultades sustantivas y los medios de defensa, acciones, típicos del mismo; en este caso, se dividen tales facultades en dos grupos diferentes, según pertenezcan al ámbito personal o moral del derecho, o bien al económico. Lo mismo debe aplicarse desde la órbita dualista, en cuanto hay un derecho moral, con sus facultades y acciones, y un derecho patrimonial, con su contenido correspondiente.

Como norma general, poseemos las escuetas, y poco claras, palabras que emplea el Código civil en su artículo 428: "*El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*", mayores posibilidades y mayor inconcreción, no caben pues con ello se pretende equipararla al concepto de propiedad del 348, pues sólo le falta añadir, que el dueño-autor sólo está limitado por las leyes como propietario. No obstante, el mismo Código se encarga de decir en su artículo 429 que será una Ley especial la que se encargue de establecer a quiénes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración, y sólo en los casos no previstos por ella, se aplicarán las normas del C.c. sobre Propiedad.

³²⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., op. cit.

Por tanto, es a partir de la L.P.I., preexistente al C.c., de donde la doctrina ha elaborado el contenido que el derecho de autor tiene, ya sea construido desde una perspectiva dualista o unitaria, pero teniendo siempre en cuenta el señorío del autor sobre su obra, en cualquiera de sus vertientes o aspectos.

Partiendo de esta base, dentro de los llamados derechos de propiedad intelectual o derechos de autor, como señala GRACIANO REGALADO³³⁰, se aglutinan diferentes figuras legales que pueden clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, los derechos personales, también denominados derechos morales de autor, y, por otro, los derechos económicos o de explotación.

En lo atinente, en primer lugar, a los **derechos morales de autor**, como los define el profesor LASARTE³³¹, *“tienen por finalidad fundamental que la obra creada no pueda ser objeto de divulgación, alteraciones o modificaciones que no sean consentidas por el autor. En definitiva, se trata de proteger que «su obra» no acabe siendo «una obra desfigurada» por la actuación de terceros. [...] Se trata de un conjunto de derechos atribuidos a los autores relacionados fundamentalmente con su propia dignidad o buen nombre de creadores, con su personalidad o su ser moral, pero que no por ello excluyen su ejercicio ante los Tribunales de Justicia en caso de que sean vulnerados o desconocidos por terceras personas que, indebidamente, invadan la esfera propia de respeto que merece el autor”*, y vienen contemplados en el artículo 14 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual.

Se trata de derechos perpetuos, es decir que pueden ser ejercitados sin límite temporal, en el caso de los derechos de paternidad e integridad de la obra, que no se extinguen con el fallecimiento de su titular, y que por lo tanto, pasan a sus herederos. Ello no ocurre, sin embargo, con los restantes derechos contemplados en el artículo 14 TRLPI, que sí se caracterizan por su temporalidad. El carácter de la irrenunciabilidad de tales derechos viene reconocido por el propio precepto en la ley de propiedad intelectual, derivándose de su cualidad de derechos personales del autor, y se presenta en distintos niveles de intensidad en los diversos derechos contenidos en este grupo, alcanzando su mayor grado en el derecho de paternidad y al nombre, los cuales no se agotan nunca. Por último, se configuran como derechos inalienables, de modo que no pueden ser transferidos a un tercero, existiendo sólo vinculados al autor.

³³⁰ GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”, *Diario La Ley*, nº 7209, 2 de julio, 2009, edit. La Ley.

³³¹ LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, *Diario La Ley*, núm. 6951, mayo 2008.

Dentro de este tipo de derechos, la Ley de propiedad intelectual (art. 14) recoge los siguientes:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.
7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Finalmente, el precepto prescribe que el derecho *“no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.”*

Así, la Ley reconoce al autor el derecho exclusivo a decidir sobre la divulgación de su obra y el modo en el que ésta se llevará a cabo, es decir, si la divulgación se llevará a cabo bajo su nombre o un pseudónimo o de modo anónimo, lo cual se ha denominado por la doctrina “derecho al nombre”. Este implica, por un lado, que el nombre del autor deberá ser conocido si él así lo ha decidido, y, por otro, que tiene derecho al anonimato si ha optado por esta opción o el pseudónimo, de modo que la decisión del autor deberá ser respetada.

A continuación, se consagra el denominado por la doctrina “derecho de paternidad” de la obra, elemento fundamental de los derechos de propiedad intelectual pues reconoce al titular original de la obra, para incluir, seguidamente, el “derecho a la integridad”, cuyo núcleo central lo configura el derecho del autor a que su obra no sea modificada,

evitando así, como menciona LASARTE³³², que ésta quede mutilada “*de modo que su hilo conductor puede verse absolutamente desvirtuado en caso de ser presentada incompleta*”. No obstante, es obligado advertir que dicho derecho (*a la integridad*) se ve claramente limitado por la cesión de los derechos de edición que suele darse en la práctica, así como por el “derecho de cita”, también reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual (art. 32 TRLPI), sin el cual, en nuestra opinión, los derechos de autor en general, y en particular el derecho a la integridad de la obra, constituirían una legislación diabólica prohibitiva de cualquier tipo de consulta, utilización o referencia, haciendo de las obras objetos vacíos y de imposible aprovechamiento, puesto que prácticamente se haría imposible su mención o comentario.

Tras los anteriores, el artículo 14 TRLPI recoge el “derecho de modificar y retirar la obra del comercio”, ejercitable en el supuesto de darse un cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor; derecho que se vincula legalmente a la necesaria y previa indemnización por daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación. Se configura, por lo demás, como un derecho personalísimo que, por tanto, sólo puede ejercitar el propio autor no siendo transferible a sus herederos, y que, por descontado, sólo abarca a las copias que aún no han sido puestas a disposición de terceros, o más en concreto, que no han sido adquiridas aún, puesto que sería del todo aberrante, y más aún imposible, que el autor pudiera obligar a la devolución de los volúmenes u obras en poder de terceros por una decisión sobrevenida con posterioridad. En lo que respecta, en segundo lugar, a los **derechos patrimoniales o de explotación económica**, conviene aclarar que no son otra cosa que las facultades de carácter económico o pecuniario que asisten al titular de los derechos de propiedad intelectual en relación con la explotación de la obra. Vienen recogidos en la Ley de Propiedad Intelectual, en sus artículos 17 a 23, ambos inclusive, y son los siguientes:

En primer término, el “derecho de reproducción” (artículo 18 TRLPI), que consiste en la “*fijación directa o indirecta, provisional o duradera, por cualquier medio y forma de toda la obra o parte de ella, de manera que permita su comunicación o la obtención de copias.*” Para a continuación incluir, el “derecho de distribución” (artículo 19 TRLPI), que se basa en “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*” Este último se inscribe en lo que puede denominarse fase de “mercantilización”

³³² LASARTE, C.; “Comunicaciones electrónicas...”, Op. Cit.

de la obra, y, como bien resalta LASARTE³³³, suele ser transferido a un tercero especialista en la materia para que sea éste quien lleve a cabo toda la labor de comercialización de la obra, dadas la complejidad y elevados costes que ello comporta. Se incluye también en este grupo de derechos de explotación, el “derecho de comunicación pública” (artículo 20 TRLPI), concebido como *“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*, puntualizándose que no se considerará como tal cuando la misma tenga lugar en un ámbito doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. A modo de ejemplo de comunicación pública cita la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones, la proyección de obras audiovisuales, la transmisión de obras por radiodifusión, satélite, hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, y de manera destacada, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos.

En penúltimo lugar, se recoge el “derecho de transformación” que, tal y como refleja el artículo 21 TRLPI, *“comprende su traducción, adaptación y cualquier modificación en su forma de la que resulte una obra diferente, [...] y, en el caso de las bases de datos”* añade también se considerará como tal *“la reordenación de la misma”*, requiriéndose, no obstante, la pertinente previa autorización del titular de la obra original. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario añadir que la obra resultante de la transformación generará unos correlativos derechos de autor que corresponderán al titular de ésta última, coexistiendo de manera separada con los derechos de autor correspondientes a la obra original.

Por último, la referida Sección II reconoce un derecho relacionado con las “colecciones escogidas u obras completas” (art. 22 TRLPI), que se concreta en la posibilidad de *“publicación por parte del autor de sus obras reunidas en colección escogida o completa, sin que haya impedimento por la cesión de los derechos de explotación”*³³⁴.

Junto a estos derechos, que podríamos denominar “principales”, la antigua Ley de Propiedad Intelectual, en su Sección III, añadía un subtipo de ellos bajo la rúbrica *“Otros derechos”*, los cuales en la actualidad se encuentran derogados; es el caso del “derecho de participación”, derogado por la Ley 3/2008 de 23 de diciembre, y el

³³³ LASARTE, C.; Op. Cit.

³³⁴ Vid. Proyecto Investigación “Derechos de autor en plataformas e-learning”, (Investigador Principal Fernández Molina), 2009, Universidad de Granada.

Fuente: https://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html

“derecho de compensación equitativa por copia privada”, suprimido por el Real Decreto Ley 20/2011 de 30 de diciembre.

4.1.1. Los límites y excepciones a los derechos de autor.

Como norma general, diremos que el Derecho de autor está sometido a los límites de todo derecho subjetivo, ya provengan del respeto a los derechos de los demás, ya por el ejercicio de una potestad pública o por un acto voluntario de su titular. Hemos de poner de relieve una nota importante: las limitaciones impuestas a la propiedad se acentúan en este derecho que se concibe como un señorío que ni es pleno ni perpetuo. Sin embargo, la doctrina entiende que debe aplicarse en un criterio restrictivo en cuanto a los límites, que sólo deben provenir de la voluntad del titular o de la ley, y en este caso ha de recordarse la reserva de competencias que la C.E. establece en su artículo 149.9 en relación con el 53 y el 20.4, según la STC de 5 de Abril de 1.984. Además, los tratados internacionales pueden suprimir o establecer nuevas limitaciones a este derecho, dentro de su ámbito de aplicación.

Para finalizar, en los artículos 31 a 40 bis TRLPI se recogen una serie de límites impuestos a estos derechos, que funcionan a modo de excepciones de la regla general, dentro de los cuales me voy a referir exclusivamente a aquellos que afectan a la problemática objeto de este estudio, y que abarcan diversos supuestos: Reproducciones provisionales y copia privada (art. 31 TRLPI); Prueba documental (art. 31 bis TRLPI); Copia privada para personas con discapacidad (apartado 2, art. 31 bis TRLPI); Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica (art. 32 TRLPI); Información de la actualidad (35.1 TRLPI); f) Reproducciones destinadas a centros de documentación e/o investigación (art. 37 TRLPI); g) Obras huérfanas (art. 37 bis TRLPI); h) Actos oficiales y ceremonias religiosas (art. 38 TRLPI). Analicemos con mayor detalle cada una de ellas.

Abordemos, en primer lugar, las Reproducciones provisionales y copia privada. El art. 31 establece que no se precisará autorización del autor para los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de

una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, ello siempre que su fin sea facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, o bien una utilización lícita, que viene a ser aquella autorizada por el autor o por la Ley. El apartado segundo del art. 31 TRLPI se refiere en concreto a la excepción de copia privada, que ha sido objeto de una modificación sustancial por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. La nueva redacción dada al citado precepto dispone que no necesita autorización del autor, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, *“la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:*

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos: 1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil. 2.º O cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.”

Así mismo se añadía, por la citada reforma, un apartado tercero que excluye de lo dispuesto en el anterior apartado: Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra; también las bases de datos electrónicas, y los programas de ordenador, en aplicación del artículo 99 apartado a).

En segundo lugar, en lo referente a la Prueba documental, precisa el artículo 31 bis TRLPI, que no será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.

En tercer lugar, la Copia Privada para personas con discapacidad, para la que el apartado 2 del artículo 31 bis TRLPI añade otra excepción a la necesidad de autorización, determinando que no la requerirán los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que no haya finalidad lucrativa, que guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, y que se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a las exigencias de la misma.

En cuanto, a las citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica, el artículo 32 TRLPI, cuyo título ha sido reformado asimismo por la Ley 21/2014 ya citada, contempla como lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas, plásticas o fotográficas de tipo figurativo, siempre que se encuentren ya divulgadas y la inclusión se realice como cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, y sólo con fines docentes o de investigación, en la medida indicando la fuente y el nombre del autor.

El precepto transcrito ha sufrido una profunda modificación con la aprobación de la Ley 21/2014 que reforma el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, mediante la reformulación del apartado 2 y la adición de tres nuevos apartados (3, 4 y 5). Con ello, el citado apartado 2 pasa a eximir de autorización la puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación, de fragmentos no significativos de contenidos ya divulgados en publicaciones o páginas web de actualización periódica con una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, sin perjuicio del derecho de los titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Se configura como un derecho irrenunciable que se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

El precepto añade la excepción aplicable a los buscadores online cuando muestren fragmentos para realizar la búsqueda siempre que se enlace al contenido original.

El apartado 3, por su parte, se dedica a la excepción destinada a los profesores de la educación reglada española, así como a los profesionales de las Universidades y de los Organismos Públicos de Investigación, los cuales no necesitarán autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se den una serie de requisitos que impone la norma.

Por último, los nuevos apartados 4 y 5 del art. 32 TRLPI se ocupan de otros supuestos de excepción que son de aplicación al ámbito de la educación y la investigación en casos de actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo.

Otra excepción es la referida a la Información de la actualidad. El artículo 35.1 TRLPI permite la reproducción, distribución y comunicación pública de cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad, sólo con fines informativos.

El art. 37 TRLPI se refiere a las Reproducciones destinadas a centros de documentación e/o investigación. El precepto reconoce que los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a la reproducciones de las obras que se realicen sin ánimo lucrativo, y con fines de investigación o conservación, por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, e introduce una nueva excepción consistente en la eximente de autorización del autor para la comunicación de obras del propio establecimiento o su puesta a disposición de personas concretas del público, con fines de investigación, cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados en los establecimientos ya citados.

Capítulo aparte merece la excepción relativa a las Obras huérfanas. La reforma producida por la Ley 21/2014, ya comentada, introduce un nuevo artículo 37 bis, que define a éstas como *“la obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos”*, para las que determina que se podrán utilizar conforme a la presente ley, sin perjuicio de los derechos de los titulares que hayan sido identificados y localizados y, en su caso, de la necesidad de la correspondiente autorización. Los siguientes apartados del 3 al 7 se dedican a analizar las condiciones y supuestos en los que podrá existir dicha utilización.

Por último, el art. 38 TRLPI reconoce un límite a la regla general concerniente a Actos oficiales y ceremonias religiosas. En efecto, el precepto prevé un límite a la regla general por el que la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos, siempre que la entrada sea gratuita y los artistas que intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos.

En otro orden de ideas, en lo concerniente ahora a las medidas tecnológicas de protección, coinciden con las reguladas en el epígrafe dedicado al respecto dentro de la regulación del software. En este sentido, debe considerarse de aplicación el artículo 6.1 de la Directiva 2001/29/CE, de modo que *“Se entenderá por medida tecnológica todo dispositivo, producto o componente incorporado que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor establecidos por la ley, o el derecho «sui generis» previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE (LCEur 1996, 640).”*

Es el apartado 3 del mismo precepto de la Directiva el que precisa que las medidas tecnológicas sólo se considerarán efectivas cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la existencia de un control de acceso o un procedimiento de protección, como por ejemplo la descodificación, la aleatorización u otra transformación de la obra o prestación, que logre ese objetivo de protección, la cual puede concederse tanto en vía civil como en vía penal.

Por último, el apartado 4 de la misma norma añade que, sin perjuicio de la protección jurídica prevista en el apartado 1, en el caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, habrán de ser los Estados miembros los que adopten las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecidas por el Derecho nacional los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, siempre que dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas. Se puntualiza, finalmente, que lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del precepto en cuestión no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal

forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento en que ella misma haya elegido.

Una vez destacados los dos derechos que, en nuestra opinión, presentan más problemática en este ámbito, resulta igualmente importante destacar que, en relación, concretamente, con el derecho de reproducción, reside un importante punto crítico. Se trata de la famosa excepción de copia privada, a la que se ha hecho mención *ut supra*, que recoge la Directiva 2001/29 en su artículo 5.2.b), previsto en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 31 TRLPI, dentro del capítulo dedicado a los límites a los derechos de autor; sobre el que, por su relevancia en la temática analizada en este trabajo, es necesario realizar algunos apuntes.

Así, nos encontramos con que este concepto ha experimentado una evolución dinámica, acorde con la necesidad de adaptación que conlleva la rápida evolución de las nuevas tecnologías. Su redacción actual es fruto de la controvertida reforma llevada a cabo por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El nuevo apartado 2 del citado precepto ahora establece que se entenderá por copia privada, y estará por tanto exenta de la necesaria autorización del titular de los derechos de autor *“la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

c) *Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.*”

Es evidente el acotamiento que se ha producido con las sucesivas reformas del concepto. En este sentido, cabe destacar que la actual redacción del artículo 31 TRLPI limita extremadamente el concepto de copia privada, de modo que ya sólo acoge aquellos supuestos en los que se realice la copia de la obra desde un ejemplar original adquirido en “compraventa mercantil”. De manera inicial, se entendería que quedarían incluidas las copias de obras llevadas a cabo desde un original adquirido (legalmente) por el propio usuario, quedando excluidas, por tanto, aquellas derivadas de un ejemplar donado, vendido entre particulares o tomado en préstamo. Sin embargo, si se lleva a cabo un análisis más meticuloso y purista, acudiendo para ello a lo que el Código de Comercio (C.co.) considera “compraventa mercantil”, nos encontramos con que su artículo 325 la conceptúa como “[...] *la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa*”. Surge así la paradoja de que la remisión al concepto jurídico-mercantil nos llevaría a concluir que ni tan siquiera podría concebirse como copia privada la realizada a través de un ejemplar original adquirido por el usuario final para su consumo propio. Tal, a nuestro parecer, *sinsentido*, fue resuelto, como se ha tenido ocasión ya de poner de relieve en detalle, por la reforma realizada en 2017, que volvía a optar por un concepto de acceso mucho más amplio, que, no obstante, requerirá por ello una interpretación por parte de doctrina especializada y la jurisprudencia, implicando por tanto un paso atrás en el mencionado paulatino acotamiento del concepto de copia privada que se venía llevando a cabo en los últimos años.

4.1.2. La compensación por copia privada en el Derecho español.

Unido a este concepto de copia privada que prevé la normativa europea y que, entre muchos otros Estados miembros, ha acogido la normativa nacional española dentro de la regulación del Derecho de Propiedad Intelectual, encontramos su inseparable obligación de compensación equitativa³³⁵ o justa a los titulares de los derechos de autor

³³⁵ Como ya se ha señalado *ut supra*, el concepto de remuneración o compensación por copia privada va ligado indisolublemente a la propia excepción, por lo que la una no puede existir sin la otra. En este punto

por dichos usos, que consagra la legislación comunitaria. Este mecanismo de compensación a los titulares por los perjuicios que los usos derivados de la excepción de copia privada causan o pueden potencialmente causar, se configura, según se ha apuntado ya, como una obligación *ex lege* indisoluble de límite legal en cuestión, pese a que, como se verá más adelante, no se establece una forma o sistema específico en que se deba llevar a cabo. En cualquier caso, en la actualidad, en el seno de la Unión Europea, los métodos de compensación empleados hasta la fecha se han basado o en un sistema de canon que grava los equipos o soportes de reproducción, o bien mediante una compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado (en adelante PPGGE) del país en cuestión.

En el caso de España, al igual que ocurre con la limitación en cuestión, la compensación se reconoció por vez primera en el artículo 25 la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, configurada como derecho de crédito generado por la reproducción de las obras publicadas, es decir, como canon³³⁶. Este sistema de

resulta interesante resaltar que existe un sector en la doctrina que tradicionalmente ha abogado por una concepción de las excepciones, entre ellas la de copia privada, como “hipótesis que habilitan *ex lege* para la libre utilización de la obra [...]”, siendo, por tanto, “[...]las limitaciones legales que, junto a la duración y el dominio público, conforman el contenido normal de los derechos de autor”(VATTIER FUENZALIDA, C.; “La Propiedad Intelectual. (Estudio Sistemático de la Ley 22/1987)”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, No 3, 1993, págs. 1041-1108). Partiendo de esta definición, Vattier Fuenzalida, cuestiona la constitucionalidad de las compensaciones económicas dirigidas a remunerar la utilización libre de las obras en los casos permitidos por la LPI, en especial, la compensación por copia privada. El citado autor señala, en este sentido, que la utilización libre de las creaciones no es absoluta, sino que está limitada por el *fair use* en los casos en que la ley lo contempla, el cual, en palabras de Rogel Vide, citado por el autor, es “*más bien un paliativo, moderación o límite a los límites de la propiedad intelectual*” (ROGEL VIDE, C.; “De los límites a las infracciones del Derecho de autor en España”, en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, REVERTE, A. (ed.), 1989, pág. 787), que impide la utilización abusiva de las obras en aquellos casos en que no existe obligación de obtener el consentimiento del titular de los derechos.

³³⁶ Acerca de la naturaleza jurídica del mecanismo de compensación articulado en España, ha existido en los últimos tiempos debate en la doctrina suscitado por la utilización tradicional de la palabra “canon” para denominar la compensación que analizamos. Esta denominación ha dado lugar a opiniones doctrinales contrapuestas, debido a la connotación tributaria o fiscal que sugiere. En este sentido, por un lado, existen autores que rechazan el uso del término canon por negar naturaleza fiscal a este mecanismo de compensación, y entender como presupuesto de nacimiento de la obligación la necesaria reintegración del valor del derecho utilizado al patrimonio del titular de los derechos de autor o conexos, con la finalidad de restablecer el equilibrio de intereses de tipo privado (Al respecto, vid. DE COUTO GÁLVEZ, R. M.; ¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, Sección A Fondo, abril 2015, Editorial La Ley, pág. 5) En sentido contrario, se manifiesta otra doctrina, que califica la compensación mediante gravamen como prestación patrimonial de carácter público, caracterizando la finalidad de ésta como pública en aras de la salvaguarda de la cultura y el bien social. Así, estos últimos entienden que “*si tenemos en cuenta el fin de salvaguarda de un interés público de modo principal junto a los intereses particulares de los titulares de derechos, el canon, pese a presentarse como una prestación económica entre particulares, en forma de obligación ex lege de ámbito privado, tiene en realidad una finalidad pública, por lo que se trataría en realidad de una prestación patrimonial de carácter público*”, esto es de naturaleza fiscal (NAVAU MARTÍNEZ-VAL, P.; “La controvertida naturaleza jurídica del canon digital: ¿un tributo inconstitucional?”, *Impuestos*, núm. 7, Sección Doctrina,

compensación, a modo de gravamen sobre los equipos y soportes de reproducción, es el que se ha mantenido vigente hasta la nueva regulación introducida en 2011.

De acuerdo con ésta, y centrándonos en los sujetos de la compensación, se debe definir como acreedores de la misma, a los titulares de los derechos de autor y derechos

Quincena del 1 al 15 de abril 2010, año XXVI, Tomo I, Editorial La Ley; pág. 9). Esta postura se funda en las definiciones dadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia TC 185/1995, de 14 de diciembre y la STC 182/1997, de 28 de octubre) y alguna doctrina científica como, entre otros, LOZANO SERRANO, de prestación patrimonial de carácter público. Según éste autor, “*cabe incluir como prestación patrimonial pública toda detracción coactiva del patrimonio del particular, consista ésta en una obligación de dar al ente público o a particulares, o en una obligación de padecer o soportar, dando lugar en todo caso a una merma de su riqueza, ya sea definitiva o meramente temporal*” (LOZANO SERRANO, C.; “Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998; pág. 32). A la concepción como elemento fiscal se deben unir las especiales facultades que, con el fin de recaudación, se le reconocen por ley a las entidades de gestión de los derechos de autor. En este sentido, las citadas entidades poseen la potestad de reclamar e inspeccionar documentos relativos a la contabilidad y las facturas de las empresas/empresarios deudores del canon, articulándose a su favor unas garantías de su derecho de crédito que no poseen los acreedores en el tráfico privado, garantías que sólo pueden encontrar justificación en su fin público. Así, siguiendo a NAVAU MARTÍNEZ-VAL, estas facultades especiales hacen que la actuación en este ámbito de las entidades de gestión “*se asemeje a un supuesto de delegación administrativa en virtud del cual estas entidades estarían participando funcionalmente en actividades públicas propias de la Administración tributaria. En conclusión, podemos decir que, [...] actúan más como una entidad de Derecho Público, sin serlo formalmente, que como una mera asociación privada*” (NAVAU MARTÍNEZ-VAL, P.; Op. Cit.; pág. 12). Todo ello lleva a autores como NAVAU MARTÍNEZ-VAL y FALCÓN Y TELLA (Vid. FALCÓN Y TELLA, R.; “La compensación equitativa por copia privada (copyright levy) tras la Ley 23/2006, de 7 de julio: una exacción parafiscal de dudosa constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 137, 2008) a calificarlo como un tributo atípico o parafiscal, por cumplir con los requisitos propios del impuesto (en esta línea, vid. FERREIRO LAPATZA, J.J.; *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2004; pág. 198-199). Como destaca la primera autora, el canon presentaría todos los elementos de este tipo de tributo, salvo en lo relativo al sujeto acreedor, que no es un ente público y, por tanto su rendimiento no se integra en ningún Presupuesto público, ni se ingresa en el Tesoro; esto, en cualquier caso, como arguye la doctrina especializada, no implica su incompatibilidad con el régimen parafiscal (URQUIZU CAVALLÉ, A.; “La naturaleza tributaria de las cuotas del seguro escolar”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 266, 2002.)

En contraposición con la interpretación anterior, para la doctrina mayoritaria, se trata de una obligación *ex lege* de Derecho privado de mera compensación entre particulares, circunscrita al ámbito jurídico civil (VALLÉS RODRIGUEZ, M; “Comentario al Artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1997; pág. 537); interpretación respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 10 de febrero de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo), que entiende que se trata de una obligación legal de naturaleza privada, con fundamento en dos motivos: primero, por no nacer de un contrato ni un ilícito, sino de la Ley de Propiedad Intelectual y, segundo, porque “*está dirigido a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejan de percibir por la copia privada, derechos cuyo carácter privado o civil es indestructible*” (BONDÍA ROMÁN, F.; “La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Ed. Civitas, 2003; pág. 3623). Asimismo, la postura mayoritaria se decanta por afirmar la naturaleza indemnizatoria de la figura, incluyéndola en el ámbito de la responsabilidad civil objetiva por resultados dañosos por actos de terceros, posición que comparte el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el proyecto de ley de reforma del TRLPI, donde se define la compensación como “*el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero*” (Dictamen Consejo de Estado de 10 de marzo de 2005). Sin embargo, existen interpretaciones divergentes al respecto, destacando a BONDÍA ROMÁN, quien define la compensación como “*una suerte de habilitación o licencia legal para realizar reproducciones privadas [...], que compensa la eventual u ocasional merma en la explotación de la obra, como consecuencia de una actividad lícita que mitiga o reduce el monopolio del autor*” (BONDÍA ROMÁN, F.; Op. Cit.; pág. 3622).

conexos, siendo las Entidades de Gestión de los derechos las encargadas de la administración y reparto de las cuantías. Cuestión más problemática ha sido la definición de los sujetos deudores de esta figura, ya que el considerando 31 de la Directiva 2001/29/CE se limita a concretar que la compensación busca el “*equilibrio entre los intereses de las partes afectadas*”, sin determinar quiénes son los sujetos obligados. Ha sido la jurisprudencia comunitaria la que, a través de sucesivas sentencias del TJUE, ha determinado que son “*los deudores los fabricantes y distribuidores de los equipos*”, puntualizando, no obstante, que “*nada impide la repercusión a los usuarios finales*” (STJUE C- 467/08, “Caso Padawan”). Por tanto, se puede concluir que el deudor directo son los fabricantes y distribuidores, siendo los usuarios los deudores indirectos, al poder repercutir los primeros la cuantía del canon en el precio de los medios de reproducción; y ello, porque, como se desprende de las sentencias “Padawan” (ap. 45) y “Hewlet-Packard” (ap. 69), son los realizadores de los usos causantes del daño, sin que sea necesario, como ya se ha mencionado, que los sujetos hayan llevado a cabo efectivamente copias privadas.

La concreción del TJUE acerca de los sujetos, destacando en este sentido la sentencias “Padawan”, implicó la exclusión del ámbito de la copia privada de aquellos usos llevados a cabo por personas jurídicas³³⁷, lo que obligó a la modificación del concepto de copia privada del artículo 31 de nuestro TRLPI, en el que pasó a especificarse a las personas físicas como única tipología de sujetos amparados en este ámbito. No obstante lo anterior, la citada jurisprudencia y la reforma del mencionado precepto no han solucionado la obscuridad que persiste en lo que se refiere a los empresarios autónomos que, como personas físicas, realizan copias privadas con fines profesionales, por lo que deberían ser tratados a efectos de la exoneración del canon del mismo modo que a las personas jurídicas.

El citado régimen jurídico del canon de compensación por copia privada, regulado en el artículo 25 TRLPI, fue suprimido mediante la Disposición Adicional 10ª del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, determinando la mutación de la compensación para pasar a estar a cargo de los PPGGE. La nueva regulación de las cuantías impuestas se

³³⁷ En base a esta sentencia, recientemente se ha pronunciado en España la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 174/2018, recurso 339/2016, de 12 de marzo de 2018, dónde se reclamaba la devolución del canon pagado en varios ejercicios por una persona jurídica, fallando el Tribunal en sentido negativo a tal reintegro por entender que, a pesar de que el precepto de la Directiva, siguiendo la interpretación del TJUE, debe entenderse en un sentido favorable a tal pretensión, en el momento de los hechos y de la demanda, el artículo de transposición de dicha norma en el TRLPI español, determinaba lo contrario, por lo que el juez no podía fallar “*contra legem*”.

encuentra regulada en el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, que establece como base para el cálculo de la compensación el *“perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la reproducción por personas físicas, en cualquier soporte, a partir de obras ya divulgadas a las que haya accedido legalmente, ello en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”*, por lo que se aleja del criterio anterior del “posible daño”, pasando al “daño efectivamente causado”.

La nueva norma mantenía los mismos sujetos acreedores de la compensación, los titulares de los derechos de autor y derechos conexos, quienes, además, conservan la irrenunciabilidad a tal derecho. Sin embargo, en contraste con el modelo anterior, el deudor pasaba a ser el Estado, a través de los PPGGE, ocupando las entidades de gestión la misma posición de sujetos legitimados para reclamar la remuneración y el posterior reparto de la cuantía entre los titulares.

Dicha configuración del sistema de compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado se vio reafirmada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha norma modifica, por un lado, el artículo 31 TRLPI, regulador del concepto del límite de copia privada, en el sentido analizado en otro epígrafe del presente trabajo, y, por otro lado, el artículo 25 de la misma Ley, sustituyendo el sistema de compensación por canon por el de los PPGGE.

Esta modificación generó una gran controversia en nuestro país, tanto entre los colectivos implicados como en la doctrina científica, dando lugar al procedimiento judicial que se ha cerrado con la reciente STJUE que declara contrario al Derecho de la Unión el mecanismo de compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, vigente desde 2011 en España.

La STJUE en cuestión, C-470/14, de 9 de junio de 2016, trae causa de una cuestión prejudicial presentada por la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS), mediante Auto de 10 de septiembre de 2014, en el marco de un litigio que enfrenta, por un lado, a varias entidades de gestión de derechos de autor (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) y a la Administración del Estado, Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de

las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales (Ametic), siendo el objeto litigioso, precisamente, el sistema de compensación de copia privada a cargo de los PPGGE, aprobado por el Ejecutivo español mediante el RD 1657/2012, cuya conformidad con la legislación de la Unión Europea se pone en duda.

Así, las cuestiones presentadas ante el TJUE por el TS son dos. En primer lugar, si es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas. Y, en segundo lugar, si, en el caso de que la anterior pregunta obtuviera respuesta afirmativa, resulta conforme al art. 5.2. b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio.

Al respecto, cabe mencionar que las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Spuznar, con fecha 19 de enero de 2016, se decantaban por la licitud del mecanismo español, oponiéndose sólo al elemento relativo a la falta de articulación de un mecanismo efectivo de exención para las personas jurídicas; tomando el TJUE, en su fallo una postura del todo diversa. Como respuesta a las cuestiones prejudiciales presentadas, el TJUE concluye que, si bien es posible la instauración de un régimen de compensación por copia privada a cargo de los PPGGE, la Directiva alegada se opone a un sistema en el que no se puede garantizar que el coste de la misma sólo sea sufragado por los usuarios de las copias privadas, determinando no sujeto a Derecho el mecanismo español de compensación por copia privada.

Tras este pronunciamiento se planteaba la necesidad de determinar un nuevo sistema que cumpliera los principios y requisitos de la Directiva 2001/29³³⁸. Sobre esta cuestión,

³³⁸ A este respecto, la doctrina ha formulado diversas y contrapuestas propuestas *lege ferenda*. Por un lado, algunos autores han mostrado su predilección por la vuelta al sistema del canon, tal y como se regulaba antes de la reforma de 2011, mientras que otros se muestran contrarios a este modelo (En este sentido, por ejemplo, ADSUARA, B., en “¿Y ahora qué? 10 preguntas (con respuesta) sobre el canon por copia privada”, *El País, Sección Tecnología*, (Fuente: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/06/13/actualidad/1465806813_189806.html).

Entre estos últimos, existen diversas propuestas alternativas. Por un lado, lo que postulan la conversión de esta compensación en un impuesto típico exigido por la Administración y con una afectación de su rendimiento como subsidio a las entidades de gestión. Entre las ventajas de esta opción, destaca la posibilidad que ofrece de consecución del pleno respeto a los principios de legalidad y capacidad económica, además de que el mecanismo estaría sujeto al control presupuestario (NAVAU MARTINEZ-

a nuestro entender, atendiendo a las Conclusiones del Abogado General, los informes de la Comisión Europea, estudios a nivel comunitario sobre la materia y a los argumentos de la doctrina y, principalmente, a la luz de la reciente sentencia del TJUE comentada, la opción más positiva sería evolucionar en la forma de la compensación por copia privada, abandonando mecanismos más anclados en el comportamiento y usos propios de la sociedad analógica. Por ello, nos parece idónea la articulación de un sistema a cargo de los Presupuestos Generales del Estado que respetase los principios y directrices de la legislación europea y que se regule de manera que queden exentos de su financiación las personas jurídicas, bien ex ante o bien ex post (mediante mecanismos de devolución). Con ello se subrayaría la idea de la relevancia social de la creación intelectual y artística, fomentando la concienciación de la sociedad en la protección y defensa de la cultura, como bien de interés colectivo. Ello se inscribiría, además, en la línea de actuación marcada por los poderes públicos y la doctrina especializada, que pone el acento en la necesidad de educar (o reeducar) en la importancia de la cultura como aportación de valor y desarrollo a una sociedad avanzada y del respeto a los derechos de los creadores, por la relevancia de su contribución.

Queda pendiente, aún a día de hoy en cualquier caso, la determinación del modo en que el Estado español habrá de resarcir con efectos retroactivos a los titulares de los derechos, por la cuantías dejadas de percibir durante la vigencia del sistema de compensación a cargo de los PPGGE, que, como se ha comentado ha sido declarado por el TJUE no ajustado a la legalidad europea.

Trayendo causa de lo anterior, dentro del ya comentado Plan “Cultura 20/20”, España ha llevado a cabo la planeada reforma del TRLPI, si bien no con la profundidad que sería necesaria, con el objetivo de adaptar nuestra legislación a las últimas Directivas aprobadas, además de haber operado la correspondiente a la modificación del sistema de compensación por copia privada, tras haber sido objeto de una Sentencia desfavorable por parte del TJUE y el Tribunal Supremo español en fechas no muy lejanas, además

VAL, P.; Op. Cit., pág. 13). Sin embargo, adolecería de algunos de los defectos del sistema anterior del canon, destacando entre ellos, su aplicación indiscriminada a todos los usos de las obras protegidas, incluidos los ilegales. Por otra lado, se ha propuesto el establecimiento de un canon soportado por los fabricantes e importadores, por ser los sujetos que se benefician económicamente, de forma millonaria, de la excepción de copia privada a través de las ventas de los soportes y medios de reproducción, ya que, se pone el énfasis en que, de no existir esta posibilidad, las ventas de tales productos serían inferiores (En esta línea, en referencia al sentido originario de designación de los sujetos obligados a compensar, vid. SALAS CARCELLER, A., Op. Cit; pág. 5)

del concepto de copia privada, en consonancia con el cambio anterior. Sin embargo, queda aún pendiente la reforma de los mecanismos de persecución de las violaciones en línea de los derechos de autor, con el objetivo, entre otros cambios, de la creación de una fiscalía especializada en Propiedad Intelectual.

En este sentido, el pasado año 2017 fue aprobado a través del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...), el nuevo sistema de compensación por copia privada, que supone una vuelta al mecanismo de canon, “en cuanto al sistema de compensación por copia privada”.

En el artículo único de esta norma de urgencia, se aprueba una nueva redacción del artículo 25 TRLPI que supone, en efecto, un retorno al sistema anterior, donde se establece que *“1. La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen mediante real decreto, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con el artículo 31, apartados 2 y 3, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas dirigida a compensar adecuadamente el perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada. Dicha compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de este para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.”*

Es el apartado 3 del nuevo precepto el que vuelve a fijar como sujetos deudores del pago a *“los fabricantes en España, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de este, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 1”*, previendo como responsables solidarios del pago a *“los distribuidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a estos la compensación”*.

Como precisión, se introduce el apartado 7 b), con excepciones a esta obligación, donde se prevé que estarán exentas del pago las adquisiciones “b) realizadas por personas jurídicas o físicas que actúen como consumidores finales, que justifiquen el destino exclusivamente profesional de los equipos, aparatos o soportes materiales adquiridos y siempre que estos no se hayan puesto, de derecho o de hecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a los responsables solidarios mediante una certificación emitida por la persona jurídica prevista en el apartado 10.” Se establece al respecto que, aquellos que no posean una certificación que ab initio les permita no hacer frente al pago, podrán recurrir a un mecanismo de solicitud de reembolso. La misma opción de reembolso se prevé para el caso de personas físicas o jurídicas que *per se* no estén exonerados del pago, supuesto recogido en el apartado 8 del mismo precepto, cuando actúen con determinadas finalidades. De ellas, es preciso destacar la recogida en el ap. a), que se refiere los casos en que éstos “Actúen como consumidores finales, justificando el destino exclusivamente profesional del equipo, aparato o soporte material de reproducción adquirido, y siempre que estos no se hayan puesto, de derecho o de hecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.” En lo tocante a dicho sistema de reembolso, de acuerdo con el ap. 10 del art. 25, corresponderá ejecutarlo a las entidades de gestión.

Se debe también puntualizar asimismo que dentro de los aspectos a tener en cuenta para el cálculo de la compensación, la nueva redacción ya no habla de “perjuicio efectivo”, sino exclusivamente de “perjuicio causado”.

La cuestión, no obstante, dista de estar cerrada, ya que en la actualidad se encuentra pendiente, entre otras actuaciones, la aprobación del Real Decreto que tiene como objetivo desarrollar reglamentariamente el artículo 25 del TRLPI tras las reformas introducidas por el RDL 12/2017. Éste, como se subraya desde el Gobierno, tendrá como objetivos principales los siguientes:

- “- Las publicaciones que se entenderán asimiladas a los libros a los efectos del artículo 25 del TRLPI.
- El procedimiento para hacer efectiva la compensación equitativa por copia privada, que incluirá el procedimiento de exceptuación y de reembolso del pago de dicha compensación por los sujetos a los que se le reconoce tal beneficio.

- *El porcentaje de la compensación equitativa por copia privada que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual deberán destinar a las actividades y servicios a que se refiere el artículo 155.1, letras a) y b), del TRLPI.*
- *Por primera vez con carácter no transitorio, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada prevista en el artículo 25.1 y .4 del TRLPI, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción.*³³⁹

A tal efecto, desde el Ministerio competente se publicó una consulta pública, con un plazo del 12 al 31 de julio de 2017, con la que se pretendía recabar, siguiendo el trámite establecido para este tipo de normas, la opinión de los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la proyectada. Queda pendiente, a día de hoy, saber en qué sentido se afronta esa regulación reglamentaria pendiente, si bien, como señala SANCHEZ ARISTI, *“Un proyecto de real decreto por el que se desarrolla el artículo 25 del TRLPI, fechado el 11 de octubre de 2017, fue sometido a trámite de audiencia e información pública por el MECD entre el 13 de octubre y el 7 de noviembre de 2017, si bien no se han publicado los resultados de ese trámite ni se conoce en qué fase de tramitación puede hallarse dicho proyecto. Ese proyecto (...) en concreto no incluye ninguna previsión sobre las situaciones que, por causar un perjuicio mínimo, no deben dar origen a la obligación de compensación”*³⁴⁰.

No obstante todo lo expuesto, tras la ya comentada Propuesta de Directiva en materia de Derecho de autor presentada en la Unión Europea en septiembre de 2016, resulta evidente que, en un momento no muy lejano, tendrá que abordarse una nueva reforma de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros para adecuarlos a la proyectada Directiva, en el caso de que sea finalmente aprobada.

³³⁹ Así se recoge en la “Consulta pública previa sobre un proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la ley de propiedad intelectual, aprobado por real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril”, publicada en julio de 2017 y disponible online en <https://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/informacion-publica/consulta-publica-previa/cerrados/2017/copia-privada/consulta-publica-previa.pdf> (Fecha última consulta: 22 mayo 2018).

³⁴⁰ SANCHEZ ARISTI, R., “El renovado sistema de compensación equitativa por copia privada tras el Real Decreto-Ley 12/2017”, *LA LEY mercantil*, No 46, Sección Propiedad Intelectual e Industrial / Doctrina, Abril 2018, Editorial Wolters Kluwer; pág. 22.

4.2. La regulación vigente de los derechos de autor en Italia.

Centrando ahora el análisis en la regulación actual que brinda el ordenamiento jurídico italiano a las creaciones intelectuales y a sus autores, cabe hacerse como, primer apunte, la apreciación de la extrema similitud que muestran el Derecho italiano y el español al respecto, como se pondrá en evidencia en las siguientes páginas. No obstante lo anterior, cabe destacar la mayor sistematica mostrada en la norma española, cuya estructura y orden en la disposición de los derechos permite una mejor comprensión y mayor claridad.

Dicho esto, y partiendo de la base de lo ya comentado en el marco de las nociones básicas de la Propiedad intelectual, se pretende realizar un repaso a la configuración de los derechos de autor en la norma actual, buscando evitar la reiteración de conceptos e ideas generales, relativas a régimen jurídico, objeto, requisito de creatividad, etc., ya estudiadas *ut supra*.

A modo de comienzo, se debe destacar que, al igual que ocurre en el caso de España, los derechos de autor nacen por el mero hecho de la creación, siendo el título de adquisición, por tanto, de acuerdo con el artículo 2576 del Codice civile italiano y el artículo 6 de la L.d.a la “*creazione dell’opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale*”, sin que se requiera ningún tipo de formalidad o acto para el reconocimiento³⁴¹. Tal protección, como ya se adelantó en el capítulo IV, se articula en la actualidad en una doble vertiente, con el reconocimiento de los derechos morales del autor, por un lado, y los de explotación económica o patrimoniales, por otra.

Con respecto al objeto protegido, el artículo 1 de la L.d.a. dispone específicamente que está constituido por “*le opere dell’ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all’architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.*”, precepto que se complementa con lo dispuesto en el artículo 2575 C.c, que a lo anterior añade “*le opere dell’ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze (...)*”.

³⁴¹ De modo específico, el artículo 106 L.d.a. niega la necesidad del depósito de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual como requisito para el nacimiento y reconocimiento del derecho.

A ello se añade, en el apartado segundo, la protección a las bases de datos y los programas de ordenador, en aplicación del Convenio de Berna.

A continuación, el artículo 2 de la ley recoge un listado³⁴², no tasativo de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia³⁴³, de las tipologías de obras comprendidas en el ámbito de la norma. Se protegen, asimismo, de acuerdo con los artículos 3 y 4 las obras colectivas³⁴⁴ y las obras derivadas³⁴⁵, distinguiendo estas últimas de las originarias. A todas estas obras,

³⁴² Dispone el artículo 2: *“In particolare sono comprese nella protezione:*

1) *le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;*

2) *le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;*

3) *le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;*

(...) *Il numero che così recitava: "4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;" è stato modificato dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 95 successivamente abrogato dall'art. 246, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.*

5) *i disegni e le opere dell'architettura;*

6) *le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo;*

7) *le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II;*

8) *i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso;*

9) *Le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto;*

(...) *Il numero che così recitava: "10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico." è stato inserito dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 95."*

³⁴³ En este sentido señalan CUNEGATTI y DI COCCO que “la maggioranza della giurisprudenza e della dottrina ritengono che questa elencazione non abbia carattere tassativo: un contenuto che non faccia parte di questo elenco non deve ritenersi a priori esclusi della tutela. Per questo motivo (...), le norme sulle opere dell’ingegno sono idonee a proteggere anche le opere multimediali (tra le quali, se del caso, il sito Web) sebbene non compaiano tra le tipologie espressamente contemplate dalle citate norme” (CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Introduzione al diritto d’autore nell’ information society”, consultado en <http://www.forpsicom.uniba.it/public/files/introduzione%20al%20diritto%20d'autore.pdf> (Fecha última consulta: 12 septiembre 2016). Al respecto, también, D’AMMASSA, G., “La legge sul diritto d’autore nell’era multimediale”, en CASSANO, G., SCORA, G. y VACIAGO, G. (Dir.), *Diritto dell’Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, Editorial CEDAM, Padua, 2012; y CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Il diritto d’autore”, en CEVENINI, C., DI COCCO, C. y SARTOR, G., (Dirs.), *Lezioni di informatica giuridica*, Gedit, Bologna, 2005. Y CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Il diritto d’autore e Internet”, en CEVENINI, C., DI COCCO, C. y SARTOR, G., (Dirs.), *Lezioni di informatica giuridica*, Gedit, Bologna, 2005.

³⁴⁴ El artículo 3 concreta el concepto de obra colectiva, como aquellas “*costituite dalla riunione di opere o di parti di opere, che hanno carattere di creazione autonoma, come risultato della scelta e del coordinamento ad un determinato fine letterario, scientifico, didattico, religioso, politico od artistico, quali le enciclopedie, i dizionari, le antologie, le riviste e i giornali, sono protette come opere originali indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti di autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte.*”

³⁴⁵ El artículo 3 concreta que se entiende por tales “*le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale.*”

como se ha estudiado con anterioridad, se les exige ser el resulta de una actividad del ingenio humano “*di carattere creativo*”, de acuerdo con el art. 1 L.d.a., concepto que, como ya se vio, conecta con las nociones de originalidad y novedad³⁴⁶.

Con respecto a los sujetos, de acuerdo con la ley, el derecho de autor se le reconoce a la persona que haya contribuido a la creación de la obra “*quale espressione del lavoro intellettuale*”, tal y como se dispone en los artículos 2576 C.c. y 6 L.d.a. Sin embargo, se reconoce que la titularidad de la obra puede ser atribuida a uno o más sujetos, en consecuencia, una obra puede ser resultado de las aportaciones intelectuales o creativas originales de más de un sujeto³⁴⁷. Al respecto, la ley de Propiedad intelectual hace una distinción entre lo que se denominan “*opere in comunione*”, reguladas en el artículo 10 l.d.a, en las que las aportaciones de cada sujeto son distinguibles, las llamadas “*opere collettive*”, que recoge en el artículo 7 L.d.a, en las que las contribuciones de los distintos sujetos no son distinguibles, sino que forman un todo unido bajo una coordinación, siendo el sujeto que dirige la obra al que se reconoce como autor para los efectos de la ley; y, en tercer lugar, las “*opere composte*”, de los artículos 33 a 37 L.d.a., como resultado de la unión de diversas obras distinguibles entre sí, susceptibles de utilización independiente³⁴⁸.

Por otro lado, como ya se ha tratado en el capítulo anterior – y por tanto nos remitimos al mismo para un análisis más concreto – la ley italiana recoge un reconocimiento en cuanto a la autoría para determinadas personas jurídicas, por cuanto el artículo 11 de la norma dispone que “*Alle amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni, spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese.*”

³⁴⁶ Nos remitimos, sobre este punto, al análisis llevado a cabo sobre la cuestión en el Capítulo IV del presente trabajo.

³⁴⁷ Sobre esta cuestión, resalta la doctrina que “*Il problema dell’esatta configurazione del titolare del diritto d’autore è niente affatto privo di effetti pratici. Oltre a quello espressamente previsto (la creazione), non vi sono altri modi di acquisto del diritto a titolo originario; il diritto d’autore non si può acquistare da altri dal reale autore, il che significa che l’atto di trasferimento del diritto da parte di un soggetto non legittimato a disporre è giuridicamente nullo*”. (CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Introduzione al diritto d’autore...”, op. cit.; pág. 3).

³⁴⁸ Es preciso poner de relieve, en este punto, que, si bien las obras multimedia no son contempladas de menra expresa en la norma, la doctrina aboga por su integración en el ámbito de las obras colectivas o compuestas. Al respecto, vid. GUGLIELMETTI, G., *Le opere multimediali*, AIDA 1998, pág. 109 y ss.; de modo concreto abogando por su inclusión en las obras compuestas, vid. D’AMMASSA, G., “La legge sul diritto d’autore nell’era multimediale”, en *Diritto dell’Internet*, CASSANO, G., SCORZA, G. y VACIAGO, G. (Coords.), Cedam, Roma, 2013; y en el interno de las obras colectivas, vid. CASSANO, G. y CONTALDO, A., *Internet e tutela della libertà di espressione*, Giuffrè Editore, 2009; pág. 145 y ss. En otro sentido, IORIO se aparta de esta consideración, abogando por la identificación de la obra multimedia en el marco de las obras derivadas; así, vid. IORIO, V., “Profili di qualificazione giuridica degli archivi digitali multimediali”, en *L’arca futura. Archivi mediali digitali, audiovisivi, web*, FREZZA, G. (Dir.), Meltemi Editore, Roma, 2008; pág. 91 y ss.

Lo stesso diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni”.

A continuación, en cuanto a la duración o extensión de los derechos de autor, el Capítulo III de la ley. A tal efecto, la norma hace una distinción, como ocurre en el caso español, entre los derechos morales y los de explotación, dado que mientras que los primeros no están sujetos a ningún término, los segundos tienen una *vigencia* que dura toda la vida del autor y 70 años tras su fallecimiento, transcurrido el cual las obras entran en el dominio público³⁴⁹. Se evidencia en este aspecto la total homogeneidad entre las previsiones recogidas al respecto en la norma española y la italiana, resultado de la unificación que ha implementado la legislación europea. Así, se está de acuerdo en que, como destacan SICA y D’ANTONIO, “*the function of this restriction in the period of paternity is to reconcile the interests of the author (and heirs) with that of society and cultural progress. Clearly, a suitable length of time of patrimonial rights acts as an incentive for intellectual works, guaranteeing the author a true prospect of earning money over time.*”³⁵⁰

De modo principal la norma, siguiendo una visión dualista, al igual que ocurre en el texto español, contempla de modo separado los derechos morales del autor de los de explotación económica³⁵¹.

³⁴⁹ De modo paralelo a esa duración general, se configura una duración específica para las tipologías diversas de obras. Así, en el caso de las obras resultado de la participación de varios coautores, el momento desde que empiezan a contar los 70 años es la muerte del último coautor, en el de las obras colectivas, con respecto al total de la obra, la protección tiene una duración de 70 años a contar desde la primera publicación; mientras que en las obras bajo seudónimo o anónimas la duración de la tutela es de 70 años tras la primera publicación, volviendo al régimen general en el momento que es desvelado el nombre del autor, por éste o por cualquier persona autorizada. Asimismo, en el caso de partes o aportaciones separables de obras, de volúmenes, o de publicaciones periódicas la protección empieza a contar desde el momento de la publicación. Particular es el caso de las obras publicadas por las personas jurídicas previstas por la Ley, como son las administraciones públicas y los entes privados sin ánimo de lucro, para los que el plazo de protección fijado es de 20 años desde la primera publicación.

³⁵⁰ SICA, S. y D’ANTONIO, V., “The balance of copyright in Italian national law”, *Rivista Comparazione e diritto civile*, junio, 2010; pág. 6.

³⁵¹ En este punto conviene señalar que UBERTAZZI destaca el carácter de *numerus apertus* de la legislación de Propiedad Intelectual en lo que respecta a los derechos exclusivos. En este sentido afirma que “*Sotto questo profilo le regole della CEDU, della Carta di Nizza, del Trattato di Lisbona e della costituzione italiana relative ai diritti dell’uomo ed alla loro protezione adottano una categoria di proprietà intellettuale aperta e capace di comprendere un numero indefinito di diritti esclusivi; reciprocamente non ne fissano un contingente massimo; e dunque consentono teoricamente anche la previsione di diritti esclusivi ulteriori rispetto a quelli attuali.*”. Al respecto, añade que “*Alcuni segmenti della lex mercatoria7 cercano di costituire nuovi diritti esclusivi: come avviene ad esempio con il*

En cuanto a los **derechos morales**, recogidos en los artículos 20 a 24 L.d.a., son aquellos que, de manera paralela a los patrimoniales, se reconocen al autor por el mero hecho de la creación y en virtud del vínculo indisoluble que existe entre creador y obra, vinculados por tanto a la personalidad del autor³⁵², y configurándose como derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

Dentro de estos, la ley italiana reconoce de modo expreso el derecho a la paternidad de la obra, el derecho a la integridad de la obra, el derecho de inédito y el derecho de “ripensamento o ritrattazione” (el derecho de retractación, según su traducción al castellano). En tal sentido, en primer lugar, el art. 20 dispone que corresponde al autor “*il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.*”, lo que supone que el autor tiene el derecho de sea reconocido e indicado como tal en todos los usos que se puedan hacer de la obra y, en sentido inverso, a que no se le imputen como propias creaciones que lo no son, así como de ser reconocido como tal tras haber optado por la publicación anónima o bajo seudónimo³⁵³, tal y como se recoge en el artículo 21³⁵⁴; además de a oponerse a cualquier tipo de utilización y modificación, alteración o mutilación de la obra que afecte a su honor o reputación.

En segundo lugar, en lo que respecta al derecho de inédito, establece el artículo 24 que corresponde al autor y a sus herederos o legatarios el derecho a publicar la obra inédita,

*riconoscimento contrattuale (prima) e giurisprudenziale (poi) di diritti esclusivi dell'organizzatore di eventi sportivi (e così ad esempio sulle gare di formula 1 o sulle partite di calcio); o con la protezione dell'ideazione pubblicitaria prevista dal codice di autodisciplina della comunicazione commerciale (che qui di seguito continuerò a chiamare alternativamente anche come autodisciplinaria pubblicitaria)”; concluyendo que “L'integrazione della lex mercatoria e della legge statale che vi rinvia possono dunque essere astrattamente sufficienti a prevedere nuovi diritti esclusivi. Occorre tuttavia verificare di volta in volta se il binomio ora detto sia in concreto adeguato a costituire l'uno o l'altro dei diritti esclusivi che vorrebbero essere fondati dalla lex mercatoria. (...) In conclusione anche secondo la concezione “statalista” della lex mercatoria questa può prevedere/introdurre nuovi diritti di proprietà intellettuale.” (UBERTAZZI, L.G., “Numerus clausus dei diritti esclusivi di proprietà intellettuale?”, *Jurismat*, Portimão, núm. 4, 2014, pp. 187-194; págs. 188 y 192-193).*

³⁵² Su finalidad es, por tanto, la protección de la personalidad del autor, materializada en su creación, buscando otorgarle a éste poderes para impedir o enfrentarse a toda aquella utilización que perjudique o dañe de algún modo su propia reputación o a su creación.

³⁵³ De este modo, los artículos 20 y 21 establecen las denominadas facultades de “*identificazione*” y de “*rivendicazione*” de la autoría.

³⁵⁴ En relación a esto, el artículo 21 dispone que, a voluntad del autor, la obra podrá ser publicada de forma anónima o bajo seudónimo, manteniendo siempre el derecho a revocar tal opción, y que se reconozca y refleje su cualidad de autor de la creación. Literalmente dice el precepto que “*Nonostante qualunque precedente patto contrario, gli aventi causa dell'autore che si sia rivelato ne dovranno indicare il nome nelle pubblicazioni, riproduzioni, trascrizioni, esecuzioni, rappresentazioni, recitazioni e diffusioni o in qualsiasi altra forma di manifestazione o annuncio al pubblico.*”

salvo en el caso de que el propio autor se hubiese opuesto a ello o se la hubiera encargado a otros³⁵⁵.

Por otro lado, el derecho de *ripensamento* o *ritrattazione* mencionado, se encuentra previsto en el artículo 2582 del C.c. y en los artículos 142 y 143 L.d.a, donde se prevé el derecho a la retirada de la obra del comercio, también conocido como derecho de *pentimento* (de arrepentimiento, en español), por el cual el autor tiene derecho a retirar la obra del mercado, con la correspondiente obligación derivada de indemnizar a todo aquel que hubiere adquirido los derechos de explotación de la misma³⁵⁶, en los casos en que existan graves razones de índole moral³⁵⁷.

Como la otra cara de la misma moneda, nos encontramos en la ley, asimismo, con los llamados derechos de explotación económica, que se articulan como facultades exclusivas del autor, y autónomas entre sí³⁵⁸, de carácter patrimonial, que excluyen a terceros de el aprovechamiento económico de la creación, abarcando tanto la obra en su conjunto como las partes que la componen. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 12 L.d.a., en virtud de tales derechos, “*l'autore gode del diritto esclusivo di utilizzare l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti*”. Tales derechos se configuran en los artículos 12 a 19 de la Ley, y son en resumen: derecho de *pubblicazione* (art. 12), de *riproduzione* (art. 13), de *rappresentazione* (*esecuzione, interpretazione e recitazione*) (art. 15), de *trascrivere* (art. 14), de *comunicazione al pubblico*³⁵⁹ (art. 16), de *distribuzione* (art. 17), de *traduzione, elaborazione y modificazione* (art. 18), y derecho de *noleggjo o prestito* (art. 18 bis).

³⁵⁵ Sobre esta cuestión, añade el artículo 24 la previsión de que “*Qualora l'autore abbia fissato un termine per la pubblicazione, le opere inedite non possono essere pubblicate prima della sua scadenza. Quando le persone indicate nel primo comma siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'autorità giudiziaria, sentito il Pubblico Ministero. È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto, quando risulti da scritto.*”

³⁵⁶ De modo concreto, como más adelante se analizarán, los derechos de “*riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o mettere in commercio l'opera*”.

³⁵⁷ Se trata ésta de “graves razones morales” de una expresión, muy amplia, dentro de la cual cabe la inclusión de motivos éticos, de creencias religiosas, así como ideológicas, encontrándose en íntima unión con la propia personalidad del autor.

³⁵⁸ Así, determina el artículo 19 L.d.a. que “*I diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti.*”

³⁵⁹ El cual incluye la variante de la *messa a disposizione del pubblico*, prevista en la normativa europea por la Directiva 2001/29/CE, transpuesta por el D.Lgs. n.68 del 9 aprile 2003 en Italia, con la que se pretendía la adaptación al entorno tecnológico de la normativa de Derecho de autor.

De modo preciso, en primer lugar, el derecho de publicación exclusivo del autor determina que a éste le corresponde la decisión de publicar o no, por primera vez su obra; en segundo lugar, el derecho de reproducción recogido en la ley tiene por objeto la multiplicación en copias, tanto de forma directa como indirecta, temporal o permanente, de la totalidad o parte de la obra por de cualquier modo o forma³⁶⁰, de modo que abarca ya todos los tipos de fijación que se pueden dar en la actualidad por medio de las nuevas tecnologías, adaptándose por tanto a los contenidos y medios digitales. En cuanto al derecho de transcripción se refiere a la posibilidad de transcribir la obra oral en escrita o reproducirla por alguno de los medios previstos en el artículo 13; por otro lado, el derecho de *esecuzione, rappresentazione y recitazione* del artículo 15 tiene por objeto la ejecución, representación, recitación, etc. realizada por cualquier modo, sia tanto de forma gratuita como con coste, de obras musicales, dramáticas, cinematográficas y cualquier otro tipo de obra de espectáculo público y obras orales³⁶¹. El siguiente de estos derechos, éste de gran relevancia en el ámbito de este trabajo, es el derecho de comunicación al público del artículo 16, que se centra en la comunicación de la obra, por medio o no de cable, a través de alguno de los medios de difusión a distancia, como el telégrafo, el teléfono, la televisión, radio y cualquier otro medio análogo, comprendiendo asimismo la comunicación al público por satélite, por cable, además de las retransmisiones codificadas a través de condiciones particulares de acceso. Añade, también de modo expreso, la puesta a disposición del público^{362 363} de forma que

³⁶⁰ De entre las posibles formas de reproducción, se refiere la norma a la copia a mano, la impresión, la litografía, la fonografía y cinematografía, añadiendo al final cualquier otro procedimiento de reproducción, de modo que abarque la totalidad de medios tecnológicos actuales y futuros al efecto.

³⁶¹ A esta previsión, los dos siguientes párrafos del artículo 15 añaden la puntualización de que quedan excluidos del ámbito del precepto entre aquellas representaciones y ejecuciones realizadas en el ámbito familiar, escolar, estudiantil, siempre que carezcan de ánimo de lucro; asimismo no se considera representación pública la recitación de obras literarias llevadas a cabo sin ánimo de lucro en el seno de museos, archivos, bibliotecas públicas, con fines de promoción cultural en base a los protocolos acordados por la SIAE y el Ministerio dei beni e delle attività culturali e del turismo. Éste último apartado referido a los entes culturales públicos fue añadido por el D. Leg. De 8 de agosto de 2013, núm. 91 y modificado por la Ley 7 octubre de 2013, núm. 112.

³⁶² El párrafo Segundo del precepto dispone que el derecho exclusivo recogido no se extingue con ningún acto de comunicación al público ni con la puesta a disposición al público.

³⁶³ Es preciso puntualizar aquí que, como ya se ha analizado el concepto tan abierto de público, no precisada por la legislación europea, ha necesitado de una clarificación que ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia europea. Sin embargo, en el marco de Italia, se encuentran presentes por tradición, según la doctrina, ciertas nociones que concretan tal concepto como son la *contemporaneidad* del uso o disfrute y la *confluencia* en un mismo lugar de un número determinado de sujetos. Sin embargo, estos elementos configuradores han perdido su validez en el marco de las nuevas tecnologías, por cuanto la ubicación común física y temporal del público en el disfrute del contenido digital ya no puede entenderse un requisito. Por tanto, de acuerdo con D'AMASSA, el concepto de público se da, en el entorno de una comunicación, tanto en el caso del acceso por vías telemáticas en momentos y lugares diversos, de forma no coetánea, como cuando se produce la emisión dentro de una entidad o edificación. (D'AMASSA,

cualquiera pueda tener acceso a la obra desde el lugar y en el momento que cada uno elija³⁶⁴.

En lo que atañe al derecho de distribución del art. 17, se establece que tal derecho exclusivo tiene por objeto la introducción en el comercio o puesta en circulación, o de cualquier modo a disposición del público, por cualquier medio y a cualquier título, del original de una obra o de sus ejemplares, incluyendo el derecho exclusivo de introducir en el territorio de los Estados miembros de la UE, con fines de distribución, las reproducciones efectuadas en terceros países³⁶⁵.

Por otro lado, el artículo 18 recoge el derecho exclusivo de traducción de la obra en cuyo ámbito de incluye cualquier forma de modificación, elaboración y transformación de la obra previstas en el artículo 4, también el derecho del autor a publicar su obra en forma de colección y, por último el de introducir cualquier tipo de modificación en su obra.

Para finalizar este repaso, es preciso mencionar los derechos exclusivos de alquiler y préstamo que recoge el artículo 18 bis. Éste prevé en su apartado 1 el derecho de *noleggio* (alquiler) del autor, cuyo objeto se determina en la cesión del uso de los originales, copias o soportes de obras, tuteladas por el derecho de autor, llevada a cabo por un periodo limitado de tiempo y con el fin de obtener un beneficio económico o comercial ya sea directo o indirecto. Por su parte, el segundo apartado de la norma recoge el derecho de *prestito* (préstamo) configurando su objeto como la cesión del uso de los originales, copias o soportes de la obra protegidas por el derecho de autor,

D'AMMASSA, G., "La legge sul diritto d'autore nell'era multimediale", op. cit., pág. 390 y ss.). Ello se coordina con la base sentada a nivel europeo, por la jurisprudencia reiterada, ya comentada en un momento anterior en este trabajo, de que se puede dar comunicación pública en un servicio de streaming online así como en el ámbito de un hotel.

³⁶⁴ En concreto, nos encontramos con que el primer apartado del artículo 16, tras su modificación en 2003, recoge de forma expresa el contenido exclusivo de tal derecho, mientras que el Segundo se refiere particularmente a la posibilidad de utilización en el marco de la explotación denominada "on demand".

³⁶⁵ Se introducen en los tres siguientes apartados del artículo 17 una serie de precisiones sobre el agotamiento del derecho de distribución, al respecto de lo que prevé que: "2. *Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.*

3. *Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera.*

4. *Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica."*

efectuadas por instituciones abiertas al público, por un periodo de tiempo limitado y con una finalidad diversa a las previstas en el apartado anterior³⁶⁶.

Analizado el panel de derechos morales y patrimoniales previstos en la Ley italiana, se ha de hacer mención a las limitaciones y excepciones previstas a éstos en el seno de dicha regulación. Tales previsiones se encuentran reguladas en el Capítulo V, en concreto en su Sección I, titulada “*Reprografia ed altre eccezioni e limitazioni*”, abarcando los artículos 65 a 71 quinquies; recogiendo en una Sección separada, la II, la “*Riproduzione privata ad uso personale*”, en los artículos 71 sexies a 71 octies, a los cuales se añaden los artículos 71 nonies y decies que contienen disposiciones comunes a los anteriores³⁶⁷.

Tales límites y excepciones se configuran, al igual que ocurre en el Derecho español, como los casos que –valga la redundancia – exceptúan o limitan los usos reconocidos de forma exclusiva al autor, sin que sea por tanto necesario su consentimiento para ellos. Al respecto de ellos, en palabras de GAMBINO, “*si tratta della manifestazione più esplicita della diade di diritti dell’uomo che la disciplina sull diritto d’autore deve contemplare: da un lato la tutela della proprietà intellettuale e dall’altro la tutela del*

³⁶⁶ En los sucesivos apartados se incluyen las previsiones relativas al agotamiento de ambos derechos y se prevé el derecho de compensación o remuneración equitativa del autor en el caso de cesión de alguno de estos derechos a un productor. Así, de modo concreto, establece el precepto que: “4. *I suddetti diritti e poteri non si esauriscono con la vendita o con la distribuzione in qualsiasi forma degli originali, di copie o di supporti delle opere.*

5. *L'autore, anche in caso di cessione del diritto di noleggio ad un produttore di fonogrammi o di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, conserva il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio da questi a sua volta concluso con terzi. Ogni patto contrario è nullo. In difetto di accordo da concludersi tra le categorie interessate quali individuate dall'articolo 16, primo comma, del regolamento, detto compenso è stabilito con la procedura di cui all'articolo 4 del decreto legislativo luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440.*”

³⁶⁷ Algunos autores, cabiendo destacar a FRANCESCHELLI, sostienen que la copia privada para uso personal “contrariamente a quanto sostiene qualcuno, la copia privata, così come il libero prestito, non costituisce una eccezione, una deroga, una limitazione, si invece un diritto”. (FRANCESCHELLI, V., *Convergenza. La “convergenza” nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè Editore, 2009; pág. 200.) Tal concepción parece ser reafirmada por el Tribunal de Milán, Sección especializada en Propiedad Intelectual e Industrial, en la Sentencia de 14 de mayo de 2009, cuando en el marco de su argumentación sostiene que “(In tale prospettiva non sembra possa ritenersi che) tra il diritto di riproduzione ed il diritto alla copia privata sussista una parità di condizione in base alla quale procedere in caso di conflitto ad individuare in quali casi e circostanze l'uno debba prevalere sull'altro”. (Fuente: http://www.interlex.it/testi/giurisprudenza/mi09_8787.htm)

En el sentido contrario, SBARBARO destaca que “È stato sottolineato che l'art. 71-sexies L.A. non conferisce ai fruitori un vero e proprio diritto soggettivo, ma una facoltà, il che comporta la difficoltà o l'impossibilità del fruitore dell'opera di agire in giudizio per chiedere il riconoscimento di un “diritto alla copia” (SBARBARO, E., “Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale”, *Rivista Digitalia*, Anno VII, núm. 1, 2012; pág. 31). Esta última postura es la defendida, asimismo, por DE SANCTIS, V.M., *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2010, pág. 121 y ss., entre otros.

*diritto alla conoscenza da parte di ogni essere umano, entrambi diritti fondamentali, già così delineati nella Dichiarazione universale dei diritti umani nel 1948*³⁶⁸.

Para comenzar, el artículo 65 recoge una previsión de libertad de reproducción de artículos de actualidad de carácter económico, político o religioso publicados en revistas, diarios, o bien radiodifundidos o puestos a disposición del público, con la clausula aperturista de “y otros materiales del mismo carácter”, en aquellos casos en que la reproducción no esté especialmente reservada (apartado 1 art. 65), así como de obras o materiales protegidos utilizados en el marco de hechos de la actualidad, en aquellos casos en los que obedezca al ejercicio de derecho de crónica y dentro de los límites del fin informativo (apartado 2 art. 65), exigiendo la cita de la fuente en ambos casos. De una forma muy similar, en el art. 66 se prevé esta libre reproducción y comunicación pública, por los mismos medios previstos en el precepto anterior, de discursos sobre cuestiones de interés político o administrativo expuestos en asambleas públicas o en cualquier ámbito público, así como las conferencias abiertas al público, para lo que se exige la cita del autor, fecha y lugar de exposición. En los artículos 67 y 68, respectivamente, se recogen las excepciones de uso de obras o parte de ellas en el marco de procedimientos parlamentarios, judiciales y administrativos (art. 67), así como la reproducción de obras o partes de ellas, para el uso personal de los lectores, ya sea a mano o por cualquier no idóneo para la difusión al público, y las fotocopias de obras existentes en bibliotecas de acceso público o escolares y en los museos y archivos públicos, en el caso de que sean llevadas a cabo por los propios organismos, para sus propios servicios y sin que suponga ninguna ventaja económica o comercial directa o indirecta (art. 68). De modo separado hay que resaltar el límite dispuesto en el apartado 3 del artículo 68, donde manteniendo la prohibición de reproducción de partituras musicales, se permite la reproducción de obras del ingenio para uso personal, mediante fotocopia, *xerocopia* o cualquier sistema análogo, manteniendo el límite establecido del 15% de cualquier volumen o fascículo periódico. Para estas excepciones previstas en el artículo 68 se configura la obligatoriedad de una compensación por tales copias a los titulares de los derechos de explotación afectados³⁶⁹.

³⁶⁸ GAMBINO, A.M., “Creatività e contenuti in rete”, *Rivista Diritto Mercato Tecnologia*, núm. 2, 2013; pág. 9.

³⁶⁹ Art. 68.4 “I responsabili dei punti o centri di riproduzione, i quali utilizzino nel proprio ambito o mettano a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione, devono corrispondere un compenso agli autori ed agli editori delle opere dell'ingegno pubblicate per le stampe che, mediante tali apparecchi, vengono riprodotte per gli usi previsti nel comma 3. La misura di detto compenso e le modalità per la riscossione e la ripartizione sono

Unido a este precepto, se incorpora el artículo 68 bis, si bien, no comparte naturaleza alguna con su precedente, por cuanto se ocupa de la excepción, mencionada en capítulos anteriores de este estudio, referente a las reproducciones temporales sin significación económica, con carácter transitorio o accesorio y parte integrante esencial de un procedimiento tecnológico, llevado a cabo con el único fin de permitir la transmisión en red entre terceros con la intervención de un intermediario o una utilización legítima de la obra u otros materiales.

A continuación, los artículos 69 y 69 bis recogen la excepción a la autorización del autor en los casos de préstamos efectuados por las bibliotecas y fonotecas del Estado y de los entes públicos, con fines de promoción cultural y estudio personal, en determinados casos tasados por la Ley³⁷⁰, y en los casos de utilización de obras huérfanas³⁷¹ por parte de las bibliotecas, institutos de formación y museos accesibles al público, así como los archivos, los institutos de patrimonio cinematográfico y sonoro y las emisoras de servicio público, en las modalidades y con los fines previstos en la norma³⁷².

determinate secondo i criteri posti all'art. 181-ter della presente legge. Salvo diverso accordo tra la SIAE e le associazioni delle categorie interessate, tale compenso non può essere inferiore per ciascuna pagina riprodotta al prezzo medio a pagina rilevato annualmente dall'ISTAT per i libri."

Ap. 5. "Le riproduzioni per uso personale delle opere esistenti nelle biblioteche pubbliche, fatte all'interno delle stesse con i mezzi di cui al comma 3, possono essere effettuate liberamente nei limiti stabiliti dal medesimo comma 3 con corresponsione di un compenso in forma forfetaria a favore degli aventi diritto di cui al comma 2 dell'articolo 181-ter, determinato ai sensi del secondo periodo del comma 1 del medesimo articolo 181-ter. Tale compenso è versato direttamente ogni anno dalle biblioteche, nei limiti degli introiti riscossi per il servizio, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato o degli enti dai quali le biblioteche dipendono. I limiti di cui al comma 3 non si applicano alle opere fuori dai cataloghi editoriali e rare in quanto di difficile reperibilità sul mercato."

³⁷⁰ "a) gli esemplari a stampa delle opere, eccettuati gli spartiti e le partiture musicali;

b) i fonogrammi ed i videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno, decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini.

2. Per i servizi delle biblioteche, discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici è consentita la riproduzione, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto, in un unico esemplare, dei fonogrammi e dei videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, siano esse sonore o meno, esistenti presso le medesime biblioteche, cineteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici."

³⁷¹ Tales obras huérfanas incluidas en el ámbito de esta excepción se concretan de modo extenso en los artículos 69 ter, quater, quinquies, sexies y septies, incluyendo las particularidades y requisitos que se le imponen a las instituciones habilitadas para la excepción, y las medidas que asisten a los posibles titulares desconocidos de tales obras.

³⁷² Art. 69.1 "a) riproduzione dell'opera orfana ai fini di digitalizzazione, indicizzazione, catalogazione, conservazione o restauro;

b) messa disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente."

Art. 69.2 "unicamente per scopi connessi alla loro missione di interesse pubblico, in particolare la conservazione, il restauro e la concessione dell'accesso a fini culturali e formativi di opere e fonogrammi contenuti nelle proprie collezioni."

Por otro lado, el artículo 70 se refiere a la libertad de cita, reproducción y comunicación de obras o partes de éstas con fines de crítica o discusión, cuando no afecten a la normal explotación económica de la misma, reconociendo el mismo límite para los supuestos en el marco de la enseñanza e investigación científica, en cuyo caso se limita a los fines de ilustración y sin ánimo comercial (art. 70.1). En un novedoso apartado 1 bis – incorporado por la Ley 9 enero de 2008 núm. 2 – el precepto prevé la excepción relativa a la libre publicación en línea a título gratuito de imágenes y música a baja resolución o degradadas, con una finalidad de uso didáctico o científico y siempre que no exista ánimo de lucro.

En los siguientes artículos se recogen otra serie de excepciones a los derechos exclusivos, referentes a la libre utilización de obras musicales o parte de éstas por las bandas musicales y *fanfarre* de los cuerpos de seguridad del Estado (sin ánimo de lucro y quedando exentos de cualquier compensación) (art. 71), las excepciones referidas a los discapacitados, en los casos y condiciones determinadas por Ley³⁷³ (art. 71 bis), así como las referentes al uso personal en los terminales disponibles en las bibliotecas e instituciones de investigación³⁷⁴ (art. 71 ter) y la reproducción de emisiones radiotelevisivas en los hospitales públicos, prisiones y centros penales en el ámbito estrictamente interno (previéndose la correspondiente compensación a los titulares de los derechos) (art. 71 quater).

Llegados a este punto, corresponde centrarse en el límite de reproducción privada para uso personal, la cual, como ya se ha destacado, se encuentra regulada de modo separado al resto, en la Sección Segunda de este capítulo.

De forma inicial, el artículo 71 sexies, en su apartado 1 concreta este límite determinando que *“è consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente*

³⁷³ Artículo 71 bis *“1. Ai portatori di particolari handicap sono consentite, per uso personale, la riproduzione di opere e materiali protetti o l'utilizzazione della comunicazione al pubblico degli stessi, purché siano direttamente collegate all'handicap, non abbiano carattere commerciale e si limitino a quanto richiesto dall'handicap.*

2. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il comitato di cui all'art. 190, sono individuate le categorie di portatori di handicap di cui al comma 1 e i criteri per l'individuazione dei singoli beneficiari nonché, ove necessario, le modalità di fruizione dell'eccezione.”

³⁷⁴ Art. 71 ter *“1. È libera la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza.”*

personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater.”, se trata por tanto de una previsión de tipo general, incluyendo dentro de su ámbito objetivo todo tipo de reproducción para uso personal³⁷⁵ y sin ánimo de lucro³⁷⁶, en cualquier soporte, mostrando los mismos rasgos básicos que la norma española ya analizada³⁷⁷, aún presentando destacables diferencias en aspectos importantes, que se analizarán más adelante. Añaden a lo anterior los apartados 2 y 3, en primer lugar que tal reproducción no puede ser efectuada por terceros, y, en segundo, se excluye del ámbito de la excepción en el caso de las obras y materiales protegidos puestos a disposición del público de modo que se pueda acceder a ellos en el lugar y momento que se quiera (la

³⁷⁵ El concepto de “uso personal”, como ocurre en el caso de España, adolece de una notoria indeterminación que ha tenido que ser suplida por la doctrina y jurisprudencia, también en el caso de Italia. En tal sentido, “*Il concetto di “uso personale” è stato variamente interpretato in dottrina, gran parte della quale, insieme alla giurisprudenza maggioritaria, è per l’estensione dell’ambito in modo tale da ricomprendere la fruizione dell’opera nell’ambito della cerchia familiare*”. (SBARBARO, E., “Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale”, op. cit; pág. 31) (En esta misma línea, vid. QUATTRONE, M. F., TOZZI, F. y D’AMICO, A., “Art. 71-sexies, l. 22.4.1941, n. 633”, en *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, C. GALLI, C. y GAMBINO, A. M. (Dir.), Utet Giuridica, 2011; pág. 3151). Al respecto de este encuadre, UBERTAZZI sostiene que “La qualificazione della copia lecita come quella effettuata per uso personale pare riguardare soltanto le riproduzioni fatte dalla singola persona fisica per usi suoi propri, con esclusione anche dell’attività di copia finalizzata per esempio allo scambio con amici e (a fortiori) con terzi, per quanto senza fini di lucro”. (UBERTAZZI, L.C., “Articoli 71 sexies, 71 septies e 71 octies”, en *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e concorrenza*, Cedam Editore, Quinta Edición, 2012; pág. 1571).

³⁷⁶ Acerca de la amplitud del concepto de ánimo de lucro, aquí establecido como causa de exclusion del ámbito de la excepción, se ha presentado cierto debate por la doctrina. De acuerdo con la interpretación doctrinal mayoritaria, el requisito de ausencia de ánimo de lucro y fines directa e indirectamente comerciales, se debe entender en el sentido de no perseguir un beneficio o ganancia directa, pero también de no buscar un ahorro de coste o gasto (en este sentido vid. UBERTAZZI, L.C., “Articoli 71 sexies ...”, op. cit., págs. 1570 y 1571; LAVAGNINI, S., “sub art. 71 sexies-71 octies l.a.”, en *Commentario breve al diritto della concorrenza*, UBERTAZZI, L.C. (Dir.), Cedam Editore, Padua, 2003; pág. 1410; y las Sentencias del Tribunal de Turín, 13 de julio de 2000, en *Rep. AIDA* 01, 725; y Tribunal Turín, 5 de mayo 2000, *AIDA* 00, 988, con nota de LAVAGNINI, y Tribunal de Turín, sentencia 20 aprile 2000, in *Penale it.*, con nota de MINOTTI); en el sentido contrario, otras voces defienden la exclusion del ánimo de ahorro de gasto, abogando por la interpretación por analogía del art. 171 ter (en primer lugar, esta postura se deriva de la jurisprudencia de “*mérito*” italiana - Cass. Pen., III sez., n. 33303, 25.6.2001, in *Ced Cassazione* 2001, RV219683; Cass. Pen. III sez. n. 149, 22.11.2006, imp. Rizzi – donde se establece que, para configurar el ánimo de lucro es preciso sobrepasar el límite del “*mero risparmio di spesa derivante dall’uso di copie non autorizzate di [...] opere dell’ingegno, al di fuori dello svolgimento di un’attività economica da parte dell’autore del fatto, anche se di diversa natura, che connoti l’abuso*”, y reafirmada en pronunciamientos recientes, como la Sentencia del Tribunal de Nápoles, n. 729/08 del 19 agosto 2008. En esta línea, SIROTTI GAUDENZI, destaca que tal posicionamiento implica que “*il «lucro» sarebbe stato rappresentato dall’accrescimento positivo del patrimonio a differenza del «profitto», più ampio concetto, che avrebbe incluso tanto l’accrescimento diretto del patrimonio quanto quello indiretto, verificatosi attraverso una mancata perdita patrimoniale*” (SIROTTI GAUDENZI, A., “La tutela penale del software”, *Rivista Sistema Società*, Edizione Aprile 2008, núm. 4, pág. 63 y ss.) (como se concluye, asimismo, en la Sentencia Pret. Cagliari, sentenza 26 novembre 1996, en *Penale it*) (En este sentido también, FARINA, M., “A proposito della copia personale del cd musicale”, *Persona e danno*, noviembre, 2008).

³⁷⁷ En este sentido, ambos preceptos, italiano y español, requieren que se trate de una reproducción para uso personal, llevada a cabo por persona física, en cualquier soporte, sin fines comerciales ni de lucro, y respetando las medidas tecnológicas de protección.

mencionada reproducción “on demand” o bajo demanda), en los casos en que estén protegidas por medidas tecnológicas o el acceso esté regulado por acuerdos contractuales. Sin embargo, es el apartado 4 del mismo artículo el que retoma la idea del apartado 1, concretando que, no obstante tales medidas técnicas de protección, los titulares de derechos deberán permitir que *“la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.”* Es en el contenido de este apartado donde se concreta más la excepción de copia privada, asimilándose a la prevista en España, por cuanto incorpora el requisito de que la copia se derive de una obra a la que se ha accedido por un medio o modo legítimo, aunque se aparta totalmente de la norma española por cuanto limita la excepción a las reproducciones analógicas, excluyendo ostensiblemente a cualquier tipo de copia en el ámbito digital, estableciendo un número concreto de copias permitidas (una)³⁷⁸, mientras que el precepto español deja indeterminado el número. Asimismo, se

³⁷⁸ Sobre esta cuestión, en relación con las medidas tecnológicas, parte de la jurisprudencia italiana ha defendido la sujeción a derecho de aquellas medidas de protección que impedirían la realización de incluso una única copia privada. Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal de Milán, de 14 mayo 2009, núm. 8787, en relación a la venta de un DVD que llevaba inserto un mecanismo técnico de protección que impedía cualquier copia (si bien es preciso puntualizar que en ese momento, el avance de la informática aún no había permitido el desarrollo de herramientas que permitieran graduar o determinar un concreto número de reproducciones). Al respecto el Tribunal concluyó que, ante la diatriba de imponer tal medida o no imponer ninguna, era preferible la inclusión de la medida de bloqueo, basándose para ello en la citada regla de los “tres pasos”. Literalmente argumenta el Tribunal que *“Nel quadro delle concrete possibilità offerte dalla tecnica – quantomeno all'epoca dell'acquisto del DVD da parte dell'attore – l'apposizione di una misura tecnologica di protezione impeditiva di qualsiasi possibilità di riproduzione dell'opera non può dunque essere ritenuta illegittima, posto che l'alternativa di una libera riproducibilità dell'opera stessa che avrebbe soddisfatto la possibilità di eseguire anche la copia privata avrebbe determinato proprio quell'obbiettivo contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera, nonché un ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti di utilizzazione economica dell'opera che escludono – a mente del più volte menzionato comma 4 dell'art. 71-sexies L.A. – l'esercizio del diritto di copia privata”*. Sobre ello, destaca MARGONI, *“Quantunque tale interpretazione possa apparire discutibile, è da ritenere che essa abbia esaurito il proprio ambito temporale di applicabilità, in quanto oggigiorno (ma a ben vedere anche allora) misure tecnologiche in grado di permettere solo un dato numero predeterminato di riproduzioni sono comunemente disponibili allo stato dell'arte”*. (MARGONI, T., “Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet”, Trento Law and Technology Research Group, n. 9, enero 2012; pág. 32.) Sobre esta cuestión nos dice UBERTAZZI que la postura doctrinal y jurisprudencial que aboga porque, en el caso de que el estado de técnica no permita ejercitar la facultad de copia privada respetando el derecho de reproducción y las medidas técnicas de protección, la copia ceda ante el derecho exclusivo (tal y como sientan las Sentencias del Tribunal de Milán, de 16 de julio de 2008 y de 1 de julio de 2009), crea “uno scompenso rispetto ai diritti tradizionalmente riconosciuti ai consumatori, laddove nel bilanciamento degli interessi tra i titolari gli utenti questi ultimi vedono sempre più i loro diritti erosi a favore di un maggior controllo e potere preventivo di autotutela da parte degli aventi diritto sulle opere protette” (UBERTAZZI, L.C., “Articoli 71 sexies...”, op. cit.; pág. 1571) (En

debe señalar que difiere de la norma española en la posibilidad que parece admitir de que queden amparadas dentro de la excepción copias realizadas a partir de obras a las que se ha accedido mediante préstamo o mediante un acceso online. Se debe subrayar, asimismo, la inclusión en este apartado de la conocida como “regla de los tres pasos”, aplicada de modo concreto a la copia privada, contenida en el Convenio de Berna³⁷⁹, en su artículo 9.2, que “*consagra la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de reproducción, reservando a las legislaciones nacionales la facultad de permitir la reproducción de las obras literarias y artísticas en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”³⁸⁰.

Tras el análisis del precepto es preciso destacar algunos elementos por su relevancia. En primer lugar, resalta la duplicidad y cierta *antinomia*, a nuestro parecer, existentes entre el apartado 1 y 4 del artículo 71 sexies, por cuanto, pese a referirse aparentemente, a la misma excepción, el primero introduce una serie de elementos configurando un límite genérico, mientras que el otro apartado en cuestión, presenta unos requisitos diversos y parece orientar el ámbito de copia privada en un sentido mucho más estricto que el concepto anterior. Así, por ejemplo, mientras el apartado 1 se refiere en exclusiva a los fonogramas y videogramas, el apartado 4 se extiende a “ejemplares de obras o material protegido”; por otro lado, en el primer caso no se hace referencia al requisito de acceso legal a las obras, cuestión si incluida en el segundo concepto. En tercer lugar, la previsión de exclusión del ánimo de lucro o fin comercial estando presente en el apartado 1 no lo está, sin embargo en el 4, al igual que ocurre con la limitación a copia analógica, ausente en el citado primer apartado, que permite la inclusión de copias tanto

idéntico sentido, vid. ALVANINI, S., “Misure tecnologiche di protezione e copia privata”, *Rivista Il Diritto Industriale*, fasc. 6, 2009; págs.. 584-593).

³⁷⁹ Esta regla es interpretada en el Acta de Estocolmo de 1967, que revisó el Convenio de Berna, cuando el comité principal I de la Conferencia Diplomática de Estocolmo determinó cómo había de interpretarse el nuevo párrafo que se introducía al artículo 9, referente al derecho de reproducción: “*Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, conviene examinar entonces si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si eso no es así, sería posible en algunos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever la utilización gratuita*”.

³⁸⁰ OMPI, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el caribe”, MONROY RODRÍGUEZ, J.C., Decimonovena Sesión, Ginebra, 14 a 18 diciembre de 2009; pág. 31. (Disponible en: www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/scrr_19/scrr_19_4.doc)

en formato analógico como digital. En definitiva, nos surge la duda interpretativa de si, se debe entender que ambos apartados se complementan, configurando una misma excepción³⁸¹, o si, por el contrario, debemos deducir que constituyen dos modalidades diversas del mismo límite de reproducción para uso personal³⁸², opción ésta última que parece improbable por encontrarse separados por dos puntos intermedios (los apartados 2 y 3, relativos a la exclusión de reproducciones de terceros y las puestas a disposición del público *on demand*) y por la falta de previsión por el apartado 1 del requisito de acceso legal al contenido, lo que determinaría la inclusión implícita dentro de la excepción de reproducción privada de las copias ilícitas, lo que las convertiría en utilizaciones consentidas por la ley.

Sobre esta cuestión, parece arrojar luz UBERTAZZI, posicionando la previsión del apartado 4 del artículo en cuestión como excepción a la prohibición o exclusión incluida en el apartado 2, acerca de las reproducciones *on demand*. De este modo, de acuerdo con el autor, “*Ad eccezione di tali casi [en referencia a lo dispuesto en el art. 71 sexies co.3], resta salva la possibilità dell’utente legittimo di effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale*”³⁸³. Siguiendo tal interpretación, se debe entender que la verdadera excepción por copia privada es la configurada en el apartado 1 del precepto, limitada en exclusiva a los videogramas y fonogramas, y cuya redacción genérica, como se ha puesto de relieve *ut supra*, no hace mención alguna al acceso legal al contenido.

Dejando a un lado la diatriba anterior, otro elemento reseñable al respecto de la norma es el referente a la exclusión que lleva a cabo la Ley italiana de las reproducciones digitales del ámbito objetivo de la copia privada, al menos en el apartado 4 del artículo 71 sexies. Tal previsión no parece acorde con la modernización reiterada llevada a cabo

³⁸¹ Consideración que parece tomar SBARBARO, cuando destaca que “*La Direttiva comunitaria consente la riproduzione integrale di ogni tipo di opera e su qualsiasi supporto se effettuata dalle persone fisiche (sono dunque escluse le persone giuridiche), per uso privato e per fini non commerciali. La legge italiana sul diritto d’autore concede invece la medesima “facoltà” non per tutti i tipi di opera, ma esclusivamente per i fonogrammi e i videogrammi (art. 71- sexies L.A.), peraltro nel rispetto delle misure tecnologiche di protezione, pur temperando quest’ultima previsione con la disposizione contenuta nel quarto comma dello stesso articolo.*” (SBARBARO, E., “Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale”, op. cit.; pág. 31)

³⁸² En este sentido, consideramos, resulta mucho más efectiva y práctica la configuración que se hace de esta excepción en la norma española, articulándola en una definición única con la inclusión conjunta y armonizada de todos los elementos o requisitos que la conforman. Se evidencia así una mayor claridad y concreción en el contenido y estructura del artículo 31.2 del TRLPI que en el precepto legal de la L.d.a. 71 sexies.

³⁸³ UBERTAZZI, L.C., “Articoli 71 sexies, ...”, op. cit.; pág. 1571.

en el marco de los derechos de reproducción y comunicación pública llevada a cabo en los últimos años, para su adecuación a las nuevas tecnologías, en la senda marcada por las Directivas europeas. La única interpretación posible, en sentido positivo, pasaría por entender que la modalidad recogida en este apartado se refiera a los casos en que el usuario no ostenta la obra en condición de propietario –por cuanto la norma sólo hace referencia a acceso legal (“accesso legittimo”) y posesión legítima (“possessione legittima”) – y por tanto, no se permita llevar a cabo un tipo de reproducción como la digital que facilita mucho más su potencial difusión incontrolada. No obstante, esta cuestión se encuentra íntimamente ligada con la problemática interpretativa anterior, para la que no se encuentra respuesta en la doctrina especializada actual.

A modo de cierre de este epígrafe, nos referiremos a continuación a la compensación por la reproducción para uso personal que instaura como obligatoria la L.d.a. en su artículo 71 septies³⁸⁴, cuando determina que “*Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies.*” Tal precepto articula la compensación en forma de una cuantía sumada o añadida al precio de los dispositivos, digitales y analógicos, “exclusivamente” destinados al almacenamiento y reproducción de “fonogramas y videogramas”³⁸⁵, por un lado, mientras que para los soportes de almacenamiento de audio y video, analógicos y

³⁸⁴ Acerca de su naturaleza jurídica, al igual que ocurre en España, ha existido cierto debate entorno a su encuadre. En este sentido, como destaca IORIO, a la luz de la jurisprudencia italiana parece determinarse su condición de “*prestación patrimonial imputada*”, por cuanto, según este autor, “operando presuntivamente, a differenza del compenso per diritto d'autore è dovuto anche da chi in realtà non effettua alcuna copia privata ed inoltre, è stabilito nel se e nel quanto autoritativamente” (IORIO, M., “Il compenso per copia privata: prestazione patrimoniale imposta”, *Rivista Marketplace*, Sezione Parere Legale, agosto 2014; pág. 76). Ello concuerda con lo dispuesto en la Sentencia del TAR Lazio, de 2 de marzo de 2012, núm. 02162/2012, que concluye que “non può che giungersi alla conclusione che il pagamento dell'equo compenso per copia privata, pur avendo una chiara funzione sinallagmatica e indennitaria dell'utilizzo (quanto meno potenziale) di opere tutelate dal diritto di autore, deve farsi rientrare nel novero delle prestazioni imposte, giacché la determinazione sia dell'an sia del quantum è effettuata in via autoritativa e non vi è alcuna possibilità per i soggetti obbligati di sottrarsi al pagamento di tale prestazione fruendo di altre alternative. In questo senso, dunque, il profilo della imposizione è – per usare le parole della Corte Costituzionale – prevalente”.

³⁸⁵ El artículo 71 septies apartado 1, establece textualmente que “*Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio.*”

digitales, discos duros o memorias portátiles, la compensación se configura como una cuantía impuesta en función de la capacidad de almacenamiento de cada dispositivo.

Los gravámenes o cuantías de la compensación, tal y como indica el apartado 2 del artículo 71 septies, se determinan por medio de Decreto Ministerial, siendo el vigente el de 30 de diciembre de 2009³⁸⁶, siendo los sujetos deudores, de acuerdo con el apartado 3 del precepto, los fabricantes e importadores en el territorio del Estado de los aparatos y soportes y, en caso de incumplimiento de éstos, es responsable del pago el distribuidor de los soportes³⁸⁷. En cuanto al sujeto acreedor, la norma prevé en el artículo 71 octies que lo será la “Società italiana degli autori ed editori” (SIAE), que es la encargada de repartirlo entre los titulares de los derechos, siguiendo los porcentajes que determinan los apartados 1 y 3 del precepto³⁸⁸, reservándose ex lege, con el fin de “favorecer la creatividad de los jóvenes autores”, de acuerdo con el apartado 4, el 10% por ciento del total de lo recaudado – calculado antes del reparto previsto en los ap. 1 y 3 – que pasará a gestionar la propia Sociedad³⁸⁹.

Las cuantías, tal y como se ha destacado, se encontraban reguladas en el Decreto Ministerial de 30 de diciembre de 2009, popularmente conocido como “Decreto Bondi”³⁹⁰, en el que además de tales previsiones, en el artículo 4 se recogen una serie de protocolos aplicativos. En el primer apartado de tal precepto se establece que “*La Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) promuove protocolli per una più efficace applicazione delle presenti disposizioni, anche al fine di praticare esenzioni oggettive e soggettive, come, a titolo esemplificativo, nei casi di uso professionale di apparecchi*

³⁸⁶ Disponible en:

http://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/MiBAC/documents/1263481888506_d1.pdf

³⁸⁷ El incumplimiento de esta obligación impuesta en el art. 71 septies, apartado 3, de acuerdo con el apartado 4, es castigado con “*la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero con la revoca della licenza o autorizzazione stessa.*”

³⁸⁸ Art. 71 octies: “*1. Il compenso di cui all'articolo 71-septies per apparecchi e supporti di registrazione audio è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, per il cinquanta per cento agli autori e loro aventi causa e per il cinquanta per cento ai produttori di fonogrammi, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative.*” “*3. Il compenso di cui all'articolo 71-septies per gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative, per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori. La quota spettante agli artisti interpreti o esecutori è destinata per il cinquanta per cento alle attività e finalità di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 93.*”

³⁸⁹ Apartado añadido por la Ley 28 de diciembre 2015, núm. 208, cuya vigencia comenzó el 1 de enero de 2016.

³⁹⁰ Actualmente sustituido, como se comentará con posterioridad, por el Decreto Ministerial de 7 de Julio de 2014, que manteniendo el mismo mecanismo, supone un incremento de las tarifas.

o supporti ovvero per taluni aparati per videogiochi. Detti protocolli applicativi sono adottati in accordo con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria.” El mecanismo que aquí se articula para la exención de pago a las personas jurídicas y la potestad al respecto otorgada a la SIAE ha supuesto un conflicto a nivel italiano, que ha llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La cuestión ha sido reenviada al Tribunal por el Consejo de Estado italiano, por las demandas presentadas por Nokia Italia, Hewlett Packard, Telecom Italia, Samsung Electronics, Dell, Fastweb, Sony Mobile, Wind, y la participación de di Assotelecomunicazioni- Asstel, quienes impugnaron el decreto Bondi. Esas demandantes interpusieron ante el Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, Italia) diversos recursos para la anulación del Decreto de 30 de diciembre de 2009. En apoyo de éstos alegaban que la normativa nacional en cuestión es contraria al Derecho de la Unión, en especial a causa de la sujeción al canon por copia privada de personas que obran con fines manifiestamente distintos de los propios de la copia privada, en particular personas jurídicas y otras personas que actúan con fines profesionales. También pusieron de relieve el carácter discriminatorio de la delegación de facultades atribuida por el MIBAC a la SIAE, que es el organismo encargado de la gestión colectiva de los derechos de autor en Italia, ya que la normativa nacional confiere a esta última la facultad de designar las personas a las que exonerará del pago del canon por copia privada, y las que pueden solicitar la devolución del canon que hayan pagado. Por su parte, el Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio) desestimó esos recursos. Las demandantes en el litigio principal apelaron, entonces, contra la resolución desestimatoria de esos recursos ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), el cual, albergando dudas sobre la interpretación que se debe dar en ese contexto al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial³⁹¹.

³⁹¹ Las cuestiones prejudiciales presentadas son, en concreto: “1) ¿Se opone el ordenamiento jurídico de la Unión —en particular el considerando 31 y el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29— a una normativa nacional (en particular, el artículo 71 sexies de la [LDA], en relación con el artículo 4 del [anexo] del Decreto de 30 de diciembre de 2009), que establece que, en lo que se refiere a soportes y dispositivos adquiridos con fines manifiestamente ajenos a la copia privada —es decir, para uso exclusivamente profesional—, la determinación de los criterios de exención ex ante del canon por copia privada se encomienda a la contratación —es decir, a la “libre negociación”— privada, en especial en lo que atañe a los “protocolos de aplicación” mencionados en el artículo 4 del [anexo] del Decreto de 30 de diciembre de 2009], y no contiene ninguna disposición de carácter general ni garantías

En base a la misma, el Tribunal ha tenido que decidir acerca de la compatibilidad con la normativa europea de la disciplina de compensación por copia privada que configura el Decreto en cuestión en lo que respecta a la exención aplicada a los productos de uso profesional y el papel de la SIAE en la gestión de los protocolos aplicativos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 2016, asunto C-110/15, falla dando la razón a los demandantes, confirmando que la aplicación del mecanismo de compensación por copia privada no puede ser indiscriminada. El pronunciamiento trae causa de un procedimiento en los Tribunales nacionales en el que se afirmaba la validez y ajuste a Derecho de la norma en cuestión, sin embargo, el Alto Tribunal europeo determina que, a pesar de que, si bien, es acorde con el Derecho comunitario que se establezca un sistema para compensar de forma equitativa a los autores, ésta debe ser soportada por el usuario final y no por los fabricantes y distribuidores del producto. La sentencia rechaza, además, que ese sistema recaiga exclusivamente en la gestión de la Sociedad Italiana de Derechos de Autores y Editores (SIAE), en régimen de monopolio y que no exista una ley específica que regule el procedimiento. En concreto, concluye el fallo que *“El Derecho de la Unión, en particular el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la discutida en el litigio principal, que condiciona la exención del pago del canon por copia privada de los productores e importadores de equipos y soportes destinados a un uso manifiestamente distinto de la copia privada a la conclusión de acuerdos entre una entidad, que dispone de un monopolio legal de la representación de los autores de las obras, y los obligados al pago de la compensación o sus asociaciones profesionales, por una parte, y, por otra, prevé que sólo el usuario*

de igualdad de trato entre la SIAE y las personas obligadas al pago de la compensación o sus asociaciones sectoriales?

2)¿Se opone el ordenamiento jurídico de la Unión —en particular el considerando 31 y el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29— a una normativa nacional como el artículo 71 sexies de la [Ley sobre derechos de autor], en relación con el [Decreto de 30 de diciembre de 2009] y con las instrucciones impartidas por la SIAE en materia de devolución, que establece que, en lo que se refiere a soportes y dispositivos adquiridos con fines manifiestamente ajenos a la copia privada —es decir, para uso exclusivamente profesional—, la devolución sólo puede exigirla el usuario final y no el fabricante de tales soportes y dispositivos?”

final de esos equipos y soportes puede solicitar la devolución de ese canon, si hubiera sido indebidamente pagado.”³⁹²

En apoyo de tal fallo, en los Fundamentos de Derecho, el Tribunal sostiene que “*En efecto, ante todo, esa normativa, que, según se ha expuesto en el anterior apartado 40, no establece ninguna disposición de aplicación general que exonere del pago del canon por copia privada a los productores e importadores que demuestren que personas distintas de las personas físicas han adquirido los equipos y soportes, para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado, se limita a imponer una obligación de medios a la SIAE, que sólo debe «fomentar» la conclusión de protocolos mediante acuerdo con las personas a quienes se exige el pago del canon por copia privada. De ello se sigue que pueden ser tratados de forma diferente productores e importadores que se hallan en situaciones comparables, según hayan concluido o no un protocolo de acuerdo con la SIAE.*” (Fundamento de Derecho 47) A lo anterior, añade que, “*Por otro lado, esa normativa, y en especial el artículo 4 del anexo técnico, no prevé criterios objetivos y transparentes a los que se deban ajustar las personas obligadas al pago de la compensación equitativa o sus asociaciones profesionales para la conclusión de esos protocolos de acuerdo, ya que esa disposición se limita a*

³⁹² Unida la cuestión principal, es preciso destacar que la SIAE, en sus observaciones escritas solicitó al Tribunal de Justicia que limitara los efectos en el tiempo de la presente sentencia, en el supuesto de que juzgara que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 se opone a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal. Así, en apoyo de su solicitud, la SIAE advierte al Tribunal de Justicia, en primer lugar, de las graves repercusiones económicas para la SIAE que tendría una sentencia que así lo apreciara, ya que, excepto la parte retenida por la SIAE para cubrir los gastos derivados de su actividad de recaudación, las compensaciones ya se han repartido a favor de los titulares de derechos. En segundo lugar, ponía de relieve que no cabe dudar de que la SIAE obró de buena fe y con plena convicción de que la normativa nacional discutida en el litigio principal era enteramente compatible con el Derecho de la Unión, convicción reforzada por el hecho de que, no obstante la prolongada aplicación de esa normativa, la Comisión, que tenía completo conocimiento de ella, nunca manifestó objeciones a su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

En respuesta a tal solicitud, el Alto Tribunal, en los Fundamentos Jurídicos 61 y 62, responde que el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy específicas, cuando “*existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada como válidamente en vigor, y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión Europea (sentencia de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12, EU:C:2014:108, apartado 42 y jurisprudencia citada)*”. Atendiendo a esto, añade que, en lo concerniente al segundo criterio se constata que la SIAE no ha demostrado el riesgo de trastornos graves, sino que se ha limitado a manifestar que las compensaciones ya se habían repartido íntegramente a favor de los titulares de derechos y que “*probablemente no conseguiría recuperar esas cantidades*”. En definitiva, atendiendo a todo ello, resuelve que no ha lugar a limitar los efectos de la sentencia en cuestión en el tiempo.

mencionar a modo de ejemplo la exención «en caso de utilización profesional de equipos o soportes o para determinados dispositivos de videojuegos», y además, según los mismos términos de ese artículo, las exenciones aplicadas pueden ser de carácter objetivo o subjetivo.” (Fundamento 48) Por otro lado, con respecto a los poderes de decisión y aplicación otorgados en exclusiva a la SIAE, como ente de naturaleza privada de gestión de los derechos e intereses de los titulares, el Tribunal determina que *“toda vez que la conclusión de esos protocolos se deja a la libre negociación entre la SIAE y las personas obligadas al pago de la compensación equitativa o sus asociaciones profesionales, hay que apreciar que, incluso suponiendo que esos protocolos fueran concluidos con la totalidad de las personas que podrían solicitar la exención del pago del canon por copia privada, no está garantizado que los productores e importadores que se hallen en situaciones comparables sean tratados de igual manera, ya que los términos de esos acuerdos son el resultado de una negociación en régimen de Derecho privado.”* (Fundamento 49) A tenor de lo anterior, el TJUE concluye, en su Fundamento de Derecho 50, que *“los aspectos puestos de relieve en los anteriores apartados 47 a 49 impiden considerar que la normativa nacional discutida en el asunto principal pueda garantizar el cumplimiento efectivo de la exigencia recordada en el anterior apartado 44, con observancia del principio de seguridad jurídica en particular.”*, destacando acerca del procedimiento configurado por la SIAE para la exención que *“el procedimiento de devolución, que ha regulado la SIAE y que figura en «instrucciones» de ésta disponibles en su sitio Internet, prevé que sólo puede solicitar la devolución el usuario final, que no sea una persona física. En cambio, no pueden solicitar la devolución el productor ni el importador de los soportes y equipos.”* (Fundamento de derecho 51)

A modo de cierre, en los Fundamentos de Derecho 55 y 56, dispone el Tribunal que *“Dado que el sistema de compensación equitativa discutido en el litigio principal no establece garantías suficientes para la exención del pago del canon de los productores e importadores que demuestren que los equipos y soportes se han adquirido para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado, ese sistema debería prever en cualquier caso un derecho de devolución del canon que sea efectivo y no dificulte excesivamente la recuperación del canon pagado, según se ha señalado en el anterior apartado 37. Pues bien, el derecho a devolución previsto por el sistema de compensación equitativa discutido en el asunto principal no puede considerarse efectivo, ya que consta que no se reconoce a favor de las personas físicas, ni siquiera*

quando acquistano gli apparecchi e i supporti per fini manifestamente estranei al realizzare copie di uso privato.” Determinando che “Per tutte le considerazioni precedenti se ha di rispondere a le questioni sollevate che il Diritto di l’Unione, in particolare l’articolo 5, paragrafo 2, lettera b), di l’Direttiva 2001/29, deve interpretarsi in il senso di che si oppone a una normativa nazionale, come la discussa in il litigio principale, che condiziona l’esenzione di l’pagamento di l’canone di l’copia privata di l’produttori e importatori di apparecchi e supporti destinati a un uso manifestamente diverso di l’copia privata a l’conclusione di accordi tra una entità, che dispone di un monopolio legale di l’rappresentazione di l’autori di l’opere, e gli obbligati di l’pagamento di l’compensazione o di l’loro associazioni professionali, da una parte, e, da l’altra, prevede che solo il destinatario finale di questi apparecchi e supporti può richiedere di l’devoluzione di l’questo canone, se non è stato indebitamente pagato.”

En virtud de esta Sentencia, por lo tanto, se determina la necesaria modificación del mecanismo de compensación por copia privada, tal y como está configurada en la actualidad en Italia, tanto en el marco de lo previsto por la L.d.a. como por el Decreto Ministerial que lo complementa; por cuanto, pese a que el Decreto Ministerial *ad hoc* actualmente en vigor es del fecha 20 de junio de 2014³⁹³, pese a suponer una modificación al alza de las cuantías en recargo a los dispositivos de reproducción³⁹⁴, mantiene intacta la previsión del artículo 4 “Protocolos aplicativos”, con el mismo contenido y redacción que presentaba el Decreto declarado no conforme a Derecho por el TJUE. Unido a la anterior consecuencia, de acuerdo con IORIO, “*Ora, dato che gli accordi di cui si tratta disciplinano, oltre ai prodotti “professionali” anche altri aspetti della determinazione e della corresponsione del compenso per copia privata, (è il caso ad esempio dei prodotti multifunzionali, quali oggi certi decoder TV, in cui il compenso è calcolato alla stregua degli accordi SIAE/Associazioni imprenditoriali), i produttori potrebbero valutare oggi se mettere in discussione quanto pagato in passato in virtù di tali accordi ed agire per chiederne a SIAE - in tutto o in parte - la restituzione*”³⁹⁵.

³⁹³ Disponible en:

http://www.librari.beniculturali.it/opencms/export/sites/dgbid/it/documenti/Eventi/2014/34_DECRETO_20_giugno_2014.pdf

³⁹⁴ Al respecto, vid. IORIO, M., “Il compenso per copia privata: prestazione patrimoniale imposta”, op. cit.; págs. 74 y ss.

³⁹⁵ IORIO, M., “Copia privata: novità (amare per SIAE) dalla recente sentenza della Corte di Giustizia Europea del 21.09.2016”, *Rivista Marketplace*, Sezione Parere Legale, octubre 2016; pág. 79).

Se evidencia así un notable paralelismo entre las situaciones italiana y española con respecto a la figura de la compensación, por cuanto ambas han sufrido el varapalo de ver declaradas contrarias a Derecho por el TJUE los mecanismos configurados en sus respectivos territorios. En los dos casos, además, la quiebra de la figura reside, de acuerdo con la postura del Tribunal, en el mecanismo de exención para las personas jurídicas, en el caso de Italia por su naturaleza y exclusión de las personas físicas e importadores y productores, y en el caso de España por la ausencia del mismo.

CAPITULO V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL

5.1 Introducción.

Nos encontramos con que el entorno digital es ya el principal motor de la economía mundial, puesto que según recoge la Comisión Europea en la Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, de 6 de mayo de 2015, *“en menos de una década, la mayor parte de la actividad económica dependerá de los ecosistemas digitales, que integrarán infraestructuras digitales, equipos y programas informáticos, aplicaciones y datos. Será necesario digitalizar todos los sectores si la UE quiere mantener su competitividad, mantener una base industrial fuerte y gestionar la transición a una economía industrial y de servicios inteligente. El 75 % del valor añadido por la economía digital proviene de las industrias tradicionales”*.

La expansión de internet y las nuevas tecnologías es, por tanto, una realidad innegable, siendo ya habitual el consumo de todo tipo de productos y servicios a través de la red, la utilización de plataformas para la interacción social, la llamada economía o consumo colaborativo (basado en el intercambio de servicios entre particulares, como es el caso de *Uber*, *Blablacar*, entre otros), mensajería, etc. Todo ello favorecido por la multiplicidad de dispositivos de los que dispone la ciudadanía en la actualidad, con conexión a internet, como *tablets*, *smartphones* y ordenadores, a los que se unen los relojes inteligentes y cada vez más los dispositivos de reproducción y *smartvs*, con los que se puede acceder a innumerables portales webs y numerosas aplicaciones. Este fenómeno se ve reflejado en la previsión, de la que se han hecho eco medios especializados, de que el universo digital se expandirá hasta los 6 trillones de terabytes de datos en el año 2015, lo que supone el 50% más de la información digitalizada que se creó, replicó y se consumió el año pasado, tal y como pone de manifiesto el *whitepaper* de IBM titulado *“El big bang”*.

Lo anterior configura un escenario que pone de manifiesto que cada vez usamos más y con más fines internet y los avances tecnológicos, que por supuesto han traído consigo numerosas ventajas y facilidades para la ciudadanía, pero también suponen nuevos

riesgos para los que quizá no estamos preparados y para los que, por tanto, tal vez el Derecho aun no haya encontrado una respuesta efectiva. Este es el caso, sin duda, de las creaciones intelectuales en esta era de la información y las comunicaciones electrónicas, caracterizada por la rapidez de transmisión de la información, la intangibilidad, inmediatez, globalidad y ausencia de barreras temporales y físicas y facilidad de multiplicación de contenidos. En este sentido, el campo de batalla, sin duda alguna, es el Derecho civil, y, de manera específica, la Propiedad Intelectual.

Dentro de este panorama, la digitalización de los contenidos, tal y como sostiene MATA Y MARTÍN³⁹⁶, cambia el modo y forma en que se exteriorizan las creaciones de autor, lo que modifica a su vez el equilibrio entre el control del creador de su obra y la capacidad real de acceso de terceros a la misma. Y ello es así porque, como es ya conocido por todos, la tecnología digital facilita sobremanera la copia ilimitada de los contenidos, de manera rápida y manteniendo intacta la calidad a un coste muy bajo, permitiendo, así mismo, la difusión, transmisión y acceso a los contenidos por incontables medios de manera global y sin restricciones. En consecuencia, nos encontramos con que *“la reacción frente a los cambios se produce en numerosos campos, queriéndose lograr un real control tecnológico de las obras y un refuerzo jurídico de la posición de los autores. Pero lo que resulta más difícil conseguir es el punto adecuado para el nuevo equilibrio entre los intereses en juego, especialmente por el peso económico que adquiere en el nuevo contexto la información y los contenidos de las obras de todo tipo”*³⁹⁷. La complejidad del equilibrio de los derechos e intereses en juego se unen aquí a la creciente globalidad de las creaciones y la constante aparición de modelos de explotación y servicios nuevos que quedan fuera de las posibilidades contempladas por la normativa actual y que, por tanto, por su idiosincrasia, demandan una regulación propia y una adaptación de las previsiones legales actualmente vigentes. Desde esta perspectiva, pues, se hace cada vez más necesaria una reformulación de las definiciones de los principales derechos de autor afectados y una revisión y reafirmación de las limitaciones y excepciones a los mismos dentro del territorio de la Unión Europea.

³⁹⁶ MATA Y MARTÍN, R.M. (Coord.) y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*; Editorial La Ley, Madrid, 2011, pág. 17.

³⁹⁷ MATA Y MARTÍN, R.M., 2011, Op. Cit.

Por otro lado, otros elementos que se suman a la ecuación son la insuficiente adaptación de la industria cultural, y la musical y audiovisual en concreto, a esta nueva realidad, como la falta de homogeneización de las legislaciones europeas en el marco de un mercado cada vez más único o unificado y la subsistencia de las conductas ilícitas de uso y disfrute de contenidos en línea protegidos por los derechos de autor no autorizados. Y la lista de brechas no para de crecer para un Derecho en constante proceso de cambio e intentos de modernización.

5.2. Aumento de la fragilidad de las obras e indefensión de los autores.

Es en este contexto planteado en el que, por todo lo comentado, nos encontramos con que la falta de adaptación a los cambios de la sociedad y el súper desarrollo de las tecnologías, todo aquello que no se ha transformado debidamente para blindarse y mimetizarse con esta nueva realidad se ha visto afectado irremediablemente por una debilitación que le deja en una situación de mayor vulnerabilidad frente a los nuevos usos y costumbres que les rodean. Ello porque, haciendo un paralelismo con las ciencias naturales, de las que las ciencias jurídicas no quedan tan alejadas como podría parecer, la teoría de la evolución de Darwin es igualmente aplicable a aquellas realidades y “cosas” no vivas, puesto que los objetos y entes inanimados que nos rodean igualmente necesitan evolucionar e ir adaptándose a los nuevos tiempos e idiosincrasias para subsistir, la única diferencia entre ellos y los seres vivos es que, en el caso de los primeros, éstos no pueden realizar el proceso por si mismos, siendo en nosotros, los seres humanos, en quienes recae la tarea de modificar y modernizar estas realidades.

Es esto lo que les viene ocurriendo a las creaciones intelectuales en la actualidad, desde el origen de los tiempos, desde la primera manifestación de intelecto en los albores del nacimiento del ser humano, las formas de expresión y comunicación y, sobre todo, los riesgos que a éstas acechaban mucho distan de los peligros y ataques que se dan en la actualidad. Sin embargo vemos que los mecanismos de protección de estas obras, y de los derechos de sus autores, poco han cambiado en los últimos tiempos.

Las vulnerabilidades de las obras y sus creadores no son las mismas que en el pasado más reciente, siendo hoy en día muy superiores en número las brechas que existen en su protección. Si bien se ha tratado de tomar medidas y fijar barreras en este sentido desde el Derecho y los poderes del Estado, se pone de manifiesto el “*lastre*”, ya comentado,

que supone el anquilosamiento y falta de modernización de las instituciones, entre ellas sin duda el Derecho, para hacer frente a la velocidad y grado de evolución de las nuevas tecnologías. Es de este modo que, sobre todo en el campo del Derecho de propiedad intelectual y las creaciones intelectuales, tristemente es fácil ver como el “parche” desarrollado por el Derecho para darle respuesta a la brecha ocasionada por internet y las nuevas tecnologías llega, casi siempre, tarde, cuando ya ha sido creado un nuevo modo de vulneración o, en muchos casos, es una solución que, por estos mismos motivos, deja de ser efectiva al poco tiempo.

En definitiva, por estas causas mencionadas, lo que resulta evidente es que las creaciones intelectuales y sus titulares de derechos de autor adolecen en la actualidad de una mayor vulnerabilidad e indefensión frente a las incontables e intangibles vías de ataque y vulneración que esta sociedad 3.0 pone a nuestra disposición. Así mismo, dicha fragilidad se ve multiplicada exponencialmente por el crecimiento que ha conocido el público que tiene acceso a estas herramientas tecnológicas, por lo que, correlativamente ha aumentado el número de usuarios que pueden dar uso y desarrollar estas vías de ataque a las obras protegidas y a sus autores. De este modo lo refleja CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ cuando sostiene que *“la propiedad intelectual es, por la propia naturaleza de su objeto, uno de los derechos que mayor vulnerabilidad presenta en la realidad. Las posibilidades de explotación académica de la obra o de las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes son ilimitadas, se multiplican diariamente merced al desarrollo tecnológico y están al alcance de un número creciente e indefinido de sujetos”*³⁹⁸. En ese mismo sentido se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cuando dispone que *“la tecnología digital y las redes informáticas constituyen el desafío más reciente para la propiedad intelectual, cuestionando incluso las categorías tradicionales de obras y su tratamiento (al permitir traducirlas todas a soporte digital), así como de los derechos o facultades integrantes de aquella (dificultad de distinción entre derechos de reproducción, comunicación, distribución). A dicha problemática se suma la cuestión de la ley aplicable a las transmisiones digitales interactivas, que no pueden solucionarse adecuadamente acudiendo a los criterios tradicionales establecidos en el Convenio de Berna [...]”*³⁹⁹.

³⁹⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A.; El plagio y otros estudios de derechos de autor, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2009; pág. 16.

³⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Introducción a la Propiedad Intelectual”, en AA.VV., *Manual de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Tirant LoBlanch, Valencia, 2015, pág. 48.

Es así que, empleando una metáfora bélica, podríamos decir que las obras nacidas del intelecto se encuentran en la actualidad en una guerra que les enfrenta a los millones de usuarios de internet y las nuevas tecnologías y los que se han venido a llamar proveedores de los servicios de la sociedad de la información, donde el campo de batalla es principalmente internet y donde las vías de ataque y las dimensiones del bando contrario son innumerables y en crecimiento.

Como bien se ha comenzado a hilvanar en lo ya expuesto y, tal y como pone de manifiesto XIOL RIOS⁴⁰⁰ la sociedad de la información viene impulsada por la evolución y extensión de la informática y las telecomunicaciones. El desarrollo de esta tecnología digital ha significado una profunda afección en el ámbito cultural y en los derechos de autor por extensión, dada la ampliación de posibilidades de creación de novedosos soportes y dispositivos capaces de almacenar mayor cantidad de información y de mejor calidad, así como el incremento que conlleva en la rapidez y facilidad de transferencia entre dispositivos de estos contenidos, constituyendo lo que Beloso BELLOSO MARTÍN denomina la “tecnología de la libertad”⁴⁰¹.

Esta transformación se ha materializado en lo que se conoce como paso del modelo analógico al digital. Como pone de relieve MATA Y MARTÍN⁴⁰², el antiguo sistema analógico se caracterizaba por un modelo de explotación que favorecía que los derechos de autor quedaran amparados por el límite de copia privada así como por los derechos de reproducción y distribución reconocidos a los autores en la legislación. Sin embargo, la digitalización de las obras, propia del nuevo modelo actual, ha dado lugar a un cambio en la forma en que se interrelacionan el control de los autores sobre sus creaciones y la capacidad real de acceso a las mismas por parte de los consumidores y usuarios. Ello evidencia el hecho de que las nuevas tecnologías vienen a facilitar, sin duda alguna, el acceso rápido e ilimitado a las obras, a un bajo o incluso nulo coste, dotando a las mismas de una gran calidad.

En ello, en gran medida, entiendo, se basan el éxito y la extensión que ha conocido el formato digital frente al analógico, dadas sus características de mayor calidad, facilidad

⁴⁰⁰ XIOL RIOS, J.A., “El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del Derecho civil”, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN, X. (Coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2011; págs. 259 y ss.

⁴⁰¹ BELLOSO MARTÍN, N., “Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites”, en *La Propiedad Intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, MATA y MARTÍN, R. (Dir.) y MARTÍN JAVATO, A.M. (Coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2001; pág. 64.

⁴⁰² MATA y MARTÍN, R., en *La Propiedad Intelectual en la era digital*, op. cit.; pág.17.

de copia y transmisión, posibilidad de acceso global masivo e incontrolable y su velocidad⁴⁰³, lo cual es percibido por la Industria cultural como una amenaza y un riesgo para su modelo de negocio cuyo núcleo se encuentra, sobre todo en el caso de los contenidos musicales, audiovisuales y cinematográficos y videojuegos, en la obtención de beneficios por la venta de copias y la reproducción de los contenidos⁴⁰⁴.

Con todo ello, no se puede poner en duda que la era digital ha traído consigo tanto ventajas como inconvenientes. De un lado, implica una mayor complejidad al campo de la Propiedad Intelectual y la protección de los derechos de autor, puesto que ha facilitado la extensión de las posibilidades de vulnerar los derechos de los autores sobre sus obras, multiplicando las vías de transferencia y copia de los contenidos de autor tanto por vía legal como ilegal. Sin embargo no se deben obviar las importantes ventajas, puesto que, como defiende ROGEL VIDE⁴⁰⁵, hay que tener presente que esta evolución de los medios técnicos a la que venimos haciendo referencia, ha hecho más rentable la explotación económica de las creaciones culturales al permitir la ampliación de la clientela potencial, incrementando la velocidad de transmisión y reduciendo barreras y costes. Esto, necesariamente, revierte en un beneficio tanto para el autor, que tiene un mayor público y reconocimiento de su obra, lo que implica mayores ventas y, por tanto, ganancias; como para la sociedad en general que disfruta de un mayor y mejor acceso a los contenidos culturales.

Esta vertiente positiva de las nuevas tecnologías e internet la destaca, así mismo, LILLÀ MONTAGNANI⁴⁰⁶, al sostener que suponen un elemento esencial para fomentar la economía actual, favoreciendo una mayor productividad y abriendo nuevos mercados, tal y como destaca la Comisión Europea en la Agenda Digital para Europa en su estrategia centrada en el “*cloud computing*” de septiembre de 2012⁴⁰⁷.

Este paso a la era digital, también ha supuesto, paralelamente, una transformación del concepto de vida económica de las creaciones intelectuales frente al mantenimiento del

⁴⁰³ Tal y como pone de relieve HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., “El régimen jurídico de las descargas”, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLGHAN, X. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2011, pág. 253.

⁴⁰⁴ Vid. ADIEGO RODRÍGUEZ, J., en *La Propiedad Intelectual en la era digital*, MATA Y MARTÍN, R. (Dir.) y JAVATO MARTÍN, A. (Coord.), La Ley, Madrid, 2011, pág.51.

⁴⁰⁵ ROGEL VIDE, C., *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, Madrid, 1999.

⁴⁰⁶ LILLÀ MONTAGNANI, M., “Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete”, *Rivista di Diritto Industriale*, Anno LXIII, No. 3, 2014 Milano.

⁴⁰⁷ Agenda Digital para Europa, estrategia centrada en el “cloud computing” de septiembre de 2012, “Disfrute del Potencial del Cloud Computing en Europa”.

concepto de vida legal de las mismas⁴⁰⁸, lo cual ha provocado numerosos problemas de competencia derivados del cambio a vidas económicas absolutas, más largas ya que la vida legal de las obras. Como señala NOMEN, la digitalización de las obras ha supuesto, de un lado, la paulatina pérdida de relevancia o indispensabilidad de los intermediarios (salas de cine, canales de televisión, etc.), permitiendo la existencia de una relación directa entre el productor o ente que fija la grabación de la obra y el público; y de otro, y derivado de lo anterior la desaparición de la necesidad de un determinado volumen de público para mantener la explotación de la obra, ya basta que haya una mínima demanda, puesto que el coste de mantenimiento de la misma en línea es muy bajo o nulo, de modo que el ciclo de explotación pasa a ser ilimitado. Además, dado el alto nivel de compresión de los archivos, y la altísima capacidad de almacenamiento de las plataformas online, prácticamente ilimitado, ya no existe la necesidad de sustitución de los contenidos atendiendo al criterio del rendimiento económico, lo que nos lleva al citado novedoso concepto de vida económica absoluta.

Paralelamente a este fenómeno, como he comentado, se encuentra el mantenimiento de la vida legal de las creaciones, cuyos plazos de protección han permanecido inmutables a este cambio, lo que, sin duda, debilita el amparo a las obras, al contemplar un blindaje muy limitado en el tiempo para creaciones ya, en algunos casos, prácticamente “*inmortales*”. A ello se une la falta de uniformidad en la regulación de las vidas legales contenida en los distintos ordenamientos jurídicos a nivel internacional (debiéndose destacar la comparación entre Estados Unidos y Europa), lo que crea un evidente agravio comparativo y una notoria desventaja competitiva para los creadores/productores.

Es notorio, que la aparición de las redes electrónicas y el desarrollo de los formatos y técnicas de compactación y digitalización de obras han determinado un cambio radical no sólo en la forma de acceder a las obras y difundirlas, sino que también ha provocado un cambio en el comportamiento del consumidor/usuario, lo que ha influido, a su vez, en la modificación de los sistemas de explotación, como ya he mencionado. Ello ha concatenado una ruptura en la cadena de comercialización entre el productor y el consumidor, caracterizándose ahora por una relación directa. Esta idea es defendida, así mismo, por ROBERTI y ZENO ZENCOVICH, por cuanto entienden que nos

⁴⁰⁸ Vid. NOMEN, E., “Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y la Unión Europea dentro del territorio de ésta”, en *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN (Dir.), Dykinson, Madrid, 2011, pág. 177 y ss.

encontramos ante una evolución de la oferta y el origen de una transformación de los modelos de demanda, donde las posibilidades de elección son múltiples y por tanto el usuario o consumidor puede “seleccionar a su gusto qué, cómo, dónde y cuándo quiere”, de modo que pasa a convertirse, sino editor, al menos si su propio creador de contenidos⁴⁰⁹.

Nos encontramos con que, el fin de las limitaciones en la puesta a disposición de las obras existentes para los tradicionales canales de distribución y comunicación al público han permitido la existencia de mayores repertorios de obras, una independencia de los conceptos de rentabilidad económica pero, también, la limitación del catálogo ofertado por el productor. Esta cuestión ya fue puesta de relieve en el Informe de la Comisión Europea de 2009 “Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future”, donde se advertía que *“queda probado que la puesta a disposición online de contenidos creativos de producción profesional es una empresa arriesgada, a causa de la fragmentación del mercado, los elevados costes de desarrollo y producción y la necesidad de financiar nuevos servicios, aún no rentables, a partir de los decadentes flujos de ingresos de la distribución analógica y física “tradicional”. Diferentes tendencias y retos destacables surgen dependiendo de la tipología de contenido digital”*⁴¹⁰.

Así, de todo ello, a su vez, ha derivado en un cambio de tendencia en el comportamiento del consumidor, que muestra un menor consumo por compraventa y/o alquiler de ejemplares, decantándose cada vez más por la descarga temporal o final de contenidos en formato electrónico.

La suma de todo lo anterior, ha supuesto el ya citado fin del concepto de vida económica relativa de las creaciones intelectuales, dando paso a la vida económica absoluta, lo cual ha conllevado, a su vez, al nacimiento de un nuevo modelo de negocio. Éste se caracteriza por la velocidad de creación y difusión de las obras, la gestión prácticamente centralizada en el catálogo electrónico/digital y en el auge de las plataformas online como centro principal para el consumo de las obras audiovisuales.

⁴⁰⁹ ROBERTI, G. M., y ZENO ZENCOVICH, V., “Dalla Televisione ai “Servizi Media Audiovisivi”: La Direttiva 65/07 e il “Decreto Romani”, en *Manuale di Diritto Dell’Informazione e della Comunicazione*, Editore Cedam, Milán, 2015, pág. 132.

⁴¹⁰ Traducción de la autora. Texto original: *“Making professionally produced creative content available online is proving to be a high-risk business, because of market fragmentation, high development and production costs and the need to fund as yet unprofitable new services from the declining revenue streams of “traditional” analogue and physical distribution. Different trends and considerable challenges arise depending on the type of digital content.”*

Este nuevo modelo comporta, por otro lado, la desaparición de los contratos de preventa de derechos de emisión por televisión en abierto y de pago, así como de los contratos de preventa de derechos de copia y distribución de los formatos analógicos (video, DVD, etc.), lo que no solamente cambia el sistema de distribución y consumo hasta ahora conocido, sino que, también, hará cada vez más difícil la obtención de financiación para la creación artística. Este sistema concentra su potencialidad en la fuerza de los *microconsumos* existentes a nivel mundial, de manera agregada, de modo que su mantenimiento se basa en la compensación de esa paulatina desaparición de los contratos de preventa a través de los ingresos derivados de los derechos de puesta a disposición del público a nivel mundial. La potenciación de esta fuente de financiación se nutre de los fenómenos, ya comentados, del carácter global de las redes electrónicas y de la desaparición progresiva de la figura del intermediario (entendiéndose por tal al explotador del equipo o máquina necesario para el visionado o reproducción); todo ello trae consigo la desaparición de las protecciones geográficas basadas en el control local sobre los intermediarios, que hasta ahora existían.

En otro orden de cosas, pero en relación con las cuestiones tratadas anteriormente, nos encontramos con que, como eje de este modelo digital, se encuentra la sobredimensión que ha conocido el intercambio de archivos. Dicha actividad, según la doctrina mayoritaria, se debe contemplar como un sistema complejo compuesto por varios actos de explotación que, unidos, forman un proceso, tal y como lo define ROBLES DE LA TORRE⁴¹¹, y en el que “intervienen o pueden intervenir una pluralidad de sujetos que ordinariamente no tendrán mayor vínculo entre sí que su carácter de usuarios de la red”⁴¹². Es por ello que ambos autores abogan por el análisis individualizado de los distintos actos que lo conforman para poder valorar su legalidad. El problema que se deriva de esta complejidad es la mayor dificultad que comporta para su regulación, detección y, por tanto, su persecución en caso de ilegalidad. Así mismo, a ello se une la intrazabilidad de la difusión cuando se de vía email y mensajería privada por la inviolabilidad que las caracteriza y el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad blindados en nuestro ordenamiento jurídico.

Así mismo, otro elemento a tener en cuenta al tratar la mayor vulnerabilidad de las obras en la actualidad, es sin duda la obsolescencia de la que adolecen debido a la ya

⁴¹¹ ROBLES DE LA TORRE, P., “La regulación del intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española”, en O’CALLAGHAN, X. (Coord.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, op. cit.; pág. 199.

⁴¹² HERNANDEZ RODRIGUEZ, M., “El régimen jurídico de las descargas”, op. cit.; pág. 255.

comentada agilidad y rapidez características de la evolución tecnológica, que algunos autores, como HERNANDEZ RODRIGUEZ⁴¹³ han llegado a comparar con la revolución industrial; así como por la interactividad que destacan autores como SALAS CARCELLER⁴¹⁴.

Con todo ello, resulta evidente que nos encontramos, en la actualidad, frente a una realidad y modelo cultural totalmente distintos al antes conocido y, cuyas características y demandas, poco o nada, tienen que ver con las anteriores. Sin embargo, no se puede decir que se haya tratado de una transformación inmediata, si no que ha ido teniendo lugar paulatinamente en las últimas décadas, siguiendo la misma cadencia y ritmo que los avances tecnológicos. Así, ya en 2010, el Informe de la Subcomisión sobre Propiedad Intelectual de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, de febrero del citado año, ponía de relieve la necesidad de ajustar los derechos de autor a la “realidad cambiante”, dado el “desajuste” existente entre las nuevas tecnologías actuales y el modelo de la industria cultural, ya que las primeras traen consigo otras formas de consumo y acceso a las creaciones intelectuales, no muy acordes con la configuración actual de algunas formas de negocio existentes en el sector cultural lo que podría determinar su desaparición, como pone de relieve DE COUTO⁴¹⁵.

El hecho es que esta realidad 3.0. a la que venimos haciendo referencia se caracteriza por un notable auge de las plataformas de intercambio de archivos y webs de descargas, fenómeno que se desarrolló a finales del siglo XX con Napster, conociendo ya en esta última década un crecimiento exponencial y un elevado perfeccionamiento.

Como contrapunto a esta velocidad de crecimiento, la respuesta a esta tendencia por parte de los Tribunales ha sido lenta y desigual. En este sentido, tal y como destaca DE COUTO GÁLVEZ⁴¹⁶, los pronunciamientos judiciales sobre la materia se han caracterizado por su disparidad y desigualdad, por lo que no existe un criterio jurisprudencial unitario. Ello provoca inseguridad y desprotección en los titulares de los derechos de autor y allana el camino a la vulneración de los mismos, dejando abierta la puerta a la utilización no legítima de las obras.

⁴¹³ HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., op. cit.; pág. 241.

⁴¹⁴ SALAS CARCELLER, A., “Intercambio de ficheros y *forum shopping* desde la perspectiva del Reglamento Comunitario Roma II”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011; pág. 279.

⁴¹⁵ COUTO GÁLVEZ, R.M., op. cit.; pág. 659.

⁴¹⁶ DE COUTO GÁLVEZ, R.M., “Perspectiva española frente a la utilización ilícita de las obras en red”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011; pág. 628.

Esta constante evolución tecnológica a la que se viene haciendo referencia hace, sin duda, que los esfuerzos por contrarrestar la llamada piratería informática deban enfrentarse cada día a nuevos instrumentos y mecanismos como las redes virtuales privadas (VPN) y a los software de anonimato que permiten a los usuarios nativos digitales eludir su posible identificación, además de la mutación constante de las plataformas P2P y la multiplicación sin control de las páginas web de enlaces en portales espejo⁴¹⁷.

Esta problemática ha afectado de manera especialmente negativa al mercado audiovisual, si lo comparamos con el efecto mayormente positivo que causado en otros ámbitos. Como pone de relieve ROBLES⁴¹⁸, entre las posibles causas de este hecho se encuentran la falta de habilidad para adaptarse por parte de la industria audiovisual a las exigencias e idiosincrasias de este nuevo mercado digital, de un lado, a la naturaleza intangible del objeto o “producto” propio del mismo y su facilidad para ser transferido y/o transmitido, por otro; además del carácter masivo que tienen los usos ilícitos en este campo. Así, al tratar de obras audiovisuales nos encontramos con que estas utilizaciones en red no tienen un perfil aislado, sino que se dan masivamente, de manera continua e incontrolable, dándose lo que DE LA TORRE ha denominado una “*hemorragia*” de archivos circulando por la red. De este modo, la complejidad del problema, se debe entender, también radica en la imposibilidad de analizar y estudiar estos comportamientos de modo aislado, puesto que, de hacerlo así, estaríamos obviando sus características básicas como fenómeno complejo de masas, además de pasar por alto las fases y sujetos intermedios que participan en estos usos, y que hacen posible la compartición y tráfico de los archivos.

5.3. Breve apunte sobre una nueva tipología de obras: multimedia.

Es en este panorama comentado con anterioridad, que se puede valorar como un tanto *apocalíptico*, donde han crecido un tipo de creaciones denominadas audiovisuales, una tipología aún joven y en desarrollo desde el siglo con la invención de la fotografía, si las comparamos por ejemplo con las obras escritas que se remontan a los albores de la civilización en el siglo con la invención de la escritura o las obras plásticas que nacen

⁴¹⁷ Vid. BERTONI, A. y MONTAGNANI, M. L., “Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete”, *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 40, núm. 3, 2013, págs. 537-585; pág. 354.

⁴¹⁸ ROBLES DE LA TORRE, P., op. cit.; pág.198.

con las primeras pinturas rupestres en el/la , pues es sobre todo ahora en los siglos XX y XXI donde ha cobrado mayor importancia y expansión. Dentro de este cajón de sastre que constituye esta tipología de creaciones se deben destacar dos tipos de obras, las musicales y las cinematográficas, y los nuevos híbridos nacidos de ellas como son las películas, series y videoclips. Ello porque en los comienzos de esta nueva clasificación debemos recordar las creaciones cinematográficas presentaban la forma de cine mudo y era fácil distinguir la obra musical que acompañaba a la imagen de ésta, sin embargo hoy en día gran parte de las obras audiovisuales forman un todo unido, donde el sentido de la creación es el resultado de la unión de la obra musical con la visual. De este modo lo entiende así mismo CASTÁN cuando defiende que *“la obra audiovisual, haciendo abstracción de si es o no una obra en colaboración, o una obra colectiva, en el momento en que culmina su producción, adquiere su propia individualidad independiente, que nace precisamente de la confluencia de todas esas aportaciones aisladas”*⁴¹⁹. Se trata éste, asimismo, de acuerdo con ROBLES DE LA TORRE⁴²⁰, de un producto sensible y vulnerable por su *“copiabilidad”* y facilidad de difusión.

Su nacimiento, por tanto, ha hecho necesaria una revisión de los derechos de autor que protege el Derecho de propiedad intelectual, al hacer indispensable un sistema más complejo que se adapte a la *multidireccionalidad* que presentan hoy en día las creaciones de autor.

5.4. Adaptación de las categorías tradicionales.

Todo lo analizado hasta este punto constituyen los entrecruces, cambios y añadidos de hilo que han dado lugar al tejido con que nos encontramos en la actualidad en que se materializa el Derecho de Propiedad Intelectual. De este modo hemos visualizado la evolución que han ido sufriendo paulatinamente las creaciones intelectuales, sus mutaciones y alteraciones, así como su materialización y la protección de los derechos de sus creadores. Es por ello que se hace evidente que las categorías “tradicionales” del Derecho Privado, que hasta ahora se han venido aplicando, han ido perdiendo poco a poco su validez y adecuación en el entorno actual. Este cambio se extiende a prácticamente todos los aspectos o fundamentos del Derecho de Propiedad intelectual

⁴¹⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A.; *El plagio y otros estudios de derechos de autor*, op. cit.; pág. 47.

⁴²⁰ ROBLES DE LA TORRE, P., “La regulación legal de intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española”, op. cit.; pág. 198.

tal y como lo conocemos, desde el objeto, a la configuración de la protección entorno a la figura del derecho de propiedad, pasando por la interrelación entre los sujetos del mismo, y llegando hasta el régimen de responsabilidad propio de esta materia.

Así, nos encontramos, primeramente, con que, pese a que ya históricamente se ha entendido que el objeto de la Propiedad Intelectual es un objeto inmaterial, por tratarse de ideas y combinaciones de éstas emanadas de la mente o intelecto humano aquello que se ampara y no el soporte en que se materializan las creaciones, es evidente que el objeto protegido por este Derecho ha cambiado mucho en los últimos tiempos. Y ello porque, si bien, como se ha dicho, desde el inicio debe ser considerado como intangible, el grado de desmaterialización de las obras se ha extendido hasta planos insospechados llegando a encontrarnos con que esas ideas protegidas ni siquiera ya se materializan en ningún soporte físico, sino que más bien es cada vez más habitual su traducción a códigos informáticos que las transforman en creaciones informáticas igualmente inmateriales. De este modo, la idea nacida en el plano del intelecto, hoy en día, lejos de materializarse, se transforma pasando a otro plano igualmente intangible. Ahondando en esta idea, PIOLA CASELLI destaca que *“la duplice caratteristica della a-materialità e della a-territorialità dell’informazione su internet (...) [costituisce] l’aspetto più rilevante della sfida posta dalla nuova tecnologia ai diritti degli autori”*, lo cual se presenta como *“problemi di identificazione fra l’opera digitale e quella tradizionale”*⁴²¹, a lo que añade SIROTTI GAUDENZI *“la difficile collocazione spaziale”*⁴²²

Además, en esta nueva era tecnológica, tanto los canales de manifestación como de transmisión de estas creaciones no solamente han variado sino que, además, se han multiplicado exponencialmente como ya hemos comentado⁴²³. De este modo debe ser necesariamente protegida como creación intelectual humana un texto u opinión vertidos en un foro en el marco de internet o en una red social del mismo modo que una conferencia presentada en un Congreso u evento análogo, y debe ser protegida del

⁴²¹ PIOLA CASELLI, B., voz “Internet e il diritto d’autore”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento F-Z, Editorial Utet, Turín, 2003; pág. 800

⁴²² SIROTTI GAUDENZI, A., *Il nuovo diritto d’autore*, op. cit.; pág. 303.

⁴²³ En este sentido se concuerda con DI GENOVA cuando sostiene que *“A ormai quasi quarant’anni dalla nascita di Internet si può indubbiamente affermare che la Rete ha travolto i canali ufficiali di diffusione della conoscenza. I principi di libertà e condivisione, che hanno reso possibile la nascita e lo sviluppo del web, hanno permesso la costruzione di una società “potere diffuso”, nella quale tutti hanno il diritto di informare e di essere informati”*. (DI GENOVA, M., “Diritto d’autore e cultura libera nella società dell’informazione”, Quaderni di diritto mercato tecnologia, núm. 2/3, Anno II, aprile/settembre 2012; pág. 7).

mismo modo una creación musical compartida *ex novo* en un blog personal en la red que una reproducida en el marco de un evento musical⁴²⁴.

Todo ello nos lleva a un necesario cambio de concepción de la Propiedad Intelectual, ya que hasta hace relativamente poco las creaciones de autor, como se ha comentado en capítulos anteriores de este trabajo, estaba íntima e indisolublemente ligada a su soporte físico, lo que le dotaba de cierta *tangibilidad* relativa, que ya ha desaparecido por completo con la digitalización. En este sentido, como manifiesta FERNANDEZ GONZALEZ, esa antigua vinculación de los derechos de autor al soporte en que se materializaba la obra hacia más fácil la protección de las creaciones⁴²⁵, puesto que esta característica hacía indispensable la mediación de procesos industriales para la modificación o copia de los contenidos, algo completamente superado por la virtualidad de las obras actuales.⁴²⁶ Es con esta extensión y facilidad de copia existente en la actualidad con lo que conecta la autora el origen del concepto de copia privada como límite a los derechos de autor. Esta idea se destacaba ya en la exposición de motivos de la Ley española de Propiedad Intelectual de 1987, cuando ponía el acento en que “*las profundas transformaciones sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual*”.

Este proceso de cambio no es, sin embargo, algo surgido de la nada en un corto de periodo de tiempo, sino fruto de la evolución natural que ha ido acaeciendo en la sociedad en sí misma al son de los avances tecnológicos, de manera que a las creaciones

⁴²⁴ Sobre esta cuestión, resulta interesante vid. BENKLER, Y., *La ricchezza della rete – La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Egea, Università Bocconi Editore, Milán, 2006.

⁴²⁵ Como destaca la doctrina, la inmaterialidad que caracteriza a las creaciones intelectuales en el ámbito tecnológico dificulta la aplicación extensiva de parte de la regulación legal en materia de Propiedad Intelectual, al exigir, en muchos casos, una “res”, casi siempre material, que ya no existe como tal, y unos deberes de “no hacer” que se convierten en “hacer”. Así, dice textualmente MERZI D’ERIL que “Le peculiarità di Internet rendono difficile la formazione di un vincolo in questi stessi termini: quello che è un ordine di *non fare* che ricade su una *res* (il più delle volte *materiale*) nella disponibilità del titolare di essa, si trasforma, nel caso del sequestro di un sito Internet, in un ordine di *fare* (bloccare ovvero inibire l’accesso) rivolto a un terzo (il fornitore di servizi) diverso dal titolare della *res*, in questo caso *immateriale*, su cui si riversa il provvedimento dell’autorità giudiziaria”. (MERZI D’ERIL, C., “Il sequestro di siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell’art. 21 Cost. “a dispetto” della giurisprudenza”, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica (II)*, fasc. 2, 2014; pág. 2).

⁴²⁶ FERNANDEZ GONZALEZ, B., “El uso de las redes p2p: ¿Una práctica imposible de controlar?”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLGHAN, X. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011; pág. 316-317

en papel se le han ido uniendo las creaciones audiovisuales y cinematográficas. Así, como pone de relieve BELLOSO MARTÍN, *“el enorme potencial tecnológico puesto a disposición de una gran masa de público mediante la red global de internet, hace necesario revisar los límites de la tutela de la Propiedad Intelectual, pensada originariamente para el papel impreso, tutela que, por otro lado, ya ha tenido que someterse a numerosos correctivos para regular las nuevas instancias provenientes de la difusión de la radio, de la televisión y del cine”*⁴²⁷.

En línea con todo lo expuesto, DE HOYOS SANCHO defiende la necesidad de clarificar los conceptos y principios rectores de los derechos de autor, de modo que, a pesar de la realidad cambiante que imponen las nuevas tecnologías, ofrezcan un sistema de protección⁴²⁸ efectivo y eficaz manteniendo la validez y valía de la legislación aplicable en la defensa del contenido, su amplitud y facultades reconocidas en cada momento a los autores de obras del ingenio.⁴²⁹ En ese sentido se expresa DAVARA cuando afirma que *“debemos marcar como punto de partida a nuestro análisis, un planteamiento realista, nunca alarmista pero sí de llamada de atención, sobre el deterioro jurídico que lleva aparejado este loco y desenfrenado desarrollo tecnológico que obliga a que algunos pilares en los que está basada nuestra sociedad deban ser reciclados hacia nuevos usos y costumbres, pudiéndonos llevar la sorpresa de que algunos no aguanten la estructura del nuevo edificio, y de esa forma caigan monumentos enteros sin posibilidad de reconstrucción, llevándose por delante en su caída a todos los que se refugiaban en ellos”*⁴³⁰. Estos cambios, en el caso concreto de la Propiedad Intelectual no han hecho más que comenzar y, como sostiene DAVARA, con la entrada de estas TIC se está produciendo un cambio que afecta a los mismos cimientos de las instituciones jurídicas, que exigen una revolución del pensamiento y funcionamiento del Derecho en sí mismo⁴³¹.

⁴²⁷ BELLOSO MARTÍN, N., op. cit.; pág. 65

⁴²⁸ En ello coincide SIROTTI GAUDENZI, cuando manifiesta que *“Internet, in buona sostanza, non sancisce affatto la fine del copyright, ma obbliga i giuristi a dover affrontare nuove sfide per reperire gli strumenti più adatti alla tutela dell’opera intellettuale presente in rete”*. (SIROTTI GAUDENZI, A., *Il nuovo diritto d’autore*, op. cit.; pág. 303).

⁴²⁹ DE HOYOS SANCHO, M., “Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en internet”, en *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, MATA Y MARTÍN, R.M. y JAVATO MARTÍN, A.M. (Coords.), Editorial La Ley, 2011; pág. 297.

⁴³⁰ DAVARA RODRIGUEZ, M.A., “Conferencia impartida el 24 de abril de 1998, en el Instituto Jurídico da Comunicação de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra.

⁴³¹ Al respecto, opina DAVARA, *“en el mundo jurídico, con la utilización de los modernos medios técnicos, el Derecho adquirirá precisión y claridad, tanto en su comprensión como en su aplicación, y las nuevas tecnologías asociadas al ordenador cambiarán los métodos y estructuras del pensamiento del*

Si se observa desde una perspectiva interna, el Derecho existe como respuesta a una necesidad colectiva de ordenar la sociedad, por lo que es evidente que en ningún caso puede permanecer ajeno a los cambios y necesidades que se dan en ella⁴³². Es por ello que el Derecho aplicado a estas nuevas tecnologías ha ido variando, y lo seguirá haciendo, buscando dar respuesta a las novedades surgidas en el seno de la sociedad, para lo cual necesita indiscutiblemente de los Tribunales⁴³³. Así, la radicalidad de estas nuevas realidades, nos lleva a concluir, como defienden DAVARA y HERNANDEZ GIL, que el Derecho no va a regular los cambios acaecidos sino que se va a someter a una mutación como objeto de conocimiento, a consecuencia de las nuevas formas de estudio, elaboración y aplicación del mismo.

Todo ello pone de manifiesto la evidencia de un cambio de modelo en relación con las creaciones intelectuales, como ya se ha puesto de relieve *ut supra*, puesto que con la llegada de las nuevas tecnologías no sólo se ha facilitado la transmisión de las obras, sino que ha supuesto una alteración casi total el propio modelo productivo, dando lugar a lo que hoy en día se denomina el “*dilema digital*”⁴³⁴, llegando incluso, como señala NOTO LA DIEGA, a alterar la propia naturaleza del producto⁴³⁵. A ello añade que “*Nuove forme appropriate sembrano mettere in crisi determinati principi che apparivano ormai sedimentati e impongono al giurista di verificare se essi possano attagliarsi ancora allo stato della tecnica: se, in altri termini, l’obsolescenza delle*

jurista”, “*por ello, – continúa – debemos adaptarnos a estos nuevos métodos de forma que retomemos los antiguos problemas bajo una óptica diferente y adecuemos nuestra actividad jurídica al desarrollo tecnológico*” (DAVARA RODRIGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, 10ª edición, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2008; pág. 24).

⁴³²No obstante, es preciso no perder de vista que, como destacaba GUBERN, puesto que las capacidades y potencial de las TIC aumentan con el imparable desarrollo de internet, resulta indispensable adaptar la ciencia jurídica al nuevo entorno, aprovechando los beneficios que pueden aportar al Derecho. Si bien no se debe caer en el error de tratar de amoldar el Derecho a la nueva realidad, sino que debe tratarse de una aplicación selectiva a medida. (GUBERN, R., *El simio informatizado*, Colección Impactos, Madrid, 1987).

⁴³³Al respecto de los cambios tecnológicos y los nuevos retos en el ámbito legislativo que han supuesto las nuevas posibilidades de utilización en línea de los contenidos, y sus implicaciones en la jurisprudencia italiana, vid. GINSBURG, J. y MARZANO, P. “Le difficili giornate de diritti d’autore sulla rete Internet”, *Rivista Il diritto d’autore*, núm. 80, 2009; págs. 418 y ss.

⁴³⁴Como destaca GAMBINO, “L’affermazione globale di internet e la rapida diffusione delle reti di comunicazione elettroniche, che hanno innovato il sistema di produzione e fruizione della cultura hanno posto le basi di quello che oggi è conosciuto come “*dilemma digitale*” [1] del diritto di autore, ossia come la necessità di ricercare un giusto equilibrio tra diffusione dei contenuti e tutela della proprietà intellettuale nel nuovo contesto telematico.” (GAMBINO, G.M., “Creatività e contenuti in rete”, *Quaderni di diritto mercato tecnologico*, núm. 2, Anno III, aprile/giugno 2013; pág. 7)

⁴³⁵En concreto, sostiene el referido autor que “*Mi sembra che di ciò sia consapevole chi osserva che l’avvento della tecnologia digitale non si limita a rendere più facile la trasmissione delle opera dell’ingegno, bensì cambia le condizioni della produzione medesima e giunge, in certa misura, a modificare la natura del prodotto*” (NOTO LA DIEGA, G., “Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0”, *Europa e Diritto privato*, fasc. 2, 2014; pág. 2).

macchine importi sistematicamente quella del diritto per come ci è stato tramandato”; ello le lleva a concluir que, en la actualidad, como se ha mencionado antes en este estudio, se ha producido una “*evaporación*” del llamado “*corpus mechanicum*”⁴³⁶.

Partiendo de la base de lo planteado en estas líneas anteriores se debe entender que, en cuanto a su naturaleza, pese a que el concepto básico de obra no ha cambiado, al mantener su esencia de combinación de ideas emanadas del intelecto humano, resulta evidente que sus características, idiosincrasias y, sobre todo, vulnerabilidades si que han mutado, puesto que de ningún modo puede ser igual, una obra exteriorizada en un soporte físico a una obra digital o digitalizada. Se trata, por tanto, de un total cambio de paradigma, como destaca NOMEN, ya que la vinculación existente, antes, entre la obra – en concreto en el caso de las audiovisuales y musicales – y los equipos de reproducción necesarios para visionarla han determinado las modalidades de explotación empleadas hasta el momento⁴³⁷.

Cambian así los procesos de edición, publicación, comercialización y/o transmisión, y con ello los sujetos intervinientes en toda esta cadena⁴³⁸, al igual que los peligros que a ésta acechan. A este importantísimo cambio, a nuestro juicio, se une uno aún más relevante y significativo basado en la categoría jurídica en la que se ha venido encuadrando su protección dentro del derecho de propiedad.

⁴³⁶ Como causas de este hecho, el autor distingue cuatro factores: “*a. la proliferazione di dispositivi portatili con accesso a Internet (se ne sono contati nove miliardi nel 2012 e si dovrebbe giungere a cinquanta miliardi entro il 2020), che consentono di lavorare allo stesso file da diverse postazioni; b. la circostanza per cui i nuovi dispositivi che la tecnica mette a disposizione hanno una memoria interna sempre più ristretta, a fronte del crescente bisogno di spazio di archiviazione; c. la diffusione della banda larga e consimili connessioni veloci, senza le quali servizi come il cloud computing non potrebbero neanche essere concepiti; d. la possibilità, specialmente per le aziende, di ottenere risparmi di costi grazie alle economie di scala connesse all’esternalizzazione e centralizzazione dell’archiviazione e lavorazione dei dati, con grandi vantaggi in termini di competitività*” (NOTO LA DIEGA, op. cit., pág. 3).

⁴³⁷ Desaparece así, como subraya el autor, la dinámica de sustitución que dotaba a las obras de una vida económica relativa de máximo 10 años en la mayoría de los casos (con la excepción de las creaciones de la factoría Disney y los clásicos del cine). De este modo, el nuevo modelo otorga gran relevancia a los derechos de autor y su vida legal, ya que de ellos se derivarán potencialmente los ingresos, al ir muriendo progresivamente el modelo de distribución tradicional. (NOMEN, E., “Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y la Unión Europea dentro del territorio de ésta”, en O’CALLAGHAN, X., op. cit.; pág. 180).

⁴³⁸ Se trata desde la doctrina este surgimiento de nuevas formas de consumo online que han implicado un, aún más, difícil seguimiento y adaptación por parte de los ordenamientos jurídicos; ello porque, tales nuevas vías de consumo basan sus usos en la reproducción temporal e inmaterial de la obra, lo que implica una multiplicidad de canales, que hacen difícil la adaptación constante de la normativa al respecto. Sobre esta cuestión, TATAFIORE, A. “La riproduzione temporanea in Internet di opere protette”, *Rivista Il diritto d’autore*; núm. 3, 2007, pág. 441 y ss.

Así, en primer lugar, en cuanto al cambio radical del proceso de difusión de la obra, como se ponía de relieve en el Informe de la Subcomisión española sobre Propiedad Intelectual de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, del año 2010, “Formas de explotación de las obras de creación, alternativas a la contratación tradicional y como canalizador de la difusión cultural”, surgen nuevos tipos de licencias que permiten una mayor apertura y compartición y acceso a los contenidos en línea, como es el caso de las licencias *creative commons*, *copyleft*⁴³⁹ y la cesión a dominio público. El objetivo de tales instrumentos, como señala SANCHEZ ARISTI, “no se trata de renunciar al *copyright*, o de observarlo como un mero obstáculo o restricción a la difusión del conocimiento (otros movimientos más radicales así lo creen), sino de que, en las coordenadas actuales y conforme a las tendencias legislativas que se vislumbran, es dudoso que las leyes de derecho de autor estén captando bien el equilibrio entre los intereses de los creadores (proteger de la forma más intensa posible sus derechos de propiedad intelectual) y los de los usuarios (acceder de la forma más libre posible a la información y el conocimiento). Cuestionan también los seguidores de este movimiento que los derechos de autor sirvan realmente a proteger a los creadores, en lugar de a las grandes empresas que operan en el mercado de bienes intelectuales”⁴⁴⁰.

Estas novedades confluyen con la evidencia de la necesidad de consecución de licencias multiterritoriales que favorezcan el amplio acceso a las obras en el ámbito de la Unión Europea, cuestión sobre la que ha venido trabajando el legislador y que finalmente ha fructificado en una Directiva y su recepción por los ordenamientos jurídicos Español e Italiano, cuestión sobre la que se volverá con posterioridad en este trabajo.

Focalizándonos ya en las modificaciones concretas que se han producido en el Derecho de autor en el marco del paso de la sociedad analógica a la digital, se evidencia que han afectado a numerosos conceptos básicos, como es el de autor, las formas de difusión de

⁴³⁹ ALVANINI, S., “Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente”, *Rivista Il Diritto Industriale*, 2009; págs. 389-397; y TRAVOSTINO, M., “Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze creative commons”, *Rivista Ciberspazio e diritto*, 2006; pág. 253 y ss.

⁴⁴⁰ Sobre estas cuestiones, vid. XALABARDER PLANTADA, R., “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al *copyright*?”, *Uocpapers*, núm. 2, 2006, pág. 4 y ss. y DELGADO PORRAS, A., “Las ‘Licencias Creative Commons’”, en *El Derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, Editorial Palestra/Asociación Peruana de Autores y Compositores, Lima, 2006.

la obra, la explotación de los resultados del trabajo creador, así como a la protección de la dimensión patrimonial y moral de las obras⁴⁴¹.

Así, en primer lugar, con respecto a la obra, pese a que el objeto de protección en sí, como creación intelectual, no ha variado, si lo ha hecho su soporte, o más concretamente la *disolución* del mismo, como se ha introducido *ut supra*, al desaparecer, en el caso de la obra digital, el soporte material, antes indisolublemente ligado a ella. Nos encontramos con que, en la actualidad, los archivos son expresados en códigos digitales de 0 y 1 y son susceptibles de ser almacenados en masa en un mismo soporte, además de su modificación y transmisión incontrolada, manteniendo la más alta calidad en las sucesivas copias gracias a la multiplicidad de formatos disponibles; pudiendo, también, ser almacenados de modo permanente y reproducidos sin límite en un número cada vez mayor de dispositivos, en cualquier lugar y momento (tablets, smartphones, ordenadores, mp3, memorias usb, etc.).

Se da, por tanto, unido a lo anterior, una superación del concepto de copia y original, como pone de manifiesto NAVARRO FERNANDEZ⁴⁴², ya que la alta calidad de las copias y la posibilidad de modificación de éstas imposibilitan ya la diferenciación entre ambos conceptos⁴⁴³. Ello nos lleva, según BABARISI⁴⁴⁴, a la disolución paulatina de la concepción de ilicitud en internet, ante el carácter masivo de la compartición de obras y la superación de la distinción antes mencionada.

Asimismo, al respecto de la obra, se destaca una nueva clasificación de la misma, por parte de la doctrina, situándose, por un lado, los textos en cualquier formato (incluyendo los email y mensajes multimedia, ebooks y publicaciones en redes sociales) por otro, las obras multimedia (término que, de acuerdo con BELLOSO⁴⁴⁵ englobaría las obras musicales, audiovisuales y videojuegos), las imágenes, fotografías y películas de cine, en tercer lugar, y, por último, las bases de datos. Esta revolución, a pesar de que, como se ve, principalmente va vinculada a cambios de índole técnica, también lleva aparejados otros de tipo económico y en el ámbito social y cultural. En cuanto a estos

⁴⁴¹ Al respecto, BELLOSO MARTÍN, N., “La protección de los derechos fundamentales en la era digital: su proyección en la propiedad intelectual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 18, 2009, págs. 70-87; pág. 65.

⁴⁴² NAVARRO FERNANDEZ, J.A., “La copia privada y la metamorfosis del Derecho de autor”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 7, 1999; pág. 200.

⁴⁴³ Problemática que NAVARRO FERNANDEZ conecta con la crisis de creación que, sostiene, se produce en nuestro tiempo. (NAVARRO FERNANDEZ, J.A., op. cit.).

⁴⁴⁴ BARBARISI, M., “La tutela della Proprietà Intellettuale”, en TOSI, E., *I problema giuridici di Internet*, Giuffrè Editore, 2003; pág. 136 y ss.

⁴⁴⁵ BELLOSO MARTÍN, N., *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, op. cit., pág. 89.

últimos, se ha hecho patente un cambio en el concepto de cultura, como destaca PÉREZ DE CASTRO⁴⁴⁶, que ha dado lugar a la tendencia a la fácil confusión entre información y conocimiento, entre éste último y obra intelectual, e información con cultura, de acuerdo con CASTÁN⁴⁴⁷.

Con respecto a las alteraciones con implicaciones económicas, hay acuerdo en la doctrina especializada en que, los avances tecnológicos han permitido la difusión masiva de los contenidos con una mayor calidad – lo que conecta con la mencionada superación de la separación entre original y copia – y a gran velocidad con una notable reducción de costes, posibilitando así el acceso por parte de un público mayor a las obras⁴⁴⁸ y facilitando con ello, además, un mayor conocimiento y expansión de las creaciones de autores noveles y/o poco conocidos.

Todo ello, ha afectado irremediamente a la legislación de Propiedad Intelectual⁴⁴⁹ ya que, de un lado, como se ha visto, ha permitido la aparición de un nuevo y flexible formato universal para las tipologías de contenidos ya existentes y ha hecho posible el nacimiento de nuevos tipos de obras, como son las bases de datos, las páginas web y el software. De otro lado, tal revolución ha influido en la propia estructura y elementos

⁴⁴⁶ PEREZ DE CASTRO, N., “¿El derecho de acceso a la cultura es un límite?”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, op. cit.; pág. 353 y ss.

⁴⁴⁷ Siguiendo la opinión de BORGES, que manifestó que “*es una desgracia que la información haya reemplazado a la cultura*”, sostiene CASTAN que “*ese podría ser precisamente el error que tiende a cometerse cuando se juzga el Derecho de autor a la luz de internet: confundir información con conocimiento, conocimiento con obra intelectual, información con cultura. Y claro, si consideramos que todo lo que circula por la Red es información – y no creación intelectual – entonces es perfectamente lógico y natural abogar por el principio de su libre apropiación por cualquiera y oponerse a cualquier pretensión de los autores dirigida a alcanzar una compensación equitativa por el uso indiscriminado de sus obras*”. (CASTAN, A., *El plagio y otros estudios sobre el Derecho de autor*, Editorial Reus, Madrid, 2009; pág. 244.)

⁴⁴⁸ No obstante, tal ampliación de las posibilidades de acceso a los contenidos intelectuales no sólo supone pros para la cultura y los creadores, sino que lleva aparejado un lado oscuro, caracterizado por graves ataques a los derechos de autor, plenamente evidentes en la actualidad. Acerca de esta cuestión era ya sensible la normativa española desde finales del siglo XX, como se hace evidente ya en la exposición de motivos de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual española, cuando destacaba “*las profundas transformaciones sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez, en la historia el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación a los derechos de Propiedad Intelectual*.”

⁴⁴⁹ Así, pone de relieve MARTUSCIELLO que “*L’efficacia nella tutela del diritto d’autore storicamente risiedeva nella completa identificazione fra mezzo e contenuto; per cui attraverso il controllo del mezzo si tutelava anche la proprietà del contenuto. Ma se il contenuto digitale comincia a vivere indipendentemente e soprattutto al di fuori del mezzo attraverso cui veniva normalmente veicolato, le tradizionali forme di tutela del diritto d’autore perdono di efficacia, e dunque le categorie giuridiche e gli strumenti sui quali si fondava la tutela di questo diritto vanno profondamente ripensati*.” (MARTUSCIELLO, A., en Documento AGCom “Conclusioni della prima sessione”, pág. 2, consultado en: <https://www.agcom.it/documents/10179/540051/Documento+Generico+24-05-2013+38/202ccec00-f696-479e-be46-7c79c8038ac3?version=1.0>).

esenciales de la disciplina del Derecho de autor, como rama del Derecho necesariamente permeable, de modo especial, a los cambios sociales y tecnológicos.

Por otro lado, de modo paralelo a las mutaciones acaecidas en la obra, se han producido, asimismo, cambios notorios en los sujetos. Se pone de manifiesto ya que, internet y las nuevas tecnologías han permitido romper con la dinámica de autor-productor como únicos sujetos emisores de los contenidos, y de usuario-consumidor como exclusivos receptores de los mismos. Ahora la realidad nos muestra que los usuarios de la Red pueden recibir gran cantidad de información y contenidos generados, no sólo de los propios “generadores” – permítase la redundancia – o creadores de los mismos, sino, también, de cualquier usuario de Internet, en cualquier parte del mundo, que comparta los archivos⁴⁵⁰, con lo que se crea la figura del “prosumer”⁴⁵¹ (o “prosumidor”, en castellano). Con ello se evidencia la disolución a la que asistimos del concepto de creador como tal, a modo de sujeto dedicado al desarrollo cultural, siendo ya atribuible tan calificación a cualquier persona con acceso a la Red que comparta y cree contenidos⁴⁵².

⁴⁵⁰ No se puede más que estar de acuerdo con la reflexión de SCIALDONE, cuando sostiene que “*A livello sociale, si è assistito all’emersione di culture partecipative che hanno trovato nel crescente diffondersi di piattaforme di disintermediazione per la distribuzione di contenuti (Youtube, Flickr, Soundcloud, Facebook, Twitter ecc) il loro ideale terreno di coltura. È in un simile ambiente digitale che l’esplosione dei contenuti generati (o “rigenerati”) dagli utenti (c. d. User Generated Content – UGC) ha consentito di sperimentare forme nuove di partecipazione attorno alla condivisione di informazioni e pratiche di intrattenimento, innovando le occasioni di produzione culturale.*” Ello da lugar al cambio de rol del consumidor/usuario, que en este siglo XXI pasa a ocupar una posición preeminente en el mercado en línea, lo que implica una necesaria adaptación por parte de la figura del intermediario y productor. En este sentido, continúa SCIALDONE, “*Capire queste culture partecipative consentirà di capire i rapporti futuri tra istituzioni e cittadini, fra consumatori e mercato: ecco perché risulta decisiva la figura dell’user, evoluzione del consumatore dell’era analogica, il quale non si pone più quale soggetto passivo rispetto ai beni che acquista o di cui fruisce ma che pretende di interagire con gli stessi, di manipolarli, alterarli, sperimentarne le potenzialità e, se del caso, immaginarne di nuove, non concepite dallo stesso produttore.*” (SCIALDONE, M., “Il nuovo ruolo degli utenti nella generazione di contenuti creativi”, *Quaderni di diritti mercato tecnologia*, núm. 4, Anno III, ottobre/dicembre 2013; pág. 8).

⁴⁵¹ Tal término, que pone de relieve la confluencia de la figura del consumidor y el productor en una única entidad tiene su origen en la obra de 1996 “The Digital Economy” de Don Tapscott, que es quien introduce el término “prosumption” – o “prosumo” en su traducción al español e italiano – con el que se evidencia la disolución de las barreras entre ambas figuras.

⁴⁵² En este sentido subraya SCORZA que “Il desiderio di accesso al patrimonio culturale digitale di milioni di utenti e la loro esigenza di trasformarsi da meri fruitori di opere dell’ingegno in creatori di tali opere, contestualmente, è stato soddisfatto attraverso gli UGC - User Generated Content - fornitori di contenuti digitali provenienti direttamente dagli utenti o, in qualche caso - in effetti ancora raro - da soggetti terzi, che hanno deciso di utilizzare tali piattaforme per la distribuzione di prodotti culturali e/o informativi realizzati con modalità professionali e imprenditoriali.” (SCORZA, G., “Il diritto d’autore e la società dell’informazione”, *Rivista Consumatori, diritti e mercato*, núm. 2, 2008, Sez. Argomenti; pág. 86).

Es en este mismo contexto en el que surgen los *Internet Content Providers* e *Internet Service Providers* (ISPs) – en castellano Proveedores de Contenidos y Proveedores de Servicios en línea – como operadores profesionales cuya actividad consiste en poner a disposición de un gran público contenidos a través de servidores online a los que se conectan los ordenadores de los usuarios. Con ello nace un nuevo modelo de suministro y distribución de las creaciones, que viene a solapar en cierto modo, de acuerdo con BELLOS⁴⁵³, las funciones de los explotadores económicos de la industria (productores y editores). De igual modo, el rol de los autores ha cambiado desde el punto que, conectado con la idea anterior, también pueden ser ellos los sujetos difusores de su propia obra, sin necesidad de intermediación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que Internet ha evolucionado, en el presente, de ser un canal más a ser el principal para la transmisión de la información, por lo que es el marco en el que se dan a conocer las obras y sus autores, fin publicitario éste que, en muchos casos, se sobrepone a la misma obtención de lucro, al menos de manera inicial. Es por esto que, como manifiesta AUTERI⁴⁵⁴, las propias empresas de la industria cultural comienzan a ver su actividad mermada por internet.

Partiendo de lo anterior y, yendo un paso más allá, se pone en evidencia que la era digital ha traído consigo una alteración al inestable equilibrio entre los derechos de los autores sobre sus creaciones y los intereses y derechos de la sociedad de acceso a la cultural. Es por ello que se ha hecho necesario un reajuste específico en el régimen de los derechos y excepciones y límites a éstos, contemplados por la normativa de Propiedad Intelectual. Sin embargo, el grado de adaptación de la normativa en cuestión ha demostrado no ser suficiente o, al menos efectiva, a la luz de los proliferantes fenómenos de vulneración en línea de los derechos de autor a los que se asiste hoy en día.

Haciendo un repaso, sin ánimo de exhaustividad sobre esta cuestión, en primer lugar se debe destacar el hecho de que, de acuerdo con la doctrina, las debilidades detectadas en el entorno actual se concretan en los derechos patrimoniales de autor. En tal sentido, se evidencia que los derechos morales, por su concepción más definida tanto en el Derecho nacional español e italiano, así como en el internacional, se encuentran más “a salvo” en esta nueva era digital, puesto que los ataques que reciben son menores y más fácilmente

⁴⁵³ BELLOSO MARTIN, N., op. cit.

⁴⁵⁴ AUTERI, P., “Internet ed il contenuto...”, op. cit.

previsibles y detectables, además del hecho de que su regulación deja abiertas pocas brechas sujetas a interpretación. Sin embargo, por otro lado, es amplia la consideración por parte de la doctrina de los derechos patrimoniales como “derechos débiles” por su propia naturaleza, que los configura vulnerables, entre otras causas, de acuerdo con CARRASCO PERERA, por la alta probabilidad de que una condena pecuniaria no compense el daño causado al titular⁴⁵⁵. En el mismo sentido, HOYOS SANCHO⁴⁵⁶, destaca que esta especial vulnerabilidad también procede de la escasa capacidad de control que se puede tener de estos derechos – o usos que afecten a los mismos – por parte de su titular, siendo muy difícil su protección frente a la apropiación por terceros. Al respecto de esto, cabe añadir que, la problemática se agrava ya que, una vez hecho el daño, resulta imposible la completa reparación con la sentencia, puesto que cuando se trata de internet y las comunicaciones en masa no existe modo de recuperar la situación anterior al hecho infractor y al perjuicio.

En cualquier caso, nos encontramos con que la normativa internacional reaccionó tempranamente a estas nuevas realidades, siendo una de las primeras y principales respuestas la inclusión de las medidas⁴⁵⁷ tecnológicas de protección de la obra, buscando preservar el derecho de comunicación como facultad exclusiva del autor, lo cual se produjo ya en el 1er Tratado OMPI, firmado en Ginebra en diciembre de 1996, (WTC), en concreto en su artículo 11. En ese mismo Tratado se redefine el concepto del derecho de comunicación, pasando a contemplar cualquier tipo de comunicación al público ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, siempre que permita el acceso público a la obra por parte de los usuarios en el momento y lugar que deseen. Con ello, no sólo se dio la superación los soportes y canales analógicos y tradicionales, sino también los conceptos temporales y espaciales que los caracterizaban.

⁴⁵⁵ Al respecto, CARRASCO PERERA, A., “Comentarios al artículo 141”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007; pág. 1706.

⁴⁵⁶ DE HOYOS SANCHO, M., en *La propiedad intelectual en la era digital*, op. cit.; pág. 296.

⁴⁵⁷ Sobre estas tecnológicas, vid. LAVAGNINI, S., “Misure tecnologiche di protezione. Informazione sul regime dei diritti”, en UBERTAZZI, L.C. (Dir.), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Editorial Cedam, Padua, 2007; págs. 1815 y ss.; MONTAGNANI, M. L., “Dal “peer-to-peer” ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online”, *Rivista Il diritto d'autore*, 2007; pág. 1 y ss.; TRAVOSTINO, M., “Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell’ambiente digitale”, en RICOLFI, M. (Dir.), *Il diritto d'autore nell'era digitale (Seconda Parte)*, en *Giurisprudenza Italiana*, 2011, págs.. 2193 y ss; MONTAGNANI, M. L., “Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all’entrata”, en CASO, R. (Dir.), *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Università degli Studi di Trento, 2008; pág. 215 y ss; y MONTAGNANI, M. L., *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè Editore, 2012; Pág. 92 y ss.

En ese orden de cosas, nos encontramos con que la normativa europea actual ha optado por un simple proceso de ampliación y adaptación de la regulación propia de la era analógica a la digital. Así, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo de 2001, defiende la no necesidad de crear nuevos conceptos, limitándose por ello a completar la regulación pre-existente, adecuándola a las nuevas formas de explotación⁴⁵⁸.

Lo mismo ocurre con el TRLPI español y la l.d.a italiana, presentándose el problema de que en tales textos, los conceptos básicos siguen haciendo referencia, en su mayoría, a los sistemas tradicionales, surgiendo graves problemas interpretativos, aún en la actualidad, cuando se extrapolan a las nuevas formas de explotación. En tal sentido, destaca BELLOSO, la regulación actual adolece de una insuficiente modernización de conceptos tales como el de publicación por su estancamiento en la tangibilidad, así como en el de obra colectiva, que muestra una notoria falta de adaptación a los productos multimedia actuales, que ya se encuentran unidos en un mismo soporte pero siguen tratándose de obras con formas de expresión diversas (tal sería el caso, como subraya la autora, de los audiolibros, por ejemplo)⁴⁵⁹.

Analizando los derechos patrimoniales, se llega a la conclusión, de acuerdo con la doctrina especializada y la jurisprudencia más reciente, que los más afectados por la problemática actual, a la que se ha venido haciendo referencia, son los derechos de reproducción y comunicación pública, de un lado, y, dentro de los límites, y en relación con la temática de esta tesis doctoral, la copia privada.

Con respecto al primero de ellos, destaca la evolución de su concepto en los últimos tiempos, caracterizada por la desaparición de la corporeidad y la ampliación de los supuestos de reproducción⁴⁶⁰, según BERCOVITZ⁴⁶¹. Ahora, dentro del ámbito de tal

⁴⁵⁸ En este sentido, el preámbulo 5º de tal texto normativo dispone que “*El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la Propiedad Intelectual no requieren que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a las realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación*”.

⁴⁵⁹ BELLOSO MARTÍN, N., op. cit.; pág. 107 y ss.

⁴⁶⁰ El origen de estos cambios se encuentra, principalmente, en la Directiva 2001/29/CE, que redefine los derechos y excepciones buscando su adaptación a las peculiaridades de las nuevas tecnologías. En tal sentido se reconoce que el derecho exclusivo más afectado es el de reproducción, que ha pasado a extenderse a cualquier tipo de multiplicación, ya sea “*directa o indirecta, temporal o permanente, total o parcial y por cualquier modo o forma*”. (Art. 2 de la Directiva, art. 13 de la l.d.a italiana y art. 18 TRLPI española).

⁴⁶¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Los derechos de explotación”, en *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª edición, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; pág. 82.

derecho se pasan a incluir nuevas tipologías de reproducciones, como son las de carácter temporal que tienen lugar en el marco de un uso en línea, y que desaparecen del almacenamiento de la memoria en el momento en que termina la transmisión⁴⁶², y en el marco de la puesta a disposición del público en la Red, lo cual, además de suponer una comunicación pública, implica una reproducción del contenido⁴⁶³ (a la que, por su naturaleza, y falta de relevancia económica, la ley configura como una excepción al derecho exclusivo del autor).

En relación con tal derecho, se ha de hacer mención a los límites y excepciones⁴⁶⁴, cuya morfología y ámbito se han visto alterados por el paso de los medios de reproducción mecánica a los digitales. En concreto, como se ha destacado, son el límite de copia privada y su correlativo sistema de compensación los más afectados por tal evolución. Así, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad en este trabajo, en el marco de la evolución legislativa española, italiana y europea, principalmente, el concepto de copia privada se ha visto paulatinamente modificado en los últimos veinte años, limitando su objeto y ámbito de aplicación, con el fin de adecuarse al estado de la tecnología actual y responder a las necesidades presentes de las creaciones intelectuales, sus autores y, también, de los usuarios. Paralelamente, se ha tenido necesariamente que alterar el sistema de compensación por tales copias, haciendo una clara distinción entre las reproducciones analógicas y las digitales, teniendo presentes las particularidades de cada una de ellas. No obstante, como se ha visto *ut supra*, la cuestión queda lejos de estar resuelta, siendo todavía amplio el debate entorno a este límite y, aún más si cabe, acerca del mecanismo de compensación más adecuado y justo, acorde con la normativa europea.

⁴⁶² Sobre éstas, vid. TATAFIORE, A., “La riproduzione temporanea in internet di opere protette”, *Rivista Il diritto d'autore*, núm. 78, 2007; págs.. 437 y ss.

⁴⁶³ Acerca de la distinción entre reproducciones técnicas, reproducciones en memoria RAM o copia RAM, reproducciones temporales *stricto sensu* y copias caché, vid. HERNANDEZ, M., “El régimen jurídico de las descargas”, *op. cit.*; págs. 245 y ss. Asimismo, sobre las copias caché no subsumibles en las excepciones de la Directiva 2001/29/CE, vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en O'CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, *op. cit.*; pág. 342.

⁴⁶⁴ En la Directiva 2001/29/CE se produce, asimismo, un reconocimiento de exclusiones parciales a los derechos de los autores y conexos, puesto que se declaran libres los actos de reproducción temporal, sin relevancia económica propia, que sean transitorios o accesorios y parte integrante y esencial de un procedimiento técnico, cuyo único fin sea permitir las transmisión entre sujetos diversos y con la intervención de un intermediario, o se trate de una utilización legítima, en cuanto autorizada por los titulares de los derechos o consentida por la ley en virtud de una excepción. Son, en definitiva, las llamadas copias técnicas o reproducciones provisionales, recogidas en el artículo 5.1 de la Directiva, en relación con el considerando 33 de la misma, y el artículo 68 bis de la ley italiana y 31.1 de la ley española).

En íntima relación con este derecho, nace también la figura de las medidas tecnológicas de protección de la obra, limitando las posibilidades y número de reproducciones (y actos de comunicación pública) de los contenidos de autor. Tal concepto nació en el 1er Tratado de OMPI, firmado en Ginebra en diciembre de 1996, (WTC), en su artículo 11, y se introducía en el ordenamiento jurídico europeo en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2001/29/CE, junto con las medidas de prevención de la violación de éstas.

Por otro lado, en cuanto al segundo derecho afectado, destaca BERCOVTIZ, dentro de su evolución, la ruptura del requisito de simultaneidad espacio temporal⁴⁶⁵, lo que ha ido acompañado de otro de los retos encarnado en la definición del concepto de ámbito doméstico y público nuevo, determinante para concluir qué usos quedan sometidos al ámbito del derecho exclusivo del autor. Unido a lo anterior, otro de los nuevos elementos que caracterizan al derecho de comunicación pública actual es la introducción en su seno de nuevas modalidades de acceso digital. En estas se incluyen los accesos públicos a obras que, en el marco digital, se producen a través de redes y bases de datos. Dentro de estos, es preciso mencionar la novedosa modalidad, incorporada por la Directiva 2001/29/CE, materializada en el derecho de “puesta a disposición” del público de obras o prestaciones, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija⁴⁶⁶. Se trata por tanto de la modalidad del derecho de comunicación pública que interviene en el marco de la compartición en línea, a través de plataformas de descarga o links⁴⁶⁷, así como visionado en *streaming*, de obras multimedia⁴⁶⁸. Unido

⁴⁶⁵ En este sentido, nos dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que “*El concepto tradicional de comunicación pública es aquel en el que el acto de explotación tiene lugar con simultaneidad temporal y espacial, entre el público y el organizador del acto (p. Ejemplo representación teatral, ejecución musical en un auditorio). Sin embargo, las moderna e innovadoras técnicas de explotación de obras han llevado a la ruptura de ese modelo, de manera tal que, incluso aunque no se de la simultaneidad espacio-temporal, existirá público en sentido jurídico (público sucesivo espacialmente y público sucesivo temporalmente) y, por consiguiente, el acto quedará sometido al Derecho de autor*”. (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, op. cit.; pág. 91)

⁴⁶⁶ Este derecho ha sido objeto, en los últimos tiempos, de la jurisprudencia europea, pudiéndose destacar entre las diversas sentencias del TJUE al respecto, la STJUE de 7 de diciembre de 2006, causa C-306/05, caso “SGAE vs. Rafael Hoteles, la de 7 de marzo de 2013, causa C-607/11, causa “ITV Broadcasting Ltd. y otros”, entre otras. En concreto, en el marco de la primera de ellas, el Tribunal ha afirmado que “*una puesta a disposición de las obras a través de la retransmisión por internet de una radiodifusión televisiva terrestre se efectúa mediante un específico medio técnico, que es distinto del de la comunicación original*” (p. 36 de la Sentencia); añadiendo que “*por tanto, la misma debe ser considerada una “comunicación” en el sentido de la Dir. 2001/29, con la consecuencia de que tal “retransmisión” está sujeta a la autorización de los autores de las obras retransmitidas cuando estas últimas son comunicadas al público*” (p. 26 Sentencia).

⁴⁶⁷ Como subraya

a ambas vertientes de la comunicación al público se desarrolla el concepto de “público nuevo”, como elemento necesario para la existencia del mismo, buscando una amplitud del concepto de comunicación pública más amplio que cubra las nuevas posibilidades del entorno digital⁴⁶⁹. Así la jurisprudencia europea ha sido la que, a falta de una concreción por parte de la legislación, determine qué se debe dar para que exista un acto de comunicación pública, fijando dos elementos cumulativos: un “acto de comunicación” de una obra y un “público” destinatario de la comunicación. Ello hizo surgir las dudas acerca de qué se debe entender como público, a lo que dieron respuesta las Sentencias del TJUE de 2 de junio de 2005, causa C-89/04, caso “Mediakabel”, y de 14 de julio de 2005, causa C-192/04, caso “Lagardère Active Broadcast”, definiéndolo como “un número indeterminado de telespectadores potenciales”, cuestión que se hace extensiva a los usuarios de la Red. A lo anterior, se une la exigencia recogida por el TJUE, en concreto manifestada en el mencionado caso “Svensson”, de presencia de un “público nuevo”⁴⁷⁰, definido por el Tribunal como aquel público “*que no hubiese sido tenido en cuenta por los titulares de derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público*”⁴⁷¹.

DE LA IGLESIA, el TJUE en la Sentencia del caso Svensson, determina que la conducta de facilitar enlaces conducentes a páginas de descarga de contenidos “*debe calificarse de «acto de comunicación», concretamente en la modalidad de «puesta a disposición», pues para que se dé esta modalidad de comunicación basta con que un público pueda acceder a una obra, sin que sea decisivo que las personas que conforman el público utilicen o no esa posibilidad.*” (DE LA IGLESIA, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson: sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, *Revista Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, núm. 37/2014; pág. 125.)

⁴⁶⁸ Sobre esta cuestión versan dos de las más comentadas sentencias recientes del TJUE, la primera de ellas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, conocida como “Caso Svensson”. Sobre esta resulta interesante el análisis en profundidad de DE LA IGLESIA, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson: sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, op. cit.; y ANGUIANO, J.M., “El derecho a consentir ser enlazado: sobre la sentencia del Tribunal Europeo Justicia, de 13 de febrero de 2014 (caso Svensson)”, *El Derecho*, Lefebvre, marzo 2014. (Disponible en: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/privacidad/consentir-Tribunal-Europeo-Justicia-Svensson_11_657430004.html) La más reciente es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, en el asunto C-160/15, “Caso GS Media”; sobre ésta vid. TORRES LOPEZ, J., “Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la provisión de enlaces en internet (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, en el asunto C-160/15 [Caso GS Media])”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 4, 2016; págs. 207- 215.

⁴⁶⁹ Al respecto el TJUE en sus reiterada jurisprudencia ha especificado que “el concepto de «acto de comunicación» debe interpretarse de modo amplio con el fin de garantizar un elevado nivel de protección de los titulares de derechos de autor.”

⁴⁷⁰ Se trata de una cuestión decisiva en algunas de los más recientes pronunciamientos a nivel europeo. Así, sobre esta cuestión, cfr. Sentencias TJUE de 15 de marzo 2012, causa C-162/10, caso “Phonographic Performance”; de 15 de marzo de 2012, causa C-135/10, caso “SCF vs. Marco del Corso”, entre otras.

⁴⁷¹ Sentencia Tribunal Europeo Justicia, de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, caso “Svensson”.

Por último, todo lo anterior supuso la configuración de un régimen de responsabilidad para los nuevos prestadores de los servicios de la sociedad de la información en línea, previsto en la Directiva 2000/31/CE, regulándolo entorno a tres hipótesis, en los artículos 12 a 15, ambos inclusive. Los tres supuestos de responsabilidad establecidos son: a) el de transmisión o “*mere conduit*” (del artículo 12.1 Dir.), b) el de reproducción automática, intermedia y temporal o “*caching*” (del artículo 13.1 Dir.) y c) el de reproducción o “*hosting*” (del artículo 14.1 Dir.). De modo resumido, el contenido de esta Directiva acerca de esta cuestión, tiene por objetivo la exoneración del ISP o gestor de servicios en línea de la obligación general de vigilancia o control y la regla específica de actuar para hacer cesar las utilizaciones de las obras llevadas a cabo en contra de la voluntad – o sin el consentimiento – de los titulares de los derechos, una vez tiene conocimiento de ellas. Según la doctrina, se trata ésta de una modificación destacable de los principios generales en materia de responsabilidad del hecho ilícito, así dispuesta en relación a los derechos de Propiedad Intelectual y que desplaza las reglas de respeto de los bienes de terceros o ajenos a un momento posterior al de la conducta inicial⁴⁷².

No obstante, por ser el elemento central de la presente investigación doctoral, será objeto de un capítulo posterior el análisis específico de la configuración de la responsabilidad de los ISPs y los usuarios, donde, por tanto, se ofrecerá un estudio en mayor detalle y profundidad.

5.5. Las creaciones intelectuales en el mercado digital online.

Es por todos conocida la proliferación de plataformas online de reproducción y descarga de contenidos musicales y audiovisuales legales, como es el caso de “Spotify”, “iTunes”, “Google Play Music”, “Napster”, “Deezer”, etc., con respecto a los primeros, y “Netflix”, “Wuaki.tv”, “Yomvi”, en cuanto a los segundos, por citar quizá los más conocidos. De hecho, de acuerdo con el estudio de 2016 “Il consumo di música Report 2016”, llevado a cabo por Ipsos, y publicado por la “Federazione Industria Musicale Italiana”, *“Il 71% degli utenti online tra 16 e 64 anni accede alla musica legalmente. I servizi streaming in abbonamento stanno diventando più popolari, specialmente nella fascia di giovani sotto i 25 anni. Un terzo della fascia 16-24 anni attualmente paga per*

⁴⁷² Al respecto, JARACH, G. y POJAGHI, A., *Manuale del diritto d'autore*, op. cit..

*un servizio di audio streaming.*⁴⁷³; en concreto, en el caso de Italia y España, tal estudio determina que un 40%, en el primer caso, y un 54%, en el segundo, de los usuarios de internet utiliza los servicios de audio en *streaming*. Esta tendencia parece consolidarse, tal y como se refleja en el estudio “IFPI Global Music Report 2018”, donde se destaca que *"El streaming se mantiene como el principal medio de recuperación de los ingresos y, por primera vez, se ha convertido en la mayor fuente única de ingresos con 176 millones de usuarios de servicios de streaming de pago contribuyendo al crecimiento anual del streaming de un 41,1%. El streaming ahora supone el 38,4% de los beneficios del total de la música grabada y su crecimiento ha más que compensado la caída del 5,4% de los ingresos por el mercado físico y el retroceso del 20,5% del ingreso por descargas."*⁴⁷⁴ Estos indicadores se ven confirmados por el estudio realizado por IFPI en colaboración con IPSOS, titulado “Connecting with music”, de septiembre de 2017, donde se recoge que, en Italia *"Il 98% degli utenti attivi online dichiara di ascoltare musica tramite modalità in licenza, l'85% usa servizi di video streaming musicali mentre il 46% degli utenti intervistati utilizza un servizio di streaming audio."*⁴⁷⁵, lo que se complementa con el reporte de “Dati mercato primo semestre”, publicado en septiembre de 2017 por la “Federazione Industria Musicale Italiana”, del que se desprende que *"Lo streaming, cresciuto del 3%, ha raggiunto la più elevata quota di mercato di sempre e rappresenta oggi il 44% di tutto il mercato discografico, e il 79 % del digitale."*⁴⁷⁶

La tendencia es sostenida también en España, donde un 55% de los usuarios opta ya por los servicios legales de streaming de acuerdo con este mismo informe; en la misma línea, el reciente informe del “Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2017” elaborado por Gfk, presentado en abril de 2018, demuestra que, en España, aumenta el número de usuarios que acceden a música de forma legal y descende el consumo pirata frente a 2016 en un 6% agregado (un 65% opta por los

⁴⁷³ Informe “Il consumo di música Report 2016”, Ipsos, publicado por la “Federazione Industria Musicale Italiana” (disponible en italiano en: http://www.fimi.it/app/uploads/Music_Consumer-Insight-Report2016_ITA-1.pdf)

⁴⁷⁴ Traducción de la autora. Texto original: *"Streaming remains the main driver of recovering revenues and, for the first time, has become the single largest revenue source with 176 million users of paid streaming services contributing to year-on-year streaming growth of 41,1%. Streaming now accounts for 38,4% of total recorded music revenue and its growth has more than offset a 5,4% decline in physical revenue and 20,5% decline in download revenue."*

⁴⁷⁵ Documento íntegro disponible en <http://www.ifpi.org/downloads/Music-Consumer-Insight-Report-2017.pdf>

⁴⁷⁶ Fuente: <http://www.fimi.it/dati-mercato/dati-mercato-primo-semester-digitale-al-55-in-italia-streaming-44-del-totale-vinile-quasi-il-10-delle-venduto> (Fecha última consulta 16 mayo 2018).

servicios legales de streaming, lo que supone un aumento del 3% frente a 2016, y un 22% se decanta por el formato físico; mientras que se mantiene un 2% de usuarios que acceden a contenidos protegidos de forma ilegal en formato físico, y un 22% en formato digital, lo que implica un descenso del 4% frente a los datos de 2016), lo mismo ocurre con las películas (un 49% de los usuarios acceden a estos contenidos de forma legal en formato digital, lo que supone un 30% más con respecto a 2016, mientras que el acceso ilegal vía online se mantiene estable en un 33%); sin embargo, resulta significativo que en el caso de las series se evidencia un aumento del acceso ilegal (con un 30%, frente al 27% del año anterior).

Sin embargo la expansión de estos servicios legales queda ensombrecida sin lugar a dudas por la ingente cantidad de páginas de reproducción en *streaming* y descarga de contenidos ilegales que aún existen en la red, lo cual se podría definir como el principal problema al que se enfrenta la industria musical y audiovisual en la actualidad. En este sentido, el mencionado estudio de Ipsos, en paralelo a los anteriores resultados, también evidencia una subsistencia de éstas conductas vulneradoras de los derechos de autor, por cuanto se concluye que *“un terzo (35%) degli utenti internet accedono alla musica illegalmente. Il cambiamento dei metodi di accesso ha un impatto sui comportamenti in violazione del copyright, con lo stream ripping che ora è più popolare del download”*. Con ello se pone de relieve que, lejos de desaparecer, en el caso concreto de las creaciones intelectuales, los usos ilícitos a las obras han cambiado de forma⁴⁷⁷, con una evidente reducción en las descargas y un auge de la conducta conocida como *“stream ripping”*⁴⁷⁸. De esta forma, de manera paralela a la consagración del acceso legal a través de plataformas de streaming, se evidencia el mantenimiento y auge de este mecanismo del *ripping*, como se recoge en el ya mencionado “Music consumer insight

⁴⁷⁷ De acuerdo con los datos del informe de Ipsos, *“Con l'aumento dei servizi streaming, i comportamenti si sono modificati passando dai metodi "tradizionali" del download allo stream ripping, che ora è la forma più comune di utilizzo illegale dei contenuti.”*

⁴⁷⁸ Esta nueva forma de utilización ilegítima de las creaciones protegidas consiste en la descarga definitiva en formato mp3 de alta calidad (128mbps), en cualquier dispositivo, de la obra musical contenida en un vídeo o archivo de streaming alojado en una plataforma online, a través de una aplicación o un portal ad hoc. A tal efecto, son cada vez más las páginas web (como es el caso de “listentoyoutube” o “Mp3skull.onl”) y apps (por ejemplo, “TubePlayer”, y otras muchas que van surgiendo a diario) que permiten tal conducta, para lo cual sólo hace falta conocer la url del contenido, y el portal o app lleva a cabo la extracción y conversión en cuestión de segundos. Sobre esta realidad, el Report 2016 de Ipsos concluye que *“Il 30% di utenti online hanno fatto ricorso allo stream ripping per la musica negli ultimi 6 mesi (27% via pc, 19% via mobile).*

Si tratta di un incremento significativo comparato al 27% del 2015. Lo stream ripping è particolarmente popolare nella fascia 16-24 (49%, dal 41% del 2015).”

report”, de septiembre de 2017, según el cual, a nivel mundial un 35% de los usuarios de internet utilizan esta herramienta de pirateo de contenidos, lo que supone un ascenso frente al 30% existente en 2016, y aún mayor es el porcentaje en el caso de los usuarios en una franja de edad de 16 a 24 años, donde asciende al 54%.

Retrotrayéndonos al origen de esta realidad, se puede concluir que ha sido el cambio en las pautas de consumo, posterior a la revolución digital de la industria, lo que más ha modificado los formatos y los contenidos, a lo que ha contribuido principalmente, como ya se ha mencionado, la introducción de internet y las nuevas tecnologías, de modo concreto las citadas plataformas de reproducción en *streaming* online y los reproductores digitales, que permiten la total *customización* de la propia reproducción y de los contenidos disfrutados. En este sentido, señala, a nuestro juicio, acertadamente LOPEZ GONZALEZ que “*La configuración de la esfera cultural ha cambiado por completo y el control sobre el acceso se ha reorientado. El usuario ya no necesita de una oferta preestablecida en cuanto a tiempo y contenidos sino que es él mismo quien se encarga de configurar su parrilla de contenidos. Las nuevas tecnologías han permitido el uso y disfrute de la cultura en el momento y el lugar en que el usuario quiere o puede acceder a ella*”, añadiendo que “*Este cambio afecta al acceso a una cultura inmaterial, sin soporte físico, en horarios libres y fragmentados. El usuario (...) flexibiliza su consumo y no depende de los criterios de programación de los productores o de los medios que crean o difunden los contenidos. Cambia la relación entre el productor y el usuario, y este último es quien decide.*”⁴⁷⁹

Una idea similar es la que mantiene LUPIANI, para quien “*Il mercato dei contenuti audiovisivi e digitali ha determinato inevitabilmente un’evoluzione della proprietà intellettuale tanto che oggi è possibile parlare più specificamente di diritto d’autore in Internet. La digitalizzazione delle opere ha portato a rendere i diritti di utilizzazione economica sempre più riferiti a beni connotati da “immaterialità”. Attraverso la banda*

⁴⁷⁹ Al respecto, continúa el autor, “*Ha cambiado la relación de poderes. Antes el usuario dependía de los contenidos que se le ofrecían. No podía escoger ni el tiempo ni el lugar de consumo. Era un sujeto pasivo. Hoy esa realidad ha cambiado y es el usuario quien tiene la capacidad de decidir cómo se configura su acceso. Se ha convertido en un sujeto activo. El productor no contaba con esta pérdida de poder y se ha visto sorprendido por el devenir de los acontecimientos. Años de reticencia al cambio han hecho que el productor trabaje a contrarreloj para adaptarse al cambio digital.*” LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “¿Consumes cultura? La Propiedad Intelectual en la era digital”, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, dirigida por Carlos Padrós Reig, enero 2015; pág. 272.

larga la distribuzione di audiovisivi ed altre opere multimediali asseconderà quello smart use necessitato da spettatori ed usufruttori. L'abbattimento fisico di barriere dovuto a reti sempre più veloci (si pensi all'EVDSL, 5G ed LTE) abbinato all'offerta di validi pacchetti servizi, consentirà aumento ed eterogeneità di pubblico contribuendo al progresso culturale, artistico ed industriale.”⁴⁸⁰

Se observa así que la digitalización y desmaterialización de los contenidos y sus soportes obedecen por tanto a una doble causa: una relativa a la propia industria musical y otra al consumidor. Por un lado, para los primeros, supone una reducción de costes y una mayor facilidad de distribución y reproducción de los contenidos y, por otro, para los segundos, responde a los actuales objetivos del público: rapidez e inmediatez, mejor explotación del tiempo (lo que se puede llamar economía temporal), reducción del espacio y la mejora de la calidad del sonido.

Lo anterior evidencia que desde la llegada de la era digital los formatos han ido evolucionando, por tanto, y adaptándose al cambio constante de preferencias del consumidor. En este sentido, tal y como señala ABEILLÉ, *“las nuevas necesidades del usuario se orientan ahora a la búsqueda y selección inteligente de canciones. Ante la diversificación de los medios de producción y de comunicación, también de artistas y de propuestas musicales, los oyentes requieren con urgencia un sistema para poner orden a la dispersión. Así, ingresan en el campo de juego las compañías que se dedican a generar listas inteligentes de reproducción fundadas en la lógica del cloud computing y de los buscadores en red. Spotify, Pandora, Last.fm, Slacker son ejemplos de los nuevos actores del mercado. Los que corren son tiempos de customizarlo todo, de generar perfiles día tras día”⁴⁸¹.*

Esta tendencia ha provocado que los contenidos musicales y audiovisuales en el ámbito de internet también se vean íntimamente ligados a la novedosa realidad creativa, en la que la mayor parte de los usuarios de la red son a la vez creadores de contenidos y en la que la música y las series y películas muestran una especial relación con la creación de la identidad digital de los sujetos en las redes sociales.

Casos como los de *“Itunes Store”* y *“Myspace”* ejemplifican la tendencia de la industria de la música en la actualidad: la socialización del medio y la búsqueda de rentabilidad

⁴⁸⁰ LUPIANI, A., “Diritti di utilizzazione economica nei contenuti audiovisivi e digitali”, *Altalex*, Sezione Nuove Tecnologie, 15 marzo 2017.

⁴⁸¹ ABEILLÉ, C.; “Las formas musicales en la era digital: La crisis del álbum como principio organizador y la nueva función social de la canción”, *Revista Signa*, UNED, núm. 22, 2013, págs. 185-204.

de los servicios de catalogación (listas de reproducción ordenadas, bibliotecas y sincronización entre los distintos dispositivos portátiles). Ello ha provocado una búsqueda por parte de la industria de nuevas modalidades de producción y comunicación que proporcionen mayor participación e interrelación con los usuarios, como es el caso de Youtube, y la proliferación de plataformas de formato similar a redes sociales, lo cual también se ve influido por el incremento en el recambio de la música y la evolución y cambio de las modas. Este contexto es el germen, a su vez, de un cambio en el modelo de explotación de los contenidos, donde la promoción de los mismos es continua y múltiple ante la demanda creciente de procesar una gran cantidad de éstos en un breve espacio de tiempo. La *hiperaccesibilidad* a la información que permite Internet genera la necesidad de disponer de herramientas para organizar datos (permitiendo su organización y clasificación, además de agilizar la búsqueda cada vez más individualizada), recortando además los plazos de actualización de los contenidos. La anterior línea argumental permite concluir, por tanto, que las nuevas tecnologías han modificado en la actualidad tanto la producción como el consumo de música y contenidos audiovisuales, de modo que, como pone de relieve MÁRQUEZ, “*el conjunto de materiales, instrumentos, aplicaciones, programas y actualizaciones inherentes a las nuevas tecnologías ha hecho que el arte nacido con la cibercultura dependa de estas herramientas digitales para su creación y desarrollo, puesto que cada nueva aplicación, cada nueva actualización, genera nuevas formas de experimentación, producción y recepción artística.*”⁴⁸²

En definitiva, se hace evidente que desde una perspectiva puramente práctica o formal, las creaciones intelectuales en la actualidad, tras someterse al proceso *desmaterializante* de la digitalización, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Si bien es cierto que dada la intangibilidad *congénita* de las obras del ingenio su protección siempre ha resultado mucho más difícil que la de las posesiones físicas, no es menos cierto que la mayor acotación del ámbito analógico favorecía un mayor control de los plagios y copias ilícitos de estas obras. Así, si en el ámbito musical eran éstos los dos principales y casi únicos problemas a los que se enfrentaban este tipo de creaciones, junto con la distribución no autorizada, hoy en día las conductas ilegítimas en este campo proliferan de manera incontrolada y la volatilidad que caracteriza al medio

⁴⁸² MÁRQUEZ, I.V.; “Hiper música: la música en la era digital”, en *Trans. Revista Transcultural de Música*, núm. 14, 2010, págs. 1-8, Sociedad de Etnomusicología Barcelona, España.

tecnológico y la Red hacen difícil, sino imposible, en algunos casos el rastreo y bloqueo de estas conductas.

En el caso concreto de las páginas web de indexación de enlaces de descarga, el fenómeno de las páginas espejo y el completo anonimato de sus gestores, inutiliza la mayor parte de los mecanismos legales de protección del Derecho de autor, y la inmensa masa de contenidos ilegales almacenados y compartidos en línea es prácticamente inabarcable para los operadores jurídicos de los distintos Estados miembros de la UE.

Por otro lado, los nuevos modelos de explotación online que se han comentado anteriormente requieren una metamorfosis, en algunos aspectos completa, de los derechos de autor tal y como están configurados en la actualidad, rompiendo las barreras geográficas que hasta ahora han regido en la regulación de esta materia.

5.6. Problemática específica de las obras multimedia

a) Principales derechos afectados

Una vez concretado el objeto de este campo de la propiedad intelectual es preciso definir a su vez cuales son los derechos más controvertidos o concernidos en la actualidad en el marco de las nuevas tecnologías e internet.

De manera breve, es preciso destacar que el Derecho de autor en el ámbito musical abarca los derechos de propiedad intelectual de varias personas, entre las que sobresalen principalmente: los autores de composiciones musicales con o sin letra, los artistas intérpretes o ejecutantes, y los productores de fonogramas, reconociéndoles respectivamente las dos categorías divididas de derechos morales y patrimoniales; en cualquier caso no entraré a analizar de forma individualizada esta materia por su extensión y por quedar fuera del ámbito concreto de este análisis.

En primer lugar, de los derechos más afectados por las nuevas tecnologías destaca el derecho de reproducción. Éste, como derecho de explotación reservado al autor pero del que puede disponer y cuya gestión puede ceder a un tercero, se encuentra regulado en la LPI (artículo 18), que establece que *“se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.”* Este derecho deberá reconocerse, como determina el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE: a

los autores, de sus obras; a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; y a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

Es en el marco de este derecho en el que internet, de manera particular, ha hecho necesaria la inclusión de una serie de excepciones, de mano de la comentada Directiva 2001/29/CE, dejando fuera del ámbito de autorización aquellas reproducciones provisionales, de carácter transitorio y accesorio, que son necesarias para la transmisión online de contenidos. Se refiere a las copias provisionales que se hacen en la memoria del ordenador o en los servidores de la propia plataforma y que hacen posible la transmisión de la información, pero que desaparecen una vez finalizada esta.

Como prevé la Directiva 2001/29, se debe fijar la *“excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico. En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley.”*

En segundo lugar, el otro derecho que es indispensable definir de mano de la Ley española de Propiedad Intelectual, por entrar en conflicto en este campo, es el de “comunicación pública”, así como el concepto anexo de “puesta a disposición”, que viene recogido en el artículo 20. Según este precepto, se debe entender por comunicación pública *“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se*

considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.” De modo concreto, el apartado 2. i) precisa la inclusión de “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.” En este sentido, la Directiva 2001/29/CE, en su Considerando 23, concreta que “este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.”

A este respecto, cabe precisar que, en el caso de los titulares de derechos afines, sin embargo, *“no se produce en el ámbito comunitario el reconocimiento de un derecho exclusivo general de comunicación pública como sucede con los autores. Sí, en cambio, se les reconoce un derecho exclusivo en relación con la puesta a disposición interactiva de trabajos protegidos, que es el ámbito al que se limita la armonización para los derechos afines. Estos titulares de derechos afines no tienen armonizado el derecho de comunicación pública, por lo que son mucho más sensibles al resultado de la transposición. Sin embargo, en el caso de la legislación española, los titulares de estos derechos afines tienen reconocido el derecho de comunicación pública (al igual que los autores).”*⁴⁸³

En virtud de la Directiva 2001/29/CE resulta, por tanto, que los titulares de los derechos de autor ostentan el derecho exclusivo de puesta a disposición al público de las obras por transmisiones interactivas a la carta, siendo aquellas que permiten su disfrute por el usuario en el momento y lugar de su elección, para lo cual se precisa una concreción del concepto de “transmisiones interactivas bajo demanda”, que recoge la norma europea para delimitar qué servicios se encuentran incluidos en su ámbito objetivo.

A colación de este somero resumen del concepto de los derechos de comunicación pública y puesta a disposición se debe puntualizar que su extensión y ámbito de aplicación ha sido y es objeto de gran debate y controversia. De un lado porque, de acuerdo con un importante sector de la doctrina especializada se ha producido en los

⁴⁸³ CASTELLANO CACHERO, J., FEIJOÓ GONZÁLEZ, C. y PÉREZ MARTÍNEZ, J.; “Propiedad Intelectual e Internet. El nuevo derecho de puesta a disposición”, *Revista Telos*, Fundación Telefónica, 2009. (Fuente: <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/>).

últimos años una extensión desproporcionada y apropiación de los derechos de acceso al contenido lo que coacciona el derecho de uso por parte del consumidor, lo que como subraya GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ⁴⁸⁴ implica una ingerencia en la esfera privada del usuario y el derecho constitucional de acceso a la cultura, consagrado en el artículo 41.1 CE. Esta postura es apoyada por SÁNCHEZ ARISTI quien defiende que la configuración actual de estos derechos de acceso es en exceso restrictivo, acaparando derechos del usuario y favoreciendo una protección extrema y en exceso proteccionista de los titulares⁴⁸⁵. En concreto, con respecto al derecho de reproducción, parte de la doctrina, en esta misma línea, denuncian una expansión del ámbito de los derechos de autor, con fines lucrativos, tendente a la creación de un monopolio cultural, auspiciado por las entidades de gestión colectiva⁴⁸⁶. Tal opinión es compartida, en este caso en lo tocante al derecho de comunicación pública, por BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y MARIN LÓPEZ, para quienes la extensión del concepto de comunicación ha determinado que el uso privado quede reducido al más estricto ámbito personal y familiar⁴⁸⁷.

Por otro lado, dicha extensión ha sido objeto de debate sobre todo en el caso de la problemática de los enlaces de descarga en la web, siendo causa de algunas cuestiones prejudiciales presentadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como es el caso del conocido *asunto Svensson* (STJUE C-466/12, de 13 de febrero de 2014), así como de múltiples resoluciones de Tribunales españoles en sentidos opuestos. Sobre

⁴⁸⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., “Comercio electrónico y derechos fundamentales”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 11, mayo-agosto 2002; pág. 65.

⁴⁸⁵ En esta línea, sostiene SÁNCHEZ ARISTI que “(...) leer, ver, oír, incluso reproducir para goce o aplicación privados han sido consideradas actividades que venían a caer fuera de la órbita de la exclusiva de los titulares. ¿Por qué habría ahora que incluirlas dentro del haz de actividades que los titulares de derechos de autor y afines deben autorizar o prohibir? ¿Sólo porque es materialmente posible controlarlas? En mi opinión, desde luego, no es éste un argumento bastante. (...) Lo importante pues es que alguien explote, no que meramente reproduzca o distribuya: puede haber actividades que en teoría encajen — mejor o peor — en la definición de reproducción o en la de distribución, pero el punto no es ése”. (SANCHEZ ARISTI, R., “La copia privada digital”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 134. Mayo-Agosto 2003, Madrid, Bercal; pág. 17).

⁴⁸⁶ Así lo sostiene LOPEZ GONZALEZ cuando concluye que “Es evidente que el concepto de reproducción ha sufrido una dilatación en exceso y que, por tanto, abarca actividades que están fuera del mercado y lejos de una actividad lucrativa. El derecho de autor se regula mediante la gestión colectiva de las entidades de gestión, que sin consulta previa y durante años, han aplicado la extensión de estos conceptos para acaparar más usos bajo los derechos de autor que gestionan. Esta actitud responde a una finalidad lucrativa en favor de la consolidación de un monopolio de la Propiedad Intelectual.” (LOPEZ GONZALEZ, J.; op. cit.; pág. 263).

⁴⁸⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J., “Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer”, *Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento*, núm. 20/2, Navarra, Aranzadi. 2007, págs. 401 a 406; pág. 376.

esta cuestión, no obstante, volveremos más adelante al tratar el problema de la piratería en línea de obras musicales.

Una vez destacados los dos derechos que, en nuestra opinión, presentan más problemática en este ámbito, resulta igualmente importante destacar que, en relación, concretamente, con el derecho de reproducción, existe un importante punto crítico. Se trata de la famosa excepción de copia privada, que recoge la Directiva 2001/29 en su artículo 5.2.b), previsto en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 31 LPI, dentro del capítulo dedicado a los límites a los derechos de autor, a la que ya se ha hecho mención con anterioridad en este trabajo. Este concepto, ha experimentado una evolución dinámica, como ya se ha puesto de manifiesto en el análisis de la evolución legislativa, acorde con la necesidad de adaptación que conlleva la rápida evolución de las nuevas tecnologías⁴⁸⁸.

b) Piratería informática: actos de descarga y *streaming* ilícitos de obras protegidas.

Todos los conceptos analizados hasta este momento nos conducen a otra cuestión de interés, relativa a la problemática actual a la que se enfrentan las creaciones intelectuales en el mundo digital. De entre los numerosos retos y problemas que se han ido poniendo de relieve en el devenir de este trabajo, destaca por su dimensión, importancia y gravedad la llamada “piratería” informática⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Sobre esta cuestión señala LUPIANI que Internet ha determinado un cambio en lo que respecta a los derechos de explotación económica, sobre todo en el ámbito de las obras multimedia, sosteniendo que “*Anzitutto occorre precisare che la loro elencazione nella più volte novellata legge sul diritto d'autore non ha carattere tassativo: ratio di tale scelta legislativa è l'adattamento della normativa alle continue evoluzioni tecnologiche garantendo così le esigenze dibusiness in ambito multimediale. Inoltre, caratteristica di tali diritti è l'indipendenza: significa che se ne può disporre o se ne può fare esercizio autonomamente, senza che necessariamente debbano essere coinvolti altri diritti di natura patrimoniale legati all'opera (caratteristica peraltro funzionale alla frazionabilità degli elementi costituenti le opere multimediali). La possibilità di assicurare l'adeguamento della tutela giuridica alle nuove tecnologie per l'industria della produzione di contenuti per l'entertainment deriva inoltre da un'altra scelta definitoria, semplice ma nello stesso tempo intelligente, da parte del legislatore italiano: in più articoli del D.Lgs 68/03, infatti, viene utilizzata la formula “messa a disposizione al pubblico dell'opera attraverso accesso in luoghi o momenti determinati dal singolo utente”, si da coprire in questo modo le diverse forme di connettività, anche quelle a banda ultralarga e quelle che mettono a disposizione contenuti premium attraverso offerte combinatequadruple play.” (LUPIANI, A., “Diritti di utilizzazione economica...”, op.cit; pág. 2)*

⁴⁸⁹ La gravedad de estas conductas, como ya se ha introducido anteriormente, no sólo se deriva de las pérdidas que ocasiona, sino también de su carácter masivo y la aceptación de la goza entre los ciudadanos/usuarios de la Red. En este sentido, se ha puesto ya de manifiesto *ut supra* que el acceso

Este término, que se ha venido empleando comúnmente para referirnos a los actos de utilización no autorizados en línea de obras protegidas, resulta muy controvertido por sus connotaciones altamente peyorativas.

En cualquier caso, dejando a un lado cuestiones meramente terminológicas, los principales medios por los que se lleva a cabo el acceso ilícito a las creaciones intelectuales, en concreto las musicales, son en la actualidad la descarga o *download* de los contenidos (ya sea mediante enlaces directos o *torrent*, o por plataformas P2P, éstas cada vez más en desuso, y con el auge, ya comentado, de la novedosa técnica del “*stream ripping*”⁴⁹⁰) y la reproducción en *streaming*⁴⁹¹.

ilegal a contenidos en línea, según recientes estudios, sigue estando muy extendido en el territorio de la Unión Europea, sobre todo en el campo de las obras audiovisuales y musicales, a pesar del crecimiento de la oferta legal. De modo específico, al respecto de las creaciones musicales, el reciente informe de mayo de 2016, del Observatorio de la Propiedad Intelectual, perteneciente a la EUIPO, “El coste económico de la vulneración de los DPI en el sector de la industria discográfica”, demuestra que las pérdidas ocasionadas a la industria musical a causa de la piratería online a nivel europeo ascienden a 169,9 millones de euros (en efectos directos) y 336 millones (por efectos totales). De manera específica, la situación es más grave en el caso de España, donde el volumen de accesos ilícitos es mayor y también lo son las pérdidas en cuanto al volumen de ventas (España sufre un 8,2% de pérdidas de ventas de música en formato físico y digital, que suponen algo más de 9 millones de euros en pérdidas, e Italia un 5,2%, que implican cerca de 8 m. euros en pérdidas) con unas pérdidas por efectos directos de 9,1 millones de euros y 18,9 millones por efectos totales; mientras que, en el caso de Italia las pérdidas son de 7,8 m. euros (efectos directos) y 14,9 m. (efectos totales). En el mismo informe se concluye que estas conductas afectan en mayor medida a las ventas de música digitales que a las de formato físico. (El Informe íntegro se puede consultar, en castellano, en: https://euiipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/ipr_infringement_music)

En lo referente a las creaciones audiovisuales (en concreto películas y series), resultan relevantes las conclusiones del Informe “MUSO’s Global Film & TV Piracy Market Insight Report 2016”, en el que se pone de relieve que “*nearly three-quarter of all visits to film & TV specific piracy sites in 2015 used web streaming as their method of consuming illegal content, highlighting a clear piracy audience trend change away from content ‘ownership’ using P2P/Torrents or web downloads.*” A pesar de esta reducción de descargar, a favor de la reproducción en streaming, los portales de enlaces siguen mostrando una elevada actividad, así destaca el informe que “*the second most popular piracy delivery type was torrents, capturing 17.24% of audience visits. Despite this high activity, torrents have seen an overall decrease by 18.98% from the first 6 months visits to the last 6 months visits in 2015*”, con un auge en la utilización de los dispositivos móviles frente a los ordenadores como medios de acceso. Por último, añade, con respecto a las descargas que “*However, the usage of downloads has been relatively low, compared to torrents and streaming traffic, accounting for 8.38% of piracy visits. 2015 saw only a minor increase in download activity, with a growth of 0.21% from the first six to last six months of the year.*”

De este mismo informe se extrae la conclusión de que la forma más popular de piratería musical, a nivel global, durante el año 2015, fueron los sitios de streaming ilegal como “Zing MP3” de Vietnam, “Music.Yandex” de Rusia y “Grooveshark” de EEUU (ésta última, ahora clausurada en el marco de un procedimiento judicial instado por la RIAA), y del tráfico recibido por estos sitios de streaming ilegal, casi la mitad (46.3%) se originó desde motores de búsqueda (Fuente: <https://www.muso.com>).

⁴⁹⁰ El mencionado Informe Muso, destaca, así mismo, la clara hegemonía actual, de entre los actos vulneradores en línea de los derechos de autor, del “*stream ripping*”, ya definido, siendo estas utilizaciones ilícitas las responsables de cerca del 18% de toda la piratería musical el año pasado, siendo además, según los datos, la forma de entretenimiento ilegal vía internet con un crecimiento más acelerado según el citado estudio de IPSOS, el cual refleja que el 49% de los consumidores entre 16 y 24 años utilizan este tipo de servicios. De entre los servicios de *ripping*, cabe destacar “YouTube-mp3.org” que reconoce tener más de 60 millones de usuarios al mes, y se estima que es responsable de más del 40% de todo el *stream ripping* de música desde YouTube. (Fuente: <http://industriamusical.es/universal-sony->

Históricamente el debate acerca de la legalidad o *alegalidad* de estos accesos por parte de los usuarios particulares se centraba en la posibilidad o no de inclusión de estos usos dentro del ámbito de copia privada, sin embargo, a mi entender, esta diatriba quedó ya obsoleta con la reforma legal de 2014, que claramente deja fuera del objeto de la excepción este tipo de utilizaciones. No obstante lo anterior, la calificación jurídica de estos actos resulta estéril a mi entender, desde la perspectiva de la responsabilidad del usuario, por cuanto la legislación de protección de datos no permite la identificación del usuario infractor, de modo que, de ser oportuna en aplicación de la legislación civil de autor, sería del todo imposible su persecución y la toma de cualquier medida coercitiva. Paralelamente, centrándonos en la búsqueda de protección para las creaciones y sus autores frente a las utilizaciones no autorizadas en línea, se viene evidenciando la búsqueda por parte del legislador de un endurecimiento de las medidas tendentes a la eliminación de los contenidos y el cierre de páginas de descargas. En este sentido, la

[warner-demandan-a-youtube-mp3-org/](#)) Se trata sin duda de una problemática cuya persecución se va a ir extendiendo en un amplio número de países a escala mundial, y que ya ha dado pie a una primera gran demanda interpuesta en EEUU por varios de los más importantes sellos discográficos a nivel mundial, *Universal, Sony, Warner Bros y Capitol Records*, “batalla” que no ha hecho más que comenzar. (Al respecto: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37484354>).

⁴⁹¹ En primer lugar, nos encontramos con que la reproducción en *streaming*, tan extendida en la actualidad, se define como la “transmisión de datos de video o audio, de manera que se puede realizar su procesado y lectura (su uso) de forma continua y constante conforme se recibe. No queda almacenada una copia de la información.”

Por otro lado, se puede optar por la descarga (*downloading*) del contenido, que se define como la “transmisión de datos de video o audio, de manera que para poder realizar su procesado y lectura es necesario haber acumulado previamente la información de que consta el envío. Queda almacenada una copia de la información en el dispositivo del usuario.” En paralelo se encuentra el acto de subir archivos a la Red (*uploading*), que es “el archivo de salida de un ordenador a Internet. Si el servidor de carga está en Internet, el usuario del servicio tiene ahora un repositorio de archivos, similar a un disco duro que está disponible para el acceso en cualquier computadora que esté en Internet. Subir es similar a bajar, excepto que en lugar de cargar archivos a su equipo, se los envía al servidor.” En lo referente a los enlaces, consisten en direcciones web o urls que redireccionan a una ubicación en la red donde se encuentra almacenado el contenido, y donde se puede efectuar la descarga. En función del tipo de link o enlace de que se trate, la descarga se podrá llevar a cabo directamente desde dicho portal web al dispositivo de almacenamiento u ordenador del usuario (enlaces de descarga directa) o a través de una plataforma p2p, con la que conecta el enlace que dirige directamente a la obra dentro de la aplicación (enlaces *torrent*). De modo más profundo, en palabras de RAMIREZ SILVA, “Los enlaces simples o enlaces *HREF* son aquellos links que, una vez activados por los usuarios, redirigen a éstos a un lugar determinado de la World Wide Web. En función del tipo y profundidad de la remisión que realizan, este tipo de enlaces suelen calificarse, (...), en dos subtipos: por un lado, los enlaces de superficie (*surface links*) que, al activarse, redirigen al usuario a la página inicial (*home*) del sitio web de un tercero; y, por el otro, los enlaces profundos (*deep links*) que remiten al usuario a una página interior del sitio web de un tercero, sin pasar por la página inicial o *home* de éste”. Por otro lado, los enlaces *torrent*, “tienen un resultado similar a los enlaces profundos, si bien su funcionamiento es diferente: al activarlos, el usuario no es redirigido al sitio web de un tercero en el que se pone a disposición del público una obra, sino a un espacio concreto de un programa cliente para compartir archivos que previamente debe tener instalado y en el que se encuentra la obra o prestación que busca, y que ha sido puesta a disposición del resto de usuarios por uno de ellos y desde su propio equipo.” (RAMIREZ SILVA, P., “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, Revista *InDret*, núm. 2/2012; págs. 3-4.

reforma opera una extensión en el ámbito de los sujetos y conductas infractoras en esta materia, propiciando la persecución de las páginas y plataformas de descarga que ordenan y “difunden” los enlaces de descargas. En esta línea, la nueva redacción del artículo 138 TRLPI dispone que el titular de derechos de autor podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados; además de, con carácter previo, la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141 TRLPI. Igualmente, podrá reclamar las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) TRLPI, así como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 TRLPI, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos legalmente. Ello, no obstante, solo en aquellos casos en que sean apropiadas y aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, tal y como exige la Ley, todas estas medidas deberán cumplir con los requisitos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación.

Consciente el legislador de la prevalencia de tales conductas, la Ley reformadora establece unos elementos legales básicos para enjuiciar la licitud de las mismas. Estos se concentran en las prescripciones del nuevo art.138 TRLPI, que, básicamente, amplían, como ya se ha señalado, el ámbito de los sujetos infractores, para incluir a quienes induzcan dolosamente la conducta infractora; a los cooperadores con la misma, y a quienes, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuenten con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Por otra parte, la reforma del TRLPI dota a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual -Comisión creada por la ley 2006 y dividida en dos Secciones diferenciadas con funciones diversas -, de unos poderes más amplios en relación con las infracciones cometidas, sobre todo en la red, contra los derechos de autor, reforzando así su rol de órgano de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. De manera específica, este ente administrativo será el competente para conocer, en primer lugar, de las reclamaciones formuladas por los interesados en defensa de sus derechos frente a supuestas infracciones, siendo esta resolución la que ponga fin a la vía administrativa.

Así, el artículo 158 *ter* TRLPI establece, en este sentido, que las actuaciones se podrán dirigir, por un lado, contra los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que vulneren los derechos de propiedad intelectual, debiendo atender la

Comisión al nivel de audiencia que éstos tengan en España y al número de obras protegidas “indiciariamente no autorizadas” a las que permitan el acceso. Por otro lado, también las acciones podrán instarse frente a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que faciliten la descripción o la localización de obras y prestaciones que “indiciariamente se ofrezcan sin autorización”, llevando a cabo, para ello, una labor activa y no neutral, que no se limite a la realización de actividades de mera intermediación técnica. En este punto, la norma concreta que, dentro de esta tipología, quedan integrados de modo específico “*quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.*” (artículo 158 ter 2.b TRLPI)

Es este mismo precepto el que, en su apartado 3, establece que el procedimiento comenzará de oficio, cuando el titular de los derechos pretendidamente vulnerados denuncie los hechos antes la comisión, siendo requisito indispensable que se demuestre que previamente se ha requerido al prestador de los servicios de la sociedad de la información la retirada del contenido infractor de manera infructuosa. A tal efecto, el precepto considera fallido el requerimiento cuando el infractor no responda o, aún respondiendo, no retire el contenido denunciado en el plazo de tres días a contar desde el envío del requerimiento. Para ello, bastará acreditar el envío de un correo electrónico a la dirección de contacto que el prestador facilite, quedando el denunciante exonerado de esta obligación cuando el pretendido infractor no ofrezca ninguna dirección de contacto en la que comunicarse con él.

La Comisión ostenta, además, en virtud del apartado 4 del mencionado artículo 158 ter TRLPI, de poderes para adoptar las medidas necesarias en aras de la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren éstos, siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Tal y como prevé la norma, las medidas podrán ser de índole técnica o bien tratarse de deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor, con el objeto de asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma. El paso previo a su adopción será el requerimiento al infractor por parte de la Comisión de la interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas, puntualizando el precepto, enfrentándose con ello a jurisprudencia del TS, que la realización de estas conductas por parte del prestador, de manera voluntaria,

tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento.⁴⁹²

Un requisito que se impone a esta última función reconocida a la Comisión es el carácter prescriptivo de la autorización judicial, elemento indispensable por la injerencia que tales medidas pueden tener sobre los derechos y libertades consagrados en la Constitución a los ciudadanos. En este sentido, la atribución de estos amplios poderes limitativos de libertades a un órgano administrativo ha dado pie al surgimiento de numerosas voces críticas poniendo en duda el cumplimiento de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la postura del TS español ha sido de reconocimiento de la legalidad de esta opción del legislador. Se trata de la STS de 31 de mayo de 2013, en la que se entiende que *“La configuración reglamentaria no es desproporcionada, ni supone restricción indebida de los derechos de los ciudadanos”*, y concluye que la regulación contenida en el art. 158 del TRLPI (de acuerdo con la numeración anterior a la reciente reforma de 2018) *“no suscita a esta Sala dudas de constitucionalidad”*. De acuerdo con la fundamentación jurídica de la sentencia, la Sala reconoce en el FD séptimo, que *“es cierto que están en juego derechos fundamentales, como indica la recurrente al citar, esencialmente, la libertad de expresión y de información. Ahora bien, la relevancia de estos derechos y su naturaleza, como elementos indispensables para conformar una opinión pública libre y plural, y su proyección en el ámbito de internet como un mecanismo extraordinario para dinamizar la sociedad en sus ámbitos culturales, de ocio, de comunicación y comercial, no impide la intervención administrativa en este ámbito, que ya es una tradición en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual”*. A ello añade, de forma significativa, que *“Efectivamente estos derechos fundamentales, que no son ilimitados, no impiden crear un órgano administrativo, diseñar un pronunciamiento administrativo y, adoptar una serie de medidas para restablecer la legalidad en la red, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente establecidas, especialmente que esa actuación administrativa pueda ser revisada por los jueces y tribunales, en cumplimiento de la función que la CE les atribuye de control de la legalidad de los actos y disposiciones administrativos. Ex art. 106.1 de la CE, para que la tutela judicial no se resienta”*,

⁴⁹² Es preciso señalar a este respecto que el mantenimiento en la nueva redacción del precepto de esta previsión: la aceptación de la infracción por la retirada voluntaria del contenido por parte del prestador, contraría la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo que, mediante Sentencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo de 2013, declara la nulidad parcial del artículo 20.2 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, disponiendo que dichos actos en ningún caso podrán suponer el reconocimiento implícito de la comisión de una infracción.

siempre que actúe bajo los principios de objetividad y proporcionalidad, extremo que el Alto Tribunal considera presente en la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Es por todo ello que, en conclusión, resuelve que “*para acordar la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere los derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren tales derechos, basta la decisión administrativa sujeta al correspondiente procedimiento que permite la audiencia del afectado, sin perjuicio de que la ejecución de tales medidas precise de autorización judicial (...)*”. Yendo incluso más allá, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1064/2013, avalaba la atribución a la citada Sección Segunda del poder de bloqueo de contenidos y acceso como primera medida en casos de vulneración de derechos de propiedad intelectual en línea, en lugar de relegarse como último recurso, a falta de éxito en las reclamaciones previas, entendiendo que se trata del mecanismo más efectivo. En concreto, el Consejo de Estado defiende en el citado documento que “*dado que existe un adecuado cauce de tutela de los derechos en el entorno digital (...), el sistema de tutela sería más si, con las debidas garantías de intervención judicial, se permitiera adoptar a la Sección Segunda la medida que en cada caso estimara precisa para la salvaguarda de los derechos*”⁴⁹³.

Otra cuestión no solucionada en lo concerniente a la articulación del procedimiento de persecución de los usos ilícitos en línea es la extrema indefinición que en el TRLPI se da al concepto de infractor, no quedando suficientemente claro contra qué tipo de sujetos se podrá dirigir la Comisión en el marco de sus competencias⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013, de 28 de noviembre de 2013, pág. 41

⁴⁹⁴ Sobre esta cuestión ya se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen de noviembre de 2013, donde ponía el énfasis en que “*La lectura del texto del proyecto unido a lo señalado en la exposición de motivos induce a considerar que se pretende excluir del régimen del procedimiento de salvaguarda a los grandes motores de búsqueda, lo que no se considera adecuado dado que estas empresas no presentan una configuración uniforme, ni unívoca, que responda a la identificación de la actividad que desarrollan tal y como hace la parte expositiva del Anteproyecto.*

A juicio del Consejo de Estado, es necesario revisar y clarificar el régimen proyectado de manera que se precisen las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual y los sujetos contra los que puede dirigirse el procedimiento de salvaguarda, como autores de tales actividades o en cuanto tengan una relación cualificada con ellas. Para garantizar la eficacia del procedimiento debe actuarse sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual; las exclusiones en esta materia han de ser la excepción, debiendo evitarse las exclusiones apriorísticas de prestadores de servicios de la sociedad de la información, a salvo aquellos casos en que existan neutralidad técnica y ausencia de ánimo de lucro, y revisarse tanto la exigencia cumulativa de requisitos expuesta, como la relativa a que las vulneraciones sean cuantitativa o cualitativamente relevantes, lo que si no implicaría de facto la exclusión de este cauce de tutela para numerosos titulares de derechos de propiedad intelectual.” (pág. 39)

En recapitulación y a la luz de lo expuesto, cabe concluir, dicho muy resumidamente, que los servidores P2P o de alojamiento de datos online y las páginas de archivos protegidos en línea serán responsables cuando tengan conocimiento de la realización de actividades ilícitas a través de sus programas, cuando intervengan de forma activa en su comisión, así como cuando impidan el control sobre los contenidos.

En cualquier caso, y a pesar de las sucesivas reformas de esta cuestión, incluida la última de 2014, que se acaba de analizar, la problemática persiste. Por un lado, hasta la fecha, la renovada Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual aún debe enfrentarse a numerosas trabas en el procedimiento de notificación, reclamación de retirada de contenidos y cierre de los portales *denunciados*. Por otro, se detecta la ausencia de un criterio unitario en los Tribunales en lo concerniente a la imputación de responsabilidad en el caso concreto de las páginas web de enlaces.

En cualquier caso, a pesar de lo que cabría esperar, la entrada en vigor de la reforma no trajo traído consigo pronunciamientos judiciales en el orden civil que unifiquen en modo alguno la evidenciada dispersión existente en la praxis forense. Sin perjuicio de lo anterior, sí que se ha puesto de manifiesto, aunque de manera *light*, que el reforzamiento de poderes de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual está mostrando ya sus frutos en lo que a persecución de páginas web de enlaces se refiere, bajo el amparo de la nueva redacción de la LPI, que deja claro que la actividad llevaba a cabo por estos portales web no es legal. En cualquier caso, los reducidos resultados alcanzados hasta la fecha se pueden achacar, tal vez, a la lentitud del procedimiento administrativo articulado, las trabas que se encuentran en el camino por la volatilidad de las plataformas online y su amplitud en número y en contenidos, y a la dificultad de rastreo de sus titulares.

Llegados a este punto, es interesante mencionar por su interés y relevancia, a pesar de tratarse de un pronunciamiento de naturaleza penal, la relativamente sentencia del Tribunal Supremo, (Sala segunda, de 27 de octubre de 2015) que anula la sentencia de la Audiencia Nacional en el llamado caso “*youkioske*”, por la que se condenaba a seis años de prisión a los dos administradores de la página web www.youkioske.com por difundir a través de internet sin autorización el contenido de periódicos y libros⁴⁹⁵. La

⁴⁹⁵ La sentencia ahora anulada condenaba a sendos administradores de la web a tres años de prisión por un delito contra la propiedad intelectual y a otros tres por un delito de promoción y constitución de una organización criminal. Asimismo, les impuso la pena de inhabilitación especial de cinco años como

Sala de lo Penal funda la anulación de la sentencia impugnada en la ya mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso *Svensson*), que introduce el requisito del “público nuevo”, entendiendo el Alto Tribunal español que faltan datos relevantes a tal efecto que permitan concluir lo fallado por la Audiencia Nacional, así “*la Sala de lo Penal destaca que si se afirma que se han comunicado públicamente libros deberá señalarse qué libros han sido objeto de un acto lesivo, si de revistas, cuáles e, igualmente, de periódicos, especificando si, en concreto, sus contenidos de propiedad intelectual habían sido o no divulgados en internet por sus titulares. También deberá motivarse en la nueva sentencia, subraya la Sala, si el acto realizado puede considerarse un acto de comunicación pública en la medida en que los contenidos objeto de protección penal ya habían sido comunicados por los titulares del derecho, además de la regularidad de la clausura de la página y en qué medida esa actuación policial ha impedido la acreditación de los hechos.*”⁴⁹⁶ La nueva sentencia de la Audiencia Nacional, en este caso, será objeto de comentario en el Capítulo VI, dentro del ámbito específico del estudio de la responsabilidad.

Asimismo, en dicho Capítulo, aunque en el contexto del Derecho civil, será también de gran interés analizar la respuesta que ha dado el TJUE a la cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 7 de abril de 2015, GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV y otros*, en el Asunto C-160/15, en el que se le preguntaba sobre el derecho de comunicación pública en el caso de los hipervínculos a contenidos sitos en los portales web de terceros y que son accesibles para el público de internet en general. La opinión del TJUE sobre esta cuestión, según la redacción de las cuestiones formuladas⁴⁹⁷, ayuda, como se verá más adelante, a clarificar en gran medida esta problemática.

administradores de servicios y páginas web, además del pago de una indemnización a los perjudicados en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. (Fuente: Poderjudicial.es)

⁴⁹⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-la-sentencia-de--youkioske--y-ordena-a-la-Audiencia-Nacional-que-dicte-una-nueva>

⁴⁹⁷ Resultan especialmente relevantes, en mi opinión, las preguntas: 1.a) *¿Existe una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29,¹ cuando una persona distinta del titular de los derechos de autor remite, mediante un hipervínculo colocado en un sitio de Internet administrado por él, a un sitio de internet gestionado por un tercero, que es accesible para el público de Internet en general, en el que la obra se ha puesto a disposición sin la autorización del titular de los derechos de autor? Y 1.c) ¿Resulta relevante saber si la «persona que ha colocado el hipervínculo» conoce o debe conocer la falta de autorización del titular de los derechos de autor para publicar la obra en el sitio de Internet de un tercero mencionado en la primera cuestión, letra a), y, en su caso, el hecho de que la obra no se haya comunicado al público anteriormente por otro medio con la autorización del titular de los derechos de autor?*

Todo ello hace evidente la necesidad de seguir trabajando en este campo, y los próximos tiempos traerán cambios en materia de Derecho de autor en lo referente a descargas y *streaming* ilícitos en línea.

c) Contenidos transfronterizos versus territorialidad del Derecho de autor europeo.

Como se ha mencionado con anterioridad, el carácter transfronterizo que presenta en la actualidad el consumo de contenidos musicales, basado en un modelo creciente de plataformas online de servicios de reproducción en *streaming* de las obras, choca frontalmente con la existencia de amplias divergencias entre las regulaciones de los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

La realidad legislativa en el marco de la Unión muestra la debilidad que favorece la normativa de Propiedad Intelectual, configurada por numerosas Directivas, que tienen como objetivo la creación de unas bases o líneas básicas que dibujen un boceto de lo que debe ser el Derecho de autor europeo, permitiendo que cada país miembro lleve a cabo su propio diseño. El resultado, en nuestra opinión, es una amalgama de normativas nacionales que difieren unas de otras, en algunos casos de manera notoria, creando con ello una inseguridad jurídica para las empresas que ofrecen servicios transfronterizos dentro de la UE.

Pese a la gran cantidad de Directivas existentes en el acervo comunitario en materia de Propiedad Intelectual, la más relevante en el marco de este estudio es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Dicha norma, traspuesta al marco jurídico español por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI, reconoce a los autores el derecho de autorizar la comunicación pública y la distribución en todas sus modalidades, y a ellos y a los titulares de derechos conexos el derecho de reproducción y el de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública; además sistematiza los límites y da a los Estados la posibilidad a su elección de establecer unos límites a los derechos de reproducción y comunicación pública y, en algunos casos concretos, al de distribución. Establece, asimismo, la

obligación de tomar medidas contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección de derechos.

Es precisamente la falta de mandato directo por parte del legislador europeo en esta materia lo que ha configurado ese mapa tan diverso en las legislaciones de propiedad intelectual dentro del ámbito de la Unión, problemática de la que parece ser ya consciente la Comisión Europea, que se encuentra inmersa en el proceso de creación del Mercado Único digital europeo, iniciativa a la que está dedicando grandes esfuerzos. Dicha iniciativa se compone de actuaciones y estrategias de diverso tipo y en distintos campos con el objetivo de crear un mercado electrónico único dentro de la Unión Europea, favoreciendo así el comercio por esta vía e instaurando el *e-government*. Tal y como destaca el propio Parlamento Europeo en la Ficha técnica titulada “El mercado único digital omnipresente”, *“el mercado único digital consiste fundamentalmente en eliminar las barreras nacionales a las transacciones efectuadas en línea. Se basa en el concepto de mercado común, concebido para eliminar las barreras comerciales entre Estados miembros con el objetivo de aumentar la prosperidad económica y contribuir a «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos» y desarrollado posteriormente en el concepto de mercado interior, definido como «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada».*”⁴⁹⁸

Dentro de este ámbito se inserta el Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo (UE) 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. Dicha norma, con eficacia jurídica directa, y compuesto de un total de 11 artículos, rompe las barreras que limitan el uso y disfrute de los servicios en línea de contenidos digitales. Así, el considerando 1º del Reglamento destaca que *“El acceso ininterrumpido en toda la Unión a los servicios de contenidos en línea prestados lícitamente a los consumidores en su Estado miembro de residencia es importante para el buen funcionamiento del mercado interior y para la aplicación efectiva de los principios de libre circulación de personas y servicios. Dado que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, basado, entre otros aspectos, en la libre circulación de las personas y los servicios, es necesario garantizar que los consumidores puedan utilizar los servicios de contenidos en línea portables que*

⁴⁹⁸ <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html>

permiten acceder a contenidos tales como música, juegos, películas, programas de entretenimiento o acontecimientos deportivos, no solo en su Estado miembro de residencia, sino también cuando se encuentran temporalmente en otro Estado miembro por motivos de ocio, viaje, viajes de negocios o estudios.” De este modo, este nuevo Reglamento busca dar respuesta a la problemática, detectada en el ámbito de la Unión, a la que se enfrentaban los usuarios al desplazarse dentro de las fronteras comunitarias. La diferenciación en la oferta y las limitaciones de acceso a los servicios de los que son suscriptores en su país de residencia se contraponen de manera evidente a la libre circulación de personas que preside básicamente la configuración europea. De entre las causas principales que han originado tal realidad, destaca el texto normativo *“En la actualidad, las barreras a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea varían de un sector a otro. Dichas barreras derivan del hecho de que las licencias de derechos relativos a la transmisión de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines, como las obras audiovisuales, se conceden a menudo sobre una base territorial, así como del hecho de que los prestadores de servicios de contenidos en línea pueden decidir prestar servicio únicamente en determinados mercados.”* (Considerando 4º).

Así, a modo ejemplificativo, cuando un ciudadano alemán, suscriptor de una plataforma online de reproducción en *streaming* de contenidos de pago viajaba temporalmente a otro país miembro, en muchos casos no podía disfrutar de los mismos contenidos que en su país de origen o incluso veía bloqueado su acceso desde esa localización, todo ello debido a los límites o barreras geográficas que son aplicadas a los contenidos digitales. Frente a ello, como se ha mencionado, el artículo 3 del Reglamento 2017/1128, que reza bajo la rúbrica *“obligación de hacer posible la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea”*, configura la obligación del proveedor de un servicio de contenidos online (portables⁴⁹⁹) de pago⁵⁰⁰ de permitir al suscriptor que se encuentre

⁴⁹⁹ Tal concepto se define en el artículo 2 apartado 6 de la norma, donde se establece que se entenderá por «portable» *“la característica de un servicio de contenidos en línea de que los abonados puedan acceder de forma efectiva a los servicios de contenidos en línea, y utilizarlos, en su Estado miembro de residencia sin estar limitados a un lugar concreto.”*

⁵⁰⁰ Se trata ésta de una precisión importante ya que la Directiva de manera expresa excluye del mandato de la norma a los servicios de tipo gratuito. En primer lugar, ya el artículo 3.1 dispone que *“El prestador de un servicio de contenidos en línea **prestado a cambio de un pago en dinero** hará posible que un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro acceda al servicio de contenidos en línea y lo utilice del mismo modo que en su Estado miembro de residencia, en particular, proporcionando acceso a los mismos contenidos, en el mismo tipo y número de dispositivos, para el mismo número de usuarios y con la misma gama de funcionalidades.”*; mientras que el artículo 6, ap. 1 se refiere de modo concreto a la *“Portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea*

temporalmente presente en un Estado miembro⁵⁰¹ el acceso y uso del servicio de contenidos online⁵⁰². Cabe mencionar que esta previsión, configurada como mandato para los prestadores de servicios bajo pago, se configura como una posibilidad a la que se podrán sumar aquellos que presten este tipo de servicios de forma gratuita⁵⁰³. Dicho lo anterior, en el apartado 2 del citado precepto introduce una serie de precisiones con respecto a la obligación recogida en el mismo, en el sentido de que el acceso y uso no puede suponer en ningún caso un sobre coste ni pago de ninguna clase por parte del usuario. Por su parte, en el apartado 3, se establece que la obligación consagrada en el apartado 1 del precitado precepto no se extiende a los requerimientos de calidad con los que se ofrece el servicio en el país de origen (de residencia), salvo estipulación expresa por parte del proveedor en el contrato de uso. Sin embargo, es necesario tener presente que tal posibilidad de acceso no tiene un carácter básico o sujeto a mayores limitaciones, por cuanto se señala de forma expresa que *“Los abonados han de tener acceso a los servicios de contenidos en línea que ofrezcan el mismo contenido en el mismo tipo y número de dispositivos, para el mismo número de usuarios y con la misma*

prestados sin que medie un pago en dinero”, disponiendo que *“El prestador de un servicio de contenidos en línea prestado sin que medie un pago en dinero podrá decidir permitir a sus abonados que se encuentren temporalmente en un Estado miembro que accedan al servicio de contenidos en línea y lo utilicen a condición de que el prestador compruebe el Estado miembro de residencia del abonado de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento.”*

⁵⁰¹ Se entiende que se trata de un suscriptor con residencia en otro Estado miembro que se encuentra temporalmente en el territorio de otro. En este sentido, se aclaraba en los documentos de trabajo utilizados por la Comisión durante el proceso de redacción de la norma que *“el prestador de servicios de contenido tendrá que comprobar el país de residencia del abonado. Esto se hará con motivo de la celebración y la renovación del contrato. Los proveedores de servicios podrán comprobar el país de residencia sobre la base de informaciones tales como los datos de pago, el pago de la tasa de los servicios de radiodifusión, la existencia de un contrato de conexión telefónica o a internet, la dirección IP o una declaración del abonado sobre su domicilio. El prestador de servicios de contenidos podrá aplicar hasta dos medios de comprobación de la lista incluida en el artículo 3 Ter de la propuesta de Reglamento concreta los medios a través de los cuales llevará a cabo la comprobación de residencia.”*

⁵⁰² A este respecto subraya DAVARA RODRIGUEZ que *“El Reglamento debe aplicarse únicamente a los servicios de contenidos en línea a los que los abonados puedan acceder de forma efectiva y puedan utilizar en su Estado miembro de residencia sin estar limitados a un lugar concreto, ya que no procede exigir a los prestadores de servicios de contenidos en línea que no ofrecen servicios de contenidos en línea portables en el Estado miembro de residencia de un abonado que lo hagan con carácter transfronterizo.”* (DAVARA RODRIGUEZ, M.A., “Portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 21, Sección Zona Local / Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 Nov. 2017, pág. 2593, Editorial Wolters Kluwer; pág. 6

⁵⁰³ Establece al respecto el art. 6.1 que *“El prestador de un servicio de contenidos en línea prestado sin que medie un pago en dinero podrá decidir permitir a sus abonados que se encuentren temporalmente en un Estado miembro que accedan al servicio de contenidos en línea y lo utilicen a condición de que el prestador compruebe el Estado miembro de residencia del abonado de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento.”*

gama de funcionalidades que se ofrecen en su Estado miembro de residencia.” (Considerando 21).

No obstante, es necesario hacer una precisión, dado el error en que se puede incurrir en la interpretación de la norma. En efecto, como se recoge en los Considerandos de la Directiva, *“Procede distinguir el concepto de portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea del concepto de acceso transfronterizo por parte de los consumidores a servicios de contenidos en línea prestados en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia, el cual no está incluido en el presente Reglamento.”* (Considerando 12). Conforme a lo anterior, queda claro que en ningún caso esta nueva regulación prevé el derecho de los usuarios de estos servicios a contratar los prestados en otros Estados miembros para su disfrute en el de residencia, o de manera libre en todo el territorio de la Unión, sino que se circunscribe exclusivamente a la posibilidad de acceder a aquello que ha contratado y se suministra en su país de residencia cuando puntualmente se encuentre en un tercer Estado⁵⁰⁴.

La finalidad de este texto normativo sólo es posible que se cumpla mediante la determinación por parte del prestador del lugar efectivo de residencia del usuario, para lo cual la Directiva, en su artículo 5, ofrece un amplio abanico de posibilidades⁵⁰⁵,

⁵⁰⁴ Sobre este punto, el art. 2 ap. 6 de la norma, dentro de las definiciones, concreta que se entenderá por «encontrarse temporalmente en un Estado miembro» *“la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”*.

⁵⁰⁵ Sobre esta cuestión, establece el art. 5.1 que *“1. Al celebrar y renovar un contrato de prestación de un servicio de contenidos en línea a cambio de un pago en dinero, el prestador comprobará el Estado miembro de residencia del abonado empleando como máximo dos de los siguientes medios de comprobación y garantizará que los medios utilizados sean razonables, proporcionados y eficaces:*

- *a) un documento de identidad, un medio de identificación electrónica, en especial los incluidos en los sistemas de identificación electrónica notificados conforme al Reglamento (UE) n.o 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), o cualquier otro documento de identidad válido que confirme el Estado miembro de residencia del abonado;*
- *b) datos de pago, como el número de la cuenta bancaria o de una tarjeta de crédito o débito del abonado;*
- *c) el lugar de instalación de un adaptador multimedia, un descodificador o un dispositivo similar utilizado para el suministro de los servicios al abonado;*
- *d) el pago por parte del abonado de una tasa por otros servicios prestados en el Estado miembro, como el servicio público de radiodifusión;*
- *e) un contrato de suministro de un servicio de internet o de telefonía o cualquier otro tipo de contrato similar que vincule al abonado al Estado miembro;*
- *f) la inscripción en el censo electoral municipal, si la información en cuestión está a disposición del público;*
- *g) el pago de impuestos municipales, si la información en cuestión está a disposición del público;*
- *h) una factura de algún servicio público del abonado que lo vincule al Estado miembro;*
- *i) el domicilio de facturación o la dirección postal del abonado;*
- *j) una declaración del abonado en la que confirme que su dirección está en el Estado miembro;*
- *k) una comprobación de la dirección del protocolo de internet (IP) para determinar el Estado miembro desde el que el abonado accede al servicio de contenidos en línea.”*

habilitándose asimismo al proveedor para que solicite a sus suscriptores toda la información pertinente a tal fin. Si el usuario no respondiera a tal requerimiento, el apartado 3 del citado artículo 5 prevé la posibilidad de que el proveedor del servicio no le habilite el uso transfronterizo⁵⁰⁶.

Sin perjuicio de ello, se establece en el apartado 4 del citado precepto que los titulares de los derechos podrán autorizar voluntariamente que se pueda proporcionar el acceso al contenido que le corresponda sin que se tenga que comprobar la residencia del abonado⁵⁰⁷, autorización que, en cualquier caso, podrá retirar, con el debido aviso previo a prestador. Esta última potestad de retirada reconocida a los titulares no podrá ser limitada por contrato en el acuerdo que se realice entre éstos y el proveedor del servicio⁵⁰⁸.

Con el claro objetivo de que el Reglamento no limite sus efectos y suponga un avance real, el artículo 9 determina que el ámbito de aplicación de la norma abarca por igual a los contratos concluidos y los derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 4, donde se establece que *“Se considerará que la prestación de un servicio de contenidos en línea en virtud del presente Reglamento a un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro, así como el acceso al servicio y su uso por parte de dicho abonado, se produce únicamente en su Estado miembro de residencia.”* de forma que en ningún caso será necesario la renegociación de los contratos ni la suscripción de nuevas licencias en los otros países miembros, por cuanto, a todos los efectos, el contenido se entiende utilizado/reproducido/comunicado en el Estado miembro de residencia del

⁵⁰⁶ Dispone textualmente el art. 5.3 que *“Si el abonado no proporciona esa información y, como consecuencia, el prestador no puede comprobar el Estado miembro de residencia del abonado, el prestador, sobre la base del presente Reglamento, no hará posible que el abonado acceda al servicio de contenidos en línea o que lo utilice cuando se encuentre temporalmente en un Estado miembro.”*

⁵⁰⁷ Art. 5.4. *“Los titulares de derechos de autor o de derechos afines, así como los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de un servicio de contenidos en línea, podrán autorizar que el contenido se proporcione, se acceda a él y se utilice en virtud del presente Reglamento, sin la comprobación del Estado miembro de residencia. En tales casos, el contrato entre el prestador y el abonado para la prestación de un servicio de contenidos en línea será suficiente para determinar el Estado miembro de residencia del abonado.*

Los titulares de derechos de autor o de derechos afines, así como los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de un servicio de contenidos en línea podrán retirar la autorización concedida conforme al párrafo primero previo aviso razonable al prestador.”

⁵⁰⁸ Así lo dispone el apartado 5 del art. 5, *“El contrato celebrado entre el prestador y los titulares de derechos de autor y de derechos afines, así como los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de un servicio de contenidos en línea no limitará la posibilidad de dichos titulares de retirar la autorización a que hace referencia el apartado 4.”*

usuario⁵⁰⁹. Derivado de lo anterior, la Directiva especifica que *“Los prestadores de servicios de contenidos en línea a los que se aplica el presente Reglamento no deben tener que responder por el incumplimiento de cualquier disposición contractual contraria a la obligación de hacer posible que sus abonados utilicen tales servicios en el Estado miembro en que se encuentran temporalmente. Por consiguiente, las cláusulas de los contratos destinadas a prohibir o limitar la portabilidad transfronteriza de dichos servicios de contenidos en línea deben ser inaplicables.”* (Considerando 25). Así se reafirma de forma rotunda en el artículo 7 de la norma, que dispone que *“Será inaplicable toda disposición contractual, incluidas las celebradas entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos de autor o derechos afines, o los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de servicios de contenidos en línea, así como las celebradas entre dichos prestadores y sus abonados, que sea contraria al presente Reglamento, incluidas aquellas que prohíban dicha portabilidad o la limiten a un determinado período de tiempo.”* Con ello se deja ipso facto sin efecto, declarándose nula de pleno derecho toda cláusula que limite tal acceso transfronterizo o imponga algún límite temporal a éste⁵¹⁰.

Por último, se debe precisar que con esta norma la UE no sólo pretende la homogeneización en cuanto al acceso a los contenidos, sino también su utilización

⁵⁰⁹ Así se recoge en mayor detalle y profundidad en los Considerandos, donde se hace hincapié en que *“A tal efecto, procede establecer que debe considerarse que la prestación de los servicios de contenidos en línea, el acceso a dichos servicios y su utilización se han producido en el Estado miembro de residencia del abonado. Este mecanismo jurídico debe aplicarse con la única finalidad de garantizar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea. Se ha de considerar que un servicio de contenidos en línea se presta lícitamente si tanto el servicio como el contenido se prestan de forma lícita en el Estado miembro de residencia.”* (Considerando 23) A ello se añade de forma concreta la mención a los derechos implicados en tales usos, de forma que *“Desde el punto de vista de la concesión de licencias de derechos de autor o derechos afines, el mecanismo jurídico establecido en el presente Reglamento significa que los correspondientes actos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición de las obras y otras prestaciones protegidas, así como los actos de extracción o reutilización en relación con bases de datos protegidas por derechos sui generis, que se producen cuando se presta el servicio a un abonado que se encuentra temporalmente en un Estado miembro que no sea aquel en que reside, deben entenderse producidos en el Estado miembro de residencia del abonado.”* (Considerando 24).

⁵¹⁰ Concluye DAVARA RODRIGUEZ que *“Resulta esencial que la obligación de proporcionar la portabilidad del servicio de contenidos en línea sea vinculante y, por lo tanto, las partes no deben poder excluirla, establecer excepciones al respecto ni modificar sus efectos. Cualquier actuación por parte de un prestador que prive a los abonados del acceso al servicio o de su utilización cuando se encuentre temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia, por ejemplo, restricciones de las funcionalidades del servicio o de la calidad de su prestación debe ser considerada una forma de eludir la obligación de proporcionar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea y, por consiguiente, contraria al Reglamento.”* (DAVARA RODRIGUEZ, M.A., op. cit.; pág. 6)

como eficaz medida de lucha contra la piratería, “proporcionando así a los consumidores un medio adicional para acceder lícitamente a contenidos en línea sin menoscabar el alto nivel de protección que garantizan los derechos de autor y derechos afines en la Unión, sin cambiar los modelos actuales de licencia, como la licencia territorial, y sin que ello afecte a los mecanismos de financiación actuales.” (Considerando 12º).

Como se evidencia, la Unión Europea es ya consciente del cambio en la realidad social de sus países miembros, del reto y, sobre todo, de las increíbles oportunidades que traen consigo las nuevas tecnologías y el comercio electrónico. Así, reconoce que “una reciente estimación del coste de la «no Europa» indica que, mientras que a largo plazo el mercado único digital puede contribuir con unos 520 000 millones de euros al PIB de la UE-28, aproximadamente la mitad de este beneficio puede lograrse en los próximos años si se aplica la correcta combinación de políticas. Esto convierte al mercado único digital en el ámbito político de la UE con mayor importancia en cuanto a posibles beneficios. En cuanto a ámbitos políticos específicos, la computación en nube, por ejemplo, permitiría que un 80 % de organizaciones redujeran sus costes entre el 10 % y el 20 %, (...), nuevas posibilidades de negocio (33 %) y de mercados (32 %)”. Y de manera concreta en el marco de las creaciones culturales, la Unión es ya consciente de que “los derechos de autor (copyright) beneficia a la creatividad e inversión en contenidos culturales. Un marco de derechos de autor que ofrece un alto grado de protección es la base de la competitividad global de las industrias creativas europeas. Junto con los principios del mercado interior de libertad de movimiento de bienes y servicios, las reglas de competitividad de la Unión Europea, y nuestras políticas culturales y de media, los derechos de autor⁵¹¹ son una parte esencial del cuerpo de reglas que regulan la circulación de contenidos creativos dentro de la Unión Europea. La interacción entre los derechos de autor y estas otras áreas de políticas determina el modo en el que se genera valor de la producción y distribución de obras y

⁵¹¹ En el texto original en inglés, “copyright”, término más propio del sistema anglosajón que del sistema latino o continental que emplea la expresión “derechos de autor”, con las implicaciones que ello puede conllevar y, de hecho, conlleva en la práctica por las diferencias existentes entre ambos sistemas de protección, poniendo el primero el foco de atención en la obra u objeto y el segundo en el titular de los derechos o sujeto.

*cómo éste se distribuye entre los mercados intervinientes*⁵¹², lo cual pone de manifiesto en la Comunicación de la Comisión Europea de fecha 9 de diciembre de 2015. Sin embargo, tal y como destaca en el mismo texto, *“la Unión Europea debe esforzarse para una amplia disponibilidad de los servicios de contenidos en línea “sin fronteras” para permitir mayor elección y diversidad a las personas. Un mercado único digital que funcione mejor va a generar, así mismo, oportunidades para los creadores y las industrias culturales para incrementar sus audiencias y negocios y ayudarles a hacer frente a la competencia internacional*⁵¹³.

Entre los elementos o puntos de conflicto que destaca la Comisión en el texto citado, resulta pertinente destacar, por lo que aquí interesa, la cuestión de la definición de los derechos de comunicación pública y puesta a disposición, referida anteriormente, que son los derechos que principalmente regulan el uso de los contenidos protegidos en las transmisiones digitales. Su importancia capital hoy en día, por tanto, se deriva del hecho de que es su definición la que determina qué constituye un acto en línea sobre el que los creadores e industrias creativas pueden reclamar derechos y negociar licencias y remuneración. Como se pone de manifiesto en el documento *“existen polémicas zonas oscuras e incertezas acerca del modo en que estos conceptos se encuentran definidos en la legislación europea, en particular acerca de qué actos en línea son considerados “comunicación pública” (y por tanto requieren autorización de los titulares de derechos) y bajo qué condiciones*”. La problemática en la práctica se ha puesto en evidencia por la gran cantidad de cuestiones prejudiciales y casos que han llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵¹⁴ por esta causa, sobre todo en el marco de las páginas de enlaces de descarga de contenido protegido no autorizado que se extienden sin control en la red dentro del ámbito de la Unión Europea, en base a las dudas que existen acerca del alcance o ámbito objetivo real de los actos de comunicación pública y

⁵¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, hacia un moderno y más europeo marco de derechos de autor, COM (2015) 626 Final, Bruselas, 9 de diciembre de 2015.

⁵¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo (...), COM (2015) 626 final, op. cit.

⁵¹⁴ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014 (Caso C-466/12 Svensson v. Retriever Sverige AB), STJUE de 21 de octubre de 2014 (Caso C-348/13 BestWater International GmbH v. Michael Mebes y Stefan Potsch), Sentencia del 7 de diciembre de 2006, (caso C-306/05 re. Sociedad General de Autores y Editores de España v. Rafael Hoteles S. A.); Sentencia del 7 de marzo de 2013, (Caso C-607/11 re. itv Broadcasting Limited et al. v. TVCatchup Ltd.)

puesta a disposición, lo que determina en definitiva qué conductas son perseguibles y cuáles no.

Esta norma a la que acabamos de hacer referencia forma parte del llamado “Copyright package”, conformado por dos Directivas y dos Reglamentos, que ya fue anunciado en la Propuesta de la Comisión Europea de septiembre de 2016 que tenía por finalidad la adaptación del marco legislativo europeo de Propiedad Intelectual a internet y los grandes ISPs. De acuerdo con dicho documento, lo que se pretende es proteger a los creadores y mejorar la rentabilidad por el uso de sus obras online, facilitando en paralelo que los ciudadanos puedan acceder a los productos culturales a través de internet en cualquier lugar de la UE. Otro de los fines principales de este *paquete* de medidas es que se promueva la negociación entre los titulares de derechos y los grandes portales de streaming para la eliminación de barreras.

Con esta finalidad se aprobó la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, integrada dentro del mencionado “Copyright package”.

Como precedente, cabe mencionar la Recomendación 2005/737, en la que ya se reconocía que *“en la era de la explotación en línea de obras musicales, los usuarios comerciales necesitan una política de concesión de licencias acorde con la ubicuidad del entorno en línea y que además sea multiterritorial”*. Sin embargo, como se subraya en los Considerandos de la Directiva, la Recomendación *“no ha sido suficiente para fomentar la generalización de las licencias multiterritoriales de los derechos en línea sobre obras musicales, ni para responder a las demandas específicas a este respecto.”* (Considerando 39). A pesar de ello, es una realidad innegable que en la era de internet, en la que los contenidos culturales son, como se ha evidenciado *ut supra*, principalmente consumidos en línea a través de plataformas de streaming, en la mayor parte de los casos multinacionales, el sistema de gestión tradicional de los derechos con un marcado carácter territorial supone un lastre al desarrollo y es contrario a la evolución mostrada por la Unión Europea⁵¹⁵. En consecuencia, sostiene que *“procede,*

⁵¹⁵ En concreto, el Considerando 40 de la Directiva recoge que *“En el sector de la música en línea, en el que la gestión colectiva de los derechos de autor sobre una base territorial sigue siendo la norma, es fundamental crear condiciones que favorezcan la máxima eficacia en las prácticas de concesión de*

por tanto, prever un conjunto de normas que establezcan las condiciones básicas de concesión de licencias colectivas multiterritoriales de derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea, incluidas las letras, por las entidades de gestión colectiva” (Considerando 40).

Esta medida implica un innegable avance en aras de un mercado de contenidos digitales más ágil y sobre todo adaptado a la realidad del consumo actual, si bien no se puede olvidar que se enfrenta a la rigidez y territorialidad actuales, debiendo renovar un marco vigente en el que coexisten una pluralidad de carteras de licencias en los distintos países. Es por ello que en los Considerandos se aboga por la configuración de un entorno que haga posible la agregación voluntaria de repertorios musicales y derechos, con el objetivo de reducir el número de licencias necesarias para la prestación de un servicio multiterritorial y multirrepertorio. En este sentido, en el texto normativo se dispone que *“Estas disposiciones deben permitir a una entidad de gestión colectiva solicitar a otra que represente su repertorio sobre una base multiterritorial cuando ella misma no pueda o no desee cumplir los requisitos.”* (Considerando 40). Con tal fin, se promueve la encomienda, con carácter voluntario, a otras entidades de gestión colectiva la gestión de su repertorio para la concesión de licencias multiterritoriales por parte de aquellas entidades que no deseen o no puedan concederlas directamente sobre su repertorio, siempre que la concesión se dé de forma no exclusiva, de acuerdo con el mandato del art. 9.

No obstante el carácter voluntario que se ha apuntado con anterioridad, el artículo 30 recoge un mandato, bajo la rúbrica: *“Obligación de representar a otra entidad de gestión colectiva para la concesión de licencias multiterritoriales”*. Y es que la norma obliga a aquellas entidades de gestión que ya conceden o se ofrecen a conceder licencias multiterritoriales sobre una determinada categoría de contenidos a aceptar la solicitud de representación de su repertorio realizada por otra entidad que no las conceda ni se ofrezca a ello. Tal gestión, además, ha de realizarla bajo las mismas condiciones que realiza la de su propio catálogo. Esta obligación recogida en la norma se complementa con la salvaguarda incluida en el art. 31, en el que se establece que, a partir del 10 de abril de 2017, los Estados deberán de asegurar que, en el caso de que una entidad de

licencias por las organizaciones de gestión colectiva en un contexto cuya dimensión trans- fronteriza es cada día más importante.”

gestión no conceda ni se ofrezca a conceder estas licencias o no permita que lo lleve a cabo otra, los titulares de derechos de autor que hayan encomendado a ésta la representación de sus derechos en línea puedan retirarlos de la misma sólo en lo que respecta a la gestión multiterritorial, sin que ello afecte a la encomienda en lo que a un territorio en concreto se refiere (licencias monoterritoriales).

Sin menospreciar el innegable avance que tal regulación implica para la consecución del mercado único digital en el seno de la Unión Europea, en nuestra opinión el deseado siguiente paso debería ser la posibilidad de poder contratar y acceder a contenidos con independencia del país en que se oferten ni en el que resida el usuario/consumidor, por cuanto, como señala DE LA VEGA MERINO, “Sin duda, existe una tensión entre la práctica de la puesta a disposición, que permite a los usuarios acceder a contenidos con evidente facilidad, y su limitación por cuestiones puramente territoriales, problema que se acentúa en un territorio libre de barreras comerciales.”⁵¹⁶

Todo esto, en definitiva, demuestra un cambio de tendencia en la postura europea, que pretende mantener la necesaria protección de los derechos de autor como una prioridad pero adaptándola a la nueva realidad tecnológica que define ya a la sociedad actual. En cierto modo, se debe concluir, el mantenimiento del blindaje férreo de los derechos de autor, tal y como fueron originariamente concebidos, ha supuesto una de las debilidades de las creaciones intelectuales en los últimos tiempos, por cuanto, creemos que ha influido en su inadaptación a las tendencias de uso y consumo, lo que las ha hecho más vulnerables a los ataques de la llamada “piratería informática”. Se debe ver como una excelente iniciativa la senda que ahora emprende la Unión Europea en aras de una ruptura de barreras fronterizas, que ya no existen en otros muchos ámbitos de la realidad

⁵¹⁶ DE LA VEGA MERINO, D., “El Derecho Europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea. Hacia un mercado digital sin barreras geográficas”, *Actualidad Civil*, No 1, Sección Derecho digital / A fondo, Enero 2017; pág. 2. Este autor sostiene que “(...) la puesta a disposición elimina por completo la necesidad de descodificadores, y por tanto, la necesidad de adquirir elementos físicos específicos. Basta con una conexión a Internet y cualquier dispositivo que la haga operativa, y en ese contexto, el Mercado Digital Único no puede obviar esta situación, si bien la Comisión Europea deberá aplicar soluciones novedosas a la vista de las limitaciones que ofrecen las directivas sobre derechos de autor y conexos y la normativa de competencia. Además, no debe olvidarse que lo que subyace es la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos europeos a acceder a servicios prestados en lugar distinto de su Estado de residencia, e indiferentemente de si se trata de contenidos previa o simultáneamente comunicados al público por radiodifusión, o de si se trata de contenido de plataformas de contenido, como Spotify, Wuaki o Netflix, entre otras muchas. La Directiva de 2001 asumió la tarea de introducir en el derecho europeo el concepto de la puesta a disposición, pero tal como está redactado el texto, más que propiciar la desaparición de fronteras digitales, más bien parece que las fomenta”. (págs.. 5-6)

comunitaria, al suponer una bocanada de aire fresco a los enrarecidos compartimentos de la territorialidad de los derechos de autor en el marco de un mercado digital común europeo y de una comunidad de Estados donde existe la libre circulación de personas, bienes y servicios. Con ello, se hace cada vez más evidente la necesaria existencia de una normativa europea única de Propiedad Intelectual, en forma de Reglamento, que unifique y homogeneice de una vez por todas las fragmentadas regulaciones nacionales que no hacen más que crear inseguridad jurídica.

d) El surgimiento de la “brecha de valor” o “value gap”

El mercado de las creaciones intelectuales multimedia, como se ha podido evidenciar con datos *ut supra*, parece comenzar a recuperarse y superar las numerosas problemáticas que le han venido afectando en los últimos años, a lo que están contribuyendo sobremanera los nuevos modelos de explotación surgidos de la mano del desarrollo tecnológico (como es el caso, especialmente de las plataformas de reproducción en streaming y los proveedores de servicios “a la carta”) y el cambio de modelo de consumo de los nativos digitales principalmente⁵¹⁷. Esta nueva tendencia ha supuesto la necesaria reconversión de una industria aún anclada en exceso en el formato y medios de consumo propios del entorno analógico, lo que la hacía especialmente vulnerable a los retos y *ataques* actuales. De hecho, como se reconoce desde el seno del propio sector, en palabras de John Rees, Vicepresidente para Bussiness Developmente de Warner Music para Europa, Oriente Próximo y África, “*Estamos empezando a ver un crecimiento alentador en una serie de mercados que históricamente han estado totalmente dominados por la piratería. Rusia, Turquía y China en concreto, se están convirtiendo en ejemplos de éxito marcados por la adopción de los consumidores de la opción por las plataformas de reproducción en streaming legales*”⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Así lo evidencian los más recientes datos a nivel mundial, recopilados, al respecto de la industria musical, por el Informe “Global Music Report 2018”, de la International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), de 24 de abril de 2018, en el que se destaca que los ingresos derivados del formato digital crecieron en 2017 un 19,1% hasta alcanzar los 9,4 billones de dólares, suponiendo más de la mitad (54%) de los beneficios de la industria de la música grabada a nivel mundial; además, se hace hincapié en que “el auge mundial del streaming ha supuesto un motor clave, ascendiendo hasta el 41,1%, con suscripciones de pago en servicios de streaming de música que alcanzan el 45,5%. (Pág. 13)

⁵¹⁸ Traducción de la autora. Texto original: “*We’re starting to see encouraging growth in a number of markets which historically have been completely overwhelmed by piracy. Russia, Turkey and China in particular, are now becoming success stories driven by consumer adoption of legitimate paid streaming platforms.*” (Global Music Report 2018; op.cit.; pág. 25)

Así, el IFPI asume que *“el crecimiento del streaming constituye sólo un capítulo en la historia de un negocio que está centrado en maximizar las oportunidades ofrecidas por los avances tecnológicos y que has desarrollado relaciones con las mayores y más adelantadas en punto de vista compañías en el sector tecnológico”*⁵¹⁹. Y es que el desarrollo de la industria pasa hoy en día por su total adaptación a las nuevas necesidades y comportamientos de los ciudadanos de la sociedad del siglo XXI, donde todo se comparte e incluso el consumo de contenidos culturales, tales como música, películas y series, se convierte en una conducta social. En esa línea, resulta un hecho evidente, como señala Adam Granite, Presidente de Sony Music para Europa del Norte y del Este y África, que *“la gente comparte historias, fotos e información, millones de personas, millones de mensajes, a diario; la música definitivamente debería ser parte de esto y ser mejor monetizada dentro de esos sistemas”*⁵²⁰.

Sin embargo, esta nueva realidad todavía coexiste con las conductas que contravienen los derechos de autor y con tipologías de plataformas *a caballo* entre el proveedor de contenidos y el de almacenaje o *hosting*, en el que las creaciones son publicadas por sus usuarios. Es un hecho que algunos portales de este tipo, que gozan de gran éxito y a los que acceden millones de usuarios, bajo la justificación de cumplir una función que se limita a albergar contenidos difundidos por sus suscriptores, no suscriben los acuerdos de licencia con los titulares de derechos de autor, cuyas creaciones se ven compartidas en la red en sus plataformas, lo que supone una merma, a nuestro juicio, injustificada en los beneficios de los primeros. Este fenómeno es lo que se conoce por *“brecha de valor”* o, en inglés, *“value gap”*. Apunta sobre esta cuestión DE MIGUEL ASENSIO que *“En todo caso, pese a reafirmar la ausencia de una obligación de supervisión con carácter general, las características de algunos de estos servicios -en los que el proveedor de alojamiento puede en ocasiones dejar de ser un mero intermediario neutral- y los riesgos específicos que generan determinan que se proyecte sobre ellos el criterio de que el alcance de los riesgos de difusión de contenidos ilícitos que tales modelos de negocio genera de manera evidente y los beneficios que proporcionan a los*

⁵¹⁹ Traducción de la autora. Texto original: *“Streaming’s growth is just one chapter in the story of a business that is focused on maximizing the opportunities offered by advances in technology and has developed relationships with the biggest and most forward-thinking companies in the tech sector.”* (Global Music Report, op. cit.; pág. 19)

⁵²⁰ Traducción de la autora. Texto original: *“People are sharing stories and photos and information, billions of people, billions of messages, every day; music should definitely be a part of that and be better monetised within those systems.”* (Global Music Report 2018, op. cit.; pág. 21)

titulares del servicio favorecen la interpretación de que resulta exigible al prestador del servicio la implantación de mecanismos de control apropiados, en particular mediante herramientas de filtrado o de identificación automática de contenidos protegidos y mecanismos específicos de detección y retirada de contenidos ilícitos”⁵²¹.

En este sentido, Frances Moore, Directora Ejecutiva de IFPI, señala que *“Ultimately, the music community’s goal of realising full and fair value for music is dependent on a fair digital marketplace. For that simple reason, it is united in its campaign to fix the value gap, the mismatch between the value created by some digital platforms from their use of music and what they pay those creating and investing in it.”*⁵²².

Una definición, a nuestro parecer, bastante completa de qué debemos entender por “value gap” la encontramos en el ya mencionado Informe “Global Music Report 2018”, donde pone de manifiesto como *“la creciente descompensación entre el valor que algunas plataformas digitales, en particular los servicios en línea de subida de contenidos – upload – por los usuarios, tales como Youtube, obtienen de la música, y el beneficio devuelto a la comunidad musical – aquellos que están creando e invirtiendo en la música”*⁵²³.

Esta realidad se aprecia si se focaliza la atención en el número de usuarios que tienen algunas de las más plataformas “on demand” o “bajo demanda”, como Youtube, ya que según Jan Hückmann & Dora Grunwald, YouTube, con mil millones de usuarios, ha pagado, en 2015, 630 millones USD en concepto de derechos de autor, mientras que Spotify, con algo más de 10 millones de usuarios, ha pagado dos millones dólares⁵²⁴. Esto genera una innegable desigualdad de condiciones determinante de una competencia desleal, por cuanto prestadores de servicios como Spotify, Amazon Music Unlimited, Deezer y Apple Music deben hacer frente a unos costes muy superiores, mientras que los portales “on demand” se amparan en no ser responsables del contenido por ellos albergado y puesto a disposición de los usuarios de la red, algo de lo que la

⁵²¹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derechos de Propiedad Intelectual*, Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet., Editorial Aranzadi, 2015.

⁵²² Informe “Global Music Report 2018”, op. cit.; pág. 7

⁵²³ Traducción de la autora. Texto original *“growing mismatch between the value that some digital platforms, in particular online user upload services, such as YouTube, extract from music and the revenue returned to the music community – those who are creating and investing in music.”* (Global Music Report 2018, op.cit.; pág. 26.

⁵²⁴ Fuente: Dictámen CESE (2017/C 125/03), enero 2017; op. cit.; pág. 7

industria culpa a la irregular aplicación de la legislación sobre responsabilidad en este campo y, en concreto, de las exoneraciones o “safe harbors”⁵²⁵.

La Unión Europea no ha sido ajena a esta problemática y, como ya se ha comentado en el marco del estudio de la normativa actual vigente en la materia, en el capítulo correspondiente de este trabajo, la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital [COM(2016) 593 final], prevé una serie de medidas tendentes a reducir el impacto de esta descompensación. Así las cosas, de acuerdo con la redacción actual del texto, de ser finalmente aprobada, “*Los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios y protegidas por derechos de autor, adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, medidas para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos en cooperación con los proveedores de servicios.*”⁵²⁶, de forma que, de acuerdo con dicho texto legal, será necesaria, por un lado, la implementación de medidas que representen “técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos” y, por otro lado, este tipo de proveedores estarán obligados a facilitar “información adecuada” a los titulares de derechos, además de establecer mecanismos de reclamación y recurso. Además, la citada propuesta recoge otra herramienta de apoyo en este sentido, en aras de fomentar acuerdos entre los titulares y los prestadores de servicios bajo demanda, para los casos en que surjan dificultades de consenso, respecto a la remuneración adecuada a los primeros por el uso de sus obras. Dicha herramienta consiste en la instauración de un “organismo imparcial”, que deberá ser nombrado en cada Estado miembro, que facilite dichos acuerdos sobre acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en las plataformas de vídeo a la carta, novedad que ha sido aplaudida desde el CESE⁵²⁷.

⁵²⁵ Al respecto, en el Global Music Report se aboga por la postura que sostiene que “*Legislative action is needed to ensure that laws on copyright liability are applied correctly and consistently, so that online user upload content services making music available must negotiate licences to do so, instead of free riding on the back of so called ‘safe harbour’ liability privileges.*” (Pág. 26).

⁵²⁶ Así lo destaca el CESE en su Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital”, op. cit.

⁵²⁷ Vid. Observación 4.1.4 Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital”, op. cit. El CESE en este documento también apoya la imposición de la obligación a los prestadores de este tipo de servicios de configurar mecanismos que faciliten el acceso de los titulares a información acerca del uso de sus contenidos y la obtención de una justa remuneración por ello, así defiende que “*El CESE está de acuerdo con la obligación de que los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y*

No obstante lo anterior, del análisis de la Propuesta de Directiva se infiere, como ya se apuntó ut supra, que si bien tanto en los Considerandos como en su articulado se recoge la obligatoriedad por parte de las plataformas de servicios a la carta de facilitar esa información completa a los titulares de derechos de autor sobre el uso de sus creaciones, así como la implantación de mecanismos de reconocimiento de contenidos que permitan a los titulares decidir acerca de la forma en que quieren monetizar tales usos y la creación de organismos oficiales de asesoramiento y mediación en la formación de acuerdos entre la industria y estas plataformas, respecto a la obligación de estas últimas de suscribir licencias sólo encontramos referencia en los Considerandos de la Directiva y no así en ninguno de los preceptos de su articulado. Tal aproximación por parte del legislador europeo quizás obedezca a su opción por una regulación más abierta y neutral de la cuestión, dejando al TJUE que marque la interpretación correcta en cuanto a qué debemos entender por proveedor activo –en el caso especialmente de las plataformas bajo demanda de contenidos subidos por usuarios–, sujeto por tanto a la obligación de suscribir acuerdos de cesión de licencias con los titulares de los derechos. No obstante, se debe señalar que, en el marco de los Considerandos, la propuesta ya recoge unas líneas maestras acerca de cuándo nos encontraríamos ante un proveedor activo, apartándose por tanto del status de mero alojador amparado por el “safe harbor”, previsto en la Directiva 2000/31/CE –aspecto sobre el que se volverá en mayor detalle infra–, cuando determina que ostentará tal rol cuando actúe “*optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas, o promocionándolas*”.

En cualquier caso, en nuestra opinión, se ha desaprovechado la ocasión para haber clarificado mediante un precepto ad hoc en la norma, tal como reclama la industria cultural italiana y el ente “Italia Creativa”⁵²⁸, la vinculación de tal categoría de prestador de servicios en línea activo –aunque corresponda a la jurisprudencia europea sentar la

provean acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios, adoptaren medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento de acuerdos con los titulares de derechos o evitar la accesibilidad de tales trabajos o prestaciones (value gap)”. (Obersección 1.12)

⁵²⁸ En la Carta a las Instituciones de “Italia Creativa”, integrada por la representación de *Le industrie della Cultura e della Creatività italiana*, reclama que “*nella protezione dei diritti dei titolari dei contenuti creativi e culturali in Europa nella proposta di “Direttiva Copyright”, attualmente alla vostra attenzione, in riferimento sia alle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo digitale di cui all’articolo 11 che alla responsabilità degli operatori tecnologici che utilizzano opere dell’ingegno. In particolare, auspichiamo che il contenuto del considerando 38 della proposta di Direttiva – che riguarda quest’ultimo tema – diventi una vera e propria disposizione normativa collocata nell’articolo della Direttiva stessa.*”. Texto íntegro disponible en: <http://www.italiacreativa.eu/lettera-alle-istituzioni/> (Fecha última consulta: 21 mayo 2018).

definición de dicho concepto— a la negociación con los creadores o sus representantes de los acuerdos de licencia, como se recoge en el Considerando 38⁵²⁹ o, como alternativa, alguna otra forma concreta de retribución que habría de ser en cualquier caso, entendemos, homogénea con respecto a las existentes en el caso de los portales de reproducción en streaming que, como se ha comentado, si que retribuyen a los titulares. De lo contrario, nos encontraremos ante una evidente competencia desleal, consentida por esta laguna normativa, que desincentivará a este novedoso y, como se ha evidenciado, necesario sector de la economía digital dentro de la industria cultural, que no podrá competir en las mismas condiciones en que operan esas otras plataformas.

En otro orden de cosas, en lo que respecta a los mecanismos tecnológicos de detección de contenidos que la Propuesta obliga a instaurar a los prestadores activos de este tipo de servicios, su adopción ha sido aplaudida tanto por la industria cultural como por organismos como el Comité Económico y Social, entendiéndose que se trata de una herramienta efectiva que facilitará la detección de contenidos de autor y hará más sencilla la remuneración a los titulares por parte de la plataforma. En ese sentido, compartimos la visión positiva de el empleo de medidas tecnológicas que permitan la detección de contenido protegido y genere el aviso para la plataforma y el titular, permitiendo bien el pago de la licencia suscrita o bien, según la preferencia del autor/titular, una cuantía correspondiente a los beneficios por publicidad generados, o alguna otra variante alternativa acordada con la plataforma. Sin embargo, en este punto se detecta una innegable incompatibilidad con la legislación europea vigente —a pesar de que este extremo haya sido negado por ALAI en el Informe comentado *ut supra*—, por cuanto, en nuestra opinión, la previsión recogida en el artículo 13 de la Propuesta se opone frontalmente a lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio

⁵²⁹ Esta defensa de la necesidad de haber plasmado esta exigencia en el propio articulado de la norma es recogida también por ALAI, en su informe “Sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos”, de 18 de febrero de 2017, cuando concluye que “*el sistema propuesto sería más fuerte y más efectivo si la solución por la que opta el considerando 38 se hubiera consagrado en un artículo de la futura directiva*”. (Informe ALAI “Sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos”, 18 de febrero de 2017; pág. 4).

electrónico)⁵³⁰. Y ello, porque éste establece que “*Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.*” En este mismo sentido se pronuncia ANGELOPOULOS, cuando defiende que el concepto empleado en la propuesta de directiva “tecnologías efectivas de reconocimiento de contenidos” implica una monitorización generalizada, por entender que “*el contenido infractor solo puede ser “efectivamente reconocido” en una plataforma por una herramienta tecnológica si esa herramienta monitoriza la totalidad o gran parte del contenido de la plataforma*”⁵³¹, concluyendo así que “*no es posible “reconocer” contenido ilegal monitorizando exclusivamente contenido ilícito*”⁵³². El TJUE ya tuvo oportunidad de considerar, con ocasión de la sentencia del caso SABAM vs. Netlog (C-360/10)⁵³³, que esta conducta

⁵³⁰ Esta postura, sin embargo, se opone a la defendida por ALAI, que reitera su opinión de total respeto de la regulación prevista en este precepto de la propuesta con el art. 15 de la Directiva de comercio electrónico en el Informe de 18 de febrero de 2017, ya comentado, donde destaca que “*Además, los esfuerzos que se esperan de los proveedores de servicios no son incompatibles con el Artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, que prohíbe la imposición de un deber general de supervisión a los proveedores de servicios contemplados en los artículos 12 a 14 del mismo texto. Primero, los tipos de medidas en cuestión son específicas, no generales. Segundo, la adopción de estas medidas proviene del diálogo entre titulares e intermediarios; por ello, no puede considerarse que dé lugar a “una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas” prohibida por el artículo 15. Por el contrario, estas medidas deberían asimilarse a los pasos “adecuados y proporcionados” que la Corte de Justicia de la Unión Europea, habiendo aceptado el principio de su aplicación, permite imponer a los proveedores de servicios, otorgando a los proveedores de servicios la posibilidad de escoger cuál de ellas aplican.*” (Informe ALAI “sobre las propuestas europeas...”, op.cit.; pág. 3)

⁵³¹ Traducción de la autora. Texto original: “*Infringing content can only be ‘effectively recognised’ on a platform by a technological tool if that tool monitors all or a lot of the content on that platform.*” (ANGELOPOULOS, C., “The ‘Value Gap’ and the New Proposal for a Directive on Copyright in the DSM”, *Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIIL)*, University of Cambridge. Fuente: <https://www.eppgroup.eu/sites/default/files/event-files/Barbara%20Javornik/201703/17-01-11%20-EPP%20Presentation%20-%20Angelopoulos.pdf> (Fecha última consulta: 21 mayo 2018).

⁵³² Traducción de la autora. Texto original: “*It is not possible to ‘recognise’ unlawful content by only monitoring content that is unlawful.*” (ANGELOPOULOS, C., “The value gap...”, op. cit.)

⁵³³ Así como, de manera análoga, en la STJUE del asunto Scarlet Extended SA vs SABAM, asunto C-70/10, de 24 de septiembre de 2011, apartado 39. Los apartados 39 y 40 de dicho pronunciamiento ya determinaban que “(39) *Por lo tanto, dicha supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI afectado y, por lo tanto, comprendería todos los datos que se vayan a transmitir y todos los clientes que utilicen dicha red.*” “(40) *Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordena al PAI afectado establecer el sistema de filtrado litigioso le obligaría a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho PAI una supervisión general prohibida por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31.*”

era contraria a la regulación actual⁵³⁴, considerando, en el ap. 38 de la citada sentencia, que “*Así pues, esa supervisión preventiva exige una vigilancia activa de los archivos almacenados por los usuarios en los servicios de almacenamiento del prestador de que se trata y que afecta tanto a casi la totalidad de la información almacenada como a los usuarios de los servicios de ese prestador*”, concluyendo en el apartado 39 de la sentencia que “*Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordenara al prestador de servicios de alojamiento de datos afectado establecer el sistema de filtrado controvertido le obligaría a proceder a una supervisión activa de la casi totalidad de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho prestador de servicios de alojamiento de datos una supervisión general prohibida por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31*”⁵³⁵.

Por último, en lo atinente a la incompatibilidad subrayada por ANGELOPOULOS, residente en la falta de “justo equilibrio”⁵³⁶ o proporcionalidad en la fijación de mecanismos de detección de contenidos protegidos por derechos de autor, entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y los derechos a la libertad de

⁵³⁴ En dicho pronunciamiento el Tribunal concluyó que la imposición de una obligación a un prestador en línea de desarrollar herramientas de escaneo de contenidos se oponía al artículo 15 de la mencionada Directiva de comercio electrónico. Literalmente consideró el TJUE, que “*Por consiguiente, las citadas normas deben respetar, en particular, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un prestador de servicios de alojamiento de datos a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red.*” (Apartado 33) “*A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicha prohibición se extiende, concretamente, a las medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios intermediarios, como un prestador de servicios de alojamiento de datos, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas*” (Apartado 34) En la misma línea se había pronunciado ya en la mencionada sentencia del caso Escarlet Extended vs. SABAM, cuando dispuso el Tribunal Europeo, en los apartados 35 y 36, respectivamente, que “(35) *Por consiguiente, las citadas normas deben respetar, en particular, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un PAI a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red.*”

“(36) *A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicha prohibición se extiende, concretamente, a las medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios intermediarios, como un PAI, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas (véase la sentencia L’Oréal y otros, antes citada, apartado 139).*”

⁵³⁵ Vid. STJUE SABAM vs. Netlog NV, asunto C-360/10, 16 de febrero de 2012.

⁵³⁶ Usando la terminología empleada por el TJUE en la ya citada sentencia SABAM vs. Netlog (C-360/10)

empresa, protección de datos y libertad de información⁵³⁷, coincidimos con la autora en que, la exigencia de tal deber a las plataformas sería contrario a la regulación actual y contravendría los comentados derechos y libertades consagrados a nivel europeo y español, otorgando, por un lado, un rol censor a las plataformas, y, por otro, imponiéndoles una carga de elevado coste, difícilmente soportable por los prestadores más modestos o *pequeños*. Sin embargo, en nuestra opinión, pese a mostrarnos de acuerdo respecto al argumento del excesivo gravamen en lo referente al primero, acerca de la vulneración de derechos y libertades, entendemos que la previsión de la Propuesta en cuanto a los mecanismos tecnológicos de detección sería acorde con la normativa actual siempre que no implicara una remoción del contenido, sino la correspondiente contraprestación por la plataforma al titular de los derechos de autor correspondientes⁵³⁸.

Lo que está claro es que se habrá de dar una solución equilibrada a esta problemática, ponderando todos los intereses en juego, por cuanto, como señala RAMOS GIL DE LA HAZA, “*teóricamente puede entenderse que un autor decida cómo y dónde explotar su obra, carece de sentido pragmático que la ley permita lo que no es controlable tecnológicamente*”, abogando por una adaptación de la normativa en la que “*se permita a los usuarios acceder a estas obras de la forma que deseen, al tiempo que se remunere correctamente a quienes ofrecen su tiempo, esfuerzo, talento y dinero a la creación de contenidos*”⁵³⁹.

⁵³⁷ Así sostiene la mencionada autora que “***Freedom to conduct a business (Article 16 CFREU): ‘a complicated, costly, permanent computer system at its own expense.’ Protection of personal data (Article 8 CFREU): ‘would involve the identification, systematic analysis and processing of information connected with the profiles created on the social network by its users. The information connected with those profiles is protected personal data because, in principle, it allows those users to be identified.’ Freedom of expression (Article 11 CFREU): ‘might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications.’***” (ANGELOPOULOS, C., op. cit.)

⁵³⁸ Sin embargo, ALAI en su informe, ya citado, de 18 de febrero de 2017, intrepeta la Propuesta, en lo relativo a estas medidas tecnológicas en el sentido de encaminadas al bloqueo desde el inicio de aquellos contenidos que se consideran -¿por quién? nos podríamos preguntar – protegidos por los derechos de autor. Así, subraya que “*Introducir medidas, en defecto de acuerdo, para evitar que pueda subirse contenido no autorizado. La utilización de sistemas de reconocimiento de contenidos irá más allá del simple mecanismo del tipo “take down / stay down”, prohibiendo la ulterior publicación de un contenido cuya retirada ha sido ya solicitada y obtenida, ya que posibilitará impedir ab initio la carga del contenido (bloqueo ex ante) mediante la provisión de un sistema de reconocimiento de contenidos al efecto.*” (Informe ALAI, “sobre las propuestas europeas...”, op.cit.; pág. 3)

⁵³⁹ RAMOS GIL DE LA HAZA, A., “Redes sociales y propiedad intelectual. Dos mundos obligados a entenderse”, *Revista Telos: Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 76, 2008; págs. 110-113

CAPITULO VI. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA UTILIZACION ILEGÍTIMA DE CONTENIDOS EN LÍNEA

6.1. Introducción. Contextualización social de la problemática jurídica

A día de hoy, tal y como subraya la exposición de motivos del Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre, *“la revolución digital está suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también ha hecho surgir y continúa haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual a través de los propios servicios de la sociedad de la información, que intentan obviar que la puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas sólo es lícita –también en Internet– cuando cuenta con autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual o con amparo en algún límite legal de éstos. Este conjunto de circunstancias está ocasionando, además de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante páginas de Internet, cuantiosas pérdidas al sector de las industrias culturales con la consiguiente destrucción de empleo y riqueza de un sector que genera cerca del 4 por 100 del Producto Interior Bruto español. Asimismo, la competencia desleal que supone este tráfico ilegal de contenidos no sólo dificulta notablemente las posibilidades de desarrollo de nuevos modelos de negocio, limitando una indudable vía de expansión económica, sino que también está afectando a agentes claves en el mundo de las industrias culturales, dificultando la producción y creación musical, audiovisual, literaria o multimedia, y perjudicando con ello el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente nuevas creaciones.”*

En ese escenario, las principales “víctimas” de la tendencia masiva de descarga ilegal de archivos por internet son las obras audiovisuales, encabezando las listas de “piratería” informática la descarga de películas/series, música y videojuegos protegidos por derechos de propiedad intelectual. La causa de tal fenómeno social puede encontrarse en la gran facilidad de digitalización, transmisión, almacenamiento y reproducción que ofrecen, pudiendo ser almacenados y disfrutados en un amplio abanico de dispositivos. En este sentido, como sostiene ROBLES DE LA TORRE, *“hasta no hace mucho tiempo, la forma de acceso a películas o discos era la tradicional. Ir al cine o comprar el disco en tiendas distribuidoras. Existía la posibilidad de copia privada, de dejar la película o el disco a un amigo, pero dicha práctica no suponía una amenaza ni para*

*creadores ni para productores. La realidad hoy en día es muy distinta. Al digitalizarse los contenidos, es posible acceder a cualquiera a través de internet. Cualquiera persona tiene la posibilidad de subir y bajar archivos de la red, por lo que potencialmente puede convertirse tanto el prestador como en receptor de archivos con cualquier otra persona que esté conectada a la red, independientemente de que físicamente se encuentre sentada en las antípodas del mundo”.*⁵⁴⁰

La descarga de estos archivos ya es posible, en efecto, por numerosos canales, todas ellas vía internet, ya sea mediante plataformas P2P o “Peer To Peer”, de forma directa o bien a través de enlaces *torrent* que direccionan a estas plataformas, o incluso por medio de descargas directas por enlaces o *links*, permitiendo todas ellas la descarga masiva de archivos y su posterior almacenamiento en el disco duro del ordenador/tablet o en cualquier otro dispositivo de almacenamiento.

El carácter gratuito de estos accesos, tanto de la descarga del software como su uso en sí mismo, genera un innegable daño en los derechos de autor de los creadores de esas obras objeto de tráfico, puesto que esos archivos se transfieren, graban y reproducen sin control, evadiendo los derechos patrimoniales de los autores y violando, del mismo modo, sus derechos morales. Sin embargo, estos perjuicios no quedan reparados íntegramente por la imposición de un canon que compense la copia privada de los contenidos protegidos, puesto que se entiende que esa cuantía no tiene por finalidad cubrir el daño que produce la descarga en sí del archivo por medio de un acto ilícito, máxime cuando no se trata de una descarga aislada ya que todos los medios mencionados permiten la descarga simultánea en pocos minutos de varios archivos de distinta dimensión. En efecto, el objeto de la compensación por copia privada no es, en sí mismo, compensar los usos ilegítimos de las obras sino, todo lo contrario, compensar por los usos lícitos que la norma permite a través de la excepción contenida en el artículo 31 del TRLPI, de manera que dichos actos, y sus resultados lesivos, no quedan en ningún caso reparados por la citada remuneración.

Al respecto, para analizar la evolución mostrada en estos años, nos vamos a referir a dos de los últimos estudios sobre piratería realizados en España. Así, en primer lugar resultar interesante revisar el Informe de 2014 del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales (Encargado por la Coalición de Creadores e

⁵⁴⁰ ROBLES DE LA TORRE, P.; “La regulación legal de intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española”, op. cit.; pág.197

Industrias de contenidos)⁵⁴¹. Éste, publicado en 2015 analiza la tendencia mostrada en el año 2014 por los consumidores y usuarios españoles en el acceso a contenidos audiovisuales en la red, en concreto en lo que respecta a música, películas, series, videojuegos, libros y partidos de fútbol. Los resultados que arroja el estudio demuestran el claro auge de los usos ilícitos de obras protegidas en internet, al concluir que el 87,94% de los contenidos digitales consumidos en España en el año pasado eran piratas, habiendo existido 4.316 millones de accesos ilegales a contenidos, valorados en 23.265 millones de euros, lo que supone un lucro cesante de 1.700 millones de euros; de modo que el porcentaje de consumidores que accedió ilegalmente a archivos en línea fue del 58%, lo que supone un incremento del 7% con respecto al año 2013.

Si pasamos a analizar, en primer lugar, la problemática distinguiendo por tipo de contenidos, encontramos que el mayor porcentaje de accesos ilícitos corresponde a las películas con un 36%, dato que muestra un descenso frente al 43% correspondiente al año 2013. Esta tendencia a la baja se muestra, igualmente, en los archivos musicales, que ocupan el segundo puesto en el escalafón, con un 21%, frente al 27% de accesos que mostraban en el ejercicio anterior; aunque cabe señalar que, no obstante lo anterior, el valor en millones de euros de las pérdidas en ambos casos han sufrido un aumento sustancial. De manera agregada, teniendo en cuenta series, videojuegos, libros y partidos de fútbol, la industria muestra que la cantidad de archivos a los que se ha accedido de manera ilegal asciende a 4.455 millones.

En cuanto al análisis sociológico de la conducta, el estudio concluye que la principal causa o motivación en los accesos pirata tiene un cariz económico, centrándose en la gratuidad (o bajo coste) del acceso ilegítimo (motivo al que alude un 61% de los encuestados), seguido de la idea de que el acceso queda amparado al llevarse a cabo a través de internet, servicio por el que se paga (el 51%). De este modo, se observan, entremezcladas, motivaciones que obedecen a cuestiones económicas (elevado coste de los contenidos el 39%, el hecho de desconocer si va a gustar o no la obra en cuestión en el 39% de los casos, etc.), de índole práctica (la posibilidad de acceso a contenidos que ya no se comercializan y a los que por tanto es difícil o imposible acceder de otro modo, según el 48%, la facilidad y rapidez del acceso el 46%, la comodidad del almacenamiento de los contenidos, 25%, etc.), así como otros relacionados con la inocuidad y/o impunidad de la conducta (la generalización de estos usos según el 19%,

⁵⁴¹ Informe del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2014, Madrid, Gfk, marzo 2015.

la inocuidad de la conducta para el 19% y la ausencia de consecuencias legales, según el 25% de los consultados). Así, según el informe en cuestión, el 71% de los encuestados acceden a los contenidos por medio de buscadores de internet, destacando con claridad Google como el claro favorito con un 99,4% frente al 4,7% de Yahoo; método al que sigue la descarga directa de los archivos (medio escogido por el 25,5%), el *streaming* (con un 17,4%), el acceso a través de redes sociales (un 15,3%) y, por último, las aplicaciones de descarga disponibles para tablets y smartphones (modalidad escogida por un 13,5%).

En otro orden de cosas, los consumidores y usuarios, al ser consultados acerca de las medidas contra la piratería que consideran más efectivas, se decantan, en primer lugar, por el cierre de las páginas de acceso a los contenidos (un 66,4%), seguida de las campañas de concienciación social (un 63,5%), aunque preguntados por la notoriedad de dichas campañas, las sitúan en quinta posición en un listado de trece (por detrás de las correspondientes al maltrato sobre la mujer, tráfico, reciclaje y consumo de alcohol), y la sanción a los usuarios con multas (un 34,7%) y las relativas a restringir el uso de internet (el 17,4%).

Por último, se analizan las vías de financiación de los portales de descarga y visionado de archivos en la red, llegando a la conclusión de que, según los usuarios de las mismas, en la mayoría de los mismos es necesario registrarse para su uso, lo cual supone la cesión de los datos personales, que podrán ser usados para su comercialización reportándole por tanto a los titulares de la página web ingresos. Además se concluye que según el 71% de los encuestados la mayoría de los portales albergan publicidad (destacando, por orden, de temática de juego y apuestas online, páginas de contactos, de contenido erótico y de productos de consumo), y el 5% han tenido que pagar en alguna ocasión para descargar los contenidos (ya sea mediante tarjeta de crédito, en el 56,3% de los casos, por donación, en el 24,3%, o SMS, en un 9,4%).

Por otro lado, como ya adelantábamos *ut supra*, es de gran interés analizar los resultados arrojados en el reciente Informe “Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2017”, esta vez en su última versión publicada en abril de 2018. Como presupuesto inicial, en contraposición con su edición de 2015, evidencia un retroceso en el acceso ilícito a los contenidos en línea protegidos por los derechos de autor, como demuestra el hecho de que en 2017 el valor de los contenidos ilícitos a los

que se accedió fue de 21.899 millones de euros, lo que representa una disminución del 6 % respecto a 2016, y una disminución acumulada del 9 % respecto a 2015⁵⁴².

En primer lugar, se muestra en el estudio que sólo un 15% de los usuarios de la red no sabe distinguir las páginas de contenidos ilegales de aquellas legales, mientras que cuatro de cada diez manifiestan poder hacerlo fácilmente. De entre los motivos más alegados para la opción por el acceso ilegal destacan los motivos económicos (el elevado precio del contenido legal, con un 51%, que asciende frente al año anterior); el desconocimiento de si gustará el contenido, para un 41%, porcentaje que también sube frente a 2016; seguidos de los motivos prácticos: la mayor rapidez de las vías *piratas*, (43%); pagar ya el acceso a internet, motivo que asciende al 50% frente al 47% de 2016); que no haya otra forma de acceder, es motivo para el 30%; y es destacable el ascenso de un 5% de la percepción de impunidad: la ausencia de consecuencias para el que lo hace, hasta llegar al 25% de los encuestados. En lo que respecta a la percepción de la efectividad de las campañas de concienciación sobre esta materia, frente al 68% de los encuestados que le reconoce notoriedad a las campañas de tráfico, sólo un 26% se la reconoce a las antipiratería, cifra, no obstante, que asciende un 2% frente a 2016.

Ya entrando en materia propiamente de acceso a contenidos, un masivo 75% de los usuarios manifiesta hacerlo a través de los buscadores online, frente al 29% que lo hace mediante sistemas de descarga directa, el 14% que lo hace vía páginas de streaming y el 10% por medio de redes sociales. De entre los buscadores, un abrumador 99% declara hacerlo recurriendo a Google, y con respecto a las redes sociales, el 83% lo hace usando Facebook⁵⁴³.

⁵⁴² No obstante, se debe destacar que, de acuerdo con el informe, en 2017 hubo 4.005 millones de accesos ilegales a contenidos digitales por valor de 21.899, produciendo un lucro cesante de 1.857 millones, lo que supone un 4,1 % más que en 2016.

⁵⁴³ Sobre la cuestión de la existencia o no de responsabilidad por parte de las redes sociales en lo que respecta a las vulneraciones de los derechos de autor por sus usuarios, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS concluye que se trata de un prestador de los servicios de la sociedad de la información, por lo que queda sujeto al régimen fijado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, por lo que le es de aplicación lo dispuesto en el art. 16 de la mencionada norma, de forma que, concluye que *“de todo ello se desprende que la red social únicamente será responsable del contenido vertido por los usuarios cuando haya tenido conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Entendemos, en este punto, que al referirse el legislador a «información que lesiona bienes o derechos de terceros» queda incluido también lo referente a cuestiones de propiedad intelectual.”* (DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L., *Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales*, Colección Grandes Tratados Aranzadi, Editorial Aranzadi, 2016)

Otro interesante aspecto analizado en el comentado Informe es el relativo a las fuentes de financiación de los portales y sistemas de acceso ilegal a los contenidos. Al respecto, se evidencia que cada vez son más los portales que exigen un registro, algo manifestado por el 81% de los usuarios, habiendo tenido que pagar por ello el 8% de los encuestados. Otro evidente origen de ingresos son los derivados de la publicidad, ya que el 95% de los usuarios manifiesta haberla encontrado, siendo las tipologías más habituales las webs de juegos o apuestas online (68%), webs de contactos (58%) y las páginas de contenido para adultos (55%).

En cuanto a la percepción de la efectividad de las medidas de lucha contra la piratería, las más destacables son el bloqueo de la página (considerada como muy efectiva o efectiva por el 78%), la sanción a los proveedores de internet (73%) y las campañas de concienciación (61%), siendo la considerada como menos efectiva la restricción del uso de internet para aquellos que realicen la conducta ilícita. Cabe destacar en este punto, que todas las medidas propuestas en la encuesta evidencian un incremento en su valoración positiva por los usuarios, frente a los índices de 2016.

A continuación, en el apartado dedicado a las alternativas legales de consumo de contenidos, los datos reflejan que la totalidad de los usuarios de la red conocen las plataformas de oferta legal (un 81% declara conocer Netflix, el 81% conoce Spotify, el 80% Movistar plus, el 68% HBO, entre otras), con un 71% de ellos que dice pagar mensualmente su cuota, frente a un 20% que usa cuentas ajenas y un escaso 9% que no paga por usar solo ofertas temporales.

En cuanto a la utilización ilícita de obras protegidas, se concluye que, de forma agregada, aumenta el número de sujetos que optan por el acceso legal y desciende el de aquellos que recurren a medios ilegales, así un 65% de los usuarios recurre a los accesos legales a contenidos musicales digitales (un 3% más que en 2016) y sólo un 22% lo hace por las vías ilegales (en contraste con el 26% de 2016). No obstante, estas cifras tan optimistas no se mantienen tan elevadas en lo que respecta al consumo de películas, ya que, a pesar de que el acceso legal asciende al 49%⁵⁴⁴ (con un 30% de subida frente al 19% de 2016), el acceso pirata sube un 1% hasta el 33%. Por otro lado, si observamos estas números en volumen de contenidos pirateados, descienden en el caso de la música (1560 millones de contenidos frente a 1661 del año pasado, lo que supone un 6,1% menos) y las películas (726 millones frente a 789 de 2016, un 8% menos), así

⁵⁴⁴ La causa principal según el estudio es el auge de la suscripción a las plataformas de streaming de pago como Netflix, Movistar Plus, HBO, etc.

como en las series (descenso más modesto del 1,5% de los 959 millones de 2016 a los 945 actuales). Sin embargo, si se analiza la problemática atendiendo al número de usuarios que acceden ilegalmente, hay un claro retroceso en el caso de la música del 15% (del 26% del año anterior al 22% de este), pero no así en las películas (donde sube un 2%) y las series (que aumenta un 3%). Como último elemento a tener en cuenta, se concluye en el informe que el daño causado por la piratería repercute negativamente en la industria con un impacto directo -lucro cesante- (que sube en 74 millones de euros de manera agregada), afirmándose que un escenario sin piratería posibilitaría la creación de numerosos puestos de trabajo (de 2016 a 2017 se estima se han perdido 1322 empleos en la industria por esta causa) y dotaría de mayores ingresos a las arcas públicas (calculándose una pérdida en un año de 1 millón de euros).

Una última reflexión que consideramos interesante, al hilo de lo arrojado por el Informe analizado, es que un 65% de los usuarios en el caso de la música vería con buenos ojos *soportar* publicidad a cambio de acceder gratis a contenidos, porcentaje que baja, pero sólo ligeramente, en el caso de las películas y series, a un 61% de los encuestados, respectivamente. Se trata de un aspecto a tener en cuenta en la valoración de posibles medidas y mecanismos a estudiar en aras de una reestructuración de la oferta legal, de forma que pueda satisfacer y beneficiar a los usuarios sin mermar los derechos e ingresos de los titulares de derechos. Esta cuestión se conecta con el comentado concepto del “*value gap*”, en la búsqueda de potenciales herramientas que lo minimicen.

En la misma línea de este Informe, otros estudios parecen permitir también cierta esperanza, como es el caso del Informe “*Tv media 2015. The empowered Tv and Media Consumers influence*”, del “*Ericsson ConsumerLab*”, muestra que, en el caso de España, ha habido una reducción del 18% entre 2011 y 2015 en el consumo de contenidos ilícitos en línea (bajando de un 32% a un 14%), mientras que, de modo paralelo, se demuestra un crecimiento de la población a nivel mundial, dispuesta a pagar más por tener acceso a contenidos de alta calidad (un 40%)⁵⁴⁵. Esta tendencia ya se evidenciaba en el Informe “*The European Citizens and Intellectual Property: Perception, awareness and behaviour*”, del “*Office for Harmonization in the Internal Market*”, en el marco del programa desarrollado por el “*European Observatory on*

⁵⁴⁵ Informe Ericsson AB, “*Tv media 2015. The empowered Tv and Media Consumers influence*”, diciembre 2015, Ericsson ConsumerLab.

Infringements of Intellectual Property Rights”, del año 2014. En éste se destaca que el 9% de los ciudadanos europeos encuestado afirmaban haber accedido/descargado o visualizado en streaming contenido ilícito en internet en los últimos 12 meses - en el caso concreto de España un 18%, mientras que en Italia un 5%⁵⁴⁶.

En este informe, asimismo, se pone de relieve que la concienciación y postura con respecto a la utilización ilegítima de contenidos online depende en gran medida del conocimiento acerca de posibles alternativas de acceso legal a las obras. En ese sentido, concluye el estudio, la existencia de conocimiento⁵⁴⁷ de tales servicios legales determina que un 80% de los ciudadanos europeos encuestados se decanten por esta última opción, no existiendo, en este caso, grandes diferencias en los distintos grupos de edad al respecto. Paralelamente se demuestra que, para los europeos, es aceptable acceder a contenidos ilegales en internet cuando no existe una fuente alternativa legal inmediata que lo permita, en este sentido, están de acuerdo con tal afirmación el 19% de los italianos y el 35% de los españoles.

Por último, y en línea con lo anterior, en el informe en cuestión se alcanza la conclusión de que, a nivel europeo, la oferta legal es conocida y valorada su calidad, pero se

⁵⁴⁶ Si se analiza por rangos de edad, de acuerdo con el mencionado estudio, las variaciones en el acceso a contenidos ilegal son notorias. Así, tales conductas se dan en el 26% de los ciudadanos de entre 15 y 24 años, bajando al 17% en el caso del grupo entre 25 y 34 años, continuando el descenso hasta el 3% de los mayores de 55 años. Continuando esta visualización por grupos, con respecto, el porcentaje de europeos que concibe aceptable la descarga ilegal de contenidos en línea, con una finalidad de uso personal, es del 42% de modo agregado, ratio muy elevado de la población; siendo aceptado por el 57% de los ciudadanos de entre 15-24 años, 52% de los de 25-34 años, y reduciéndose paulatinamente hasta el 29% de los mayores de 65 años.

Por otro lado, por países, se evidencian las diferencias entre los distintos Estados miembros al respecto. En ese sentido, los Países Bálticos muestran los más altos niveles de descargas ilegales declaradas (un 20% en Letonia, 16% en Lituania y Estonia), al igual que en el caso de España (un 18%). En el sentido contrario, la opción del acceso legal a los contenidos es la más presente en los países nórdicos (con un 39% en Dinamarca, 35% en Suecia, 28% en Finlandia), así como en Irlanda (34%) y Noruega (28%).

⁵⁴⁷ El conocimiento de la ciudadanía acerca de servicios legales en internet depende en gran medida del tipo de contenido; así se evidencia que se encuentra presente en elevados niveles en el caso de los contenidos musicales (un 65% de los europeos dice conocer ofertas legales en línea para descarga y streaming de música), y algo más reducido pero aún así alto comparado con otro tipo de obras, las películas (56%) y series (51%). Si nos concentramos en Italia y España, este último muestra un elevado conocimiento de su población de las ofertas legales (música 71%, películas 61% y series 63%), contrastando ampliamente con el mostrado por los italianos (música 55%, películas 41% y series 31%).

Tal nivel de conocimiento muestra divergencias en función del país de que se trate, ya que, mientras que en los países nórdicos y anglosajones, Bélgica y Holanda, son ampliamente conocidas las ofertas legales de contenidos en línea, en el caso de países como Italia, Croacia, Rumanía, Polonia y Bulgaria, tales ofertas son muy poco conocidas, situándose en porcentajes muy por debajo de la media europea.

En cuanto a edades, existe un mayor conocimiento de las alternativas legales en la población más joven, quienes, a su vez, están más expuestos a las utilizaciones ilegítimas, situándose 8 puntos por encima de la media europea en los ratios de conocimiento de los servicios legales, independientemente del tipo de contenido.

evidencia el inquietante dato de que una mayoría de la población joven (de entre 15 y 24 años) aún concibe más atractiva la oferta ilegal de contenidos online.

Estos datos no han variado mucho en el más reciente Informe de la UIPO (siglas en inglés de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea) de 2017, encargado a Deloitte, titulado “European citizens and Intellectual Property: Perception, awareness and behaviour”, si bien, a pesar de que queda demostrado que siguen siendo los jóvenes quienes más acceden de forma ilegal a contenidos en línea, el 27% de los encuestados, de entre 15 y 24 años), el 41% de ellos también afirman haber consumido legalmente en línea, lo que supone 4 puntos más que en la anterior encuesta de 2013, de hecho el 83% de los encuestados prefiere acceder a contenidos en línea a través de plataformas autorizadas si se ofrece una opción legal asequible, poniendo siempre el foco en el elevado precio de los contenidos el mayor freno al consumo legal, junto con la disponibilidad y diversidad –puntos que, no obstante, se están viendo superados gracias al auge de las plataformas de streaming legales que ofrecen tanto precio asequible como disponibilidad y diversidad. Paralelamente, como signo que permite cierto optimismo, también se recoge un incremento en el porcentaje de europeos que reconocen la importancia de la Propiedad Intelectual como pilar para la estabilidad económica, aunque una parte significativa de los encuestados cree que los derechos de autor no se han adaptado a la realidad de internet⁵⁴⁸ y un 24% de los europeos encuestados alberga dudas respecto a la legalidad o no de determinadas fuentes de contenidos en línea (subiendo 4% dfrente a 2013), asimismo un abrumador 97% de los encuestados cree que es importante que inventores, creadores y artistas intérpretes o ejecutantes puedan proteger sus derechos y sean retribuidos por su trabajo.

A la luz de lo anterior, estos resultados, a nuestro juicio, si bien muestran una innegable mejora en el panorama del consumo de contenidos protegidos en línea de modo agregado, evidencian la aún preocupante magnitud y extensión del problema y las ramificaciones que presenta⁵⁴⁹, encontrándose todavía muy arraigada en la sociedad

⁵⁴⁸ Vid. Pág. 7 del Informe. Texto completo disponible en inglés en <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/ip-perception-2017>

⁵⁴⁹ De modo anecdótico, pero significativo de la vigencia y gravedad de la situación, como se destaca en el Informe “Copyright enforcement online: policies and mechanisms”, realizado por el “European Audiovisual Observatory” en 2015, la serie “Juego de Tronos” (Propiedad de HBO) rompió records al realizarse 1.5 millones de descargas ilegales en 8 horas de su episodio final de la quinta temporada. (Cabrera Blázquez F., Cappello M., Grece C., Valais, S., *Copyright enforcement online: policies and mechanisms*, IRIS Plus, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2015).

europea, y preocupantemente en las más tempranas edades, la aceptación de la utilización de contenidos ilegales en línea. Se pone así de relieve que estas conductas, lejos de frenarse, van en aumento año tras año, manteniendo una sensación de inocuidad, impunidad y normalidad por los ciudadanos.

Nos encontramos, como se ha visto, ante un inmenso caudal de información que se transfiere en cuestión de segundos de manera silenciosa y cuyo seguimiento es prácticamente imposible. Ello no sólo por el volumen de datos y de usuarios, sino también y, sobre todo, por el anonimato que permite la red, donde los sujetos navegan enmascarados tras direcciones IP, mutables en muchos casos, y cuyos datos se encuentran amparados por la legislación española vigente sobre el secreto de las comunicaciones así como por la legislación de protección de datos (art. 18.3 CE y L.O. 15/1999, de 13 de diciembre), que restringe la obligación de la cesión de los datos a supuestos estrictamente tasados y de elevada gravedad.

Todo ello afecta directamente, como se ha comentado, a los derechos de varios colectivos: por un lado a los autores, de otro lado, a los productores de los fonogramas y, en tercer lugar, a los intérpretes de los mismos (en el caso de que los haya). No obstante, conviene advertir que no toda circulación de archivos en formato digital ha supuesto una vulneración a estos derechos, pues, en la actualidad, en el caso concreto de los archivos musicales, existen otros medios del todo legales. Pueden citarse en este sentido, como resalta ÁLVAREZ ÁLVAREZ⁵⁵⁰, en primer lugar, las páginas web en las que sus titulares cuelgan dichos archivos, de modo completo o fraccionado, poniéndolas a disposición de cualquier usuario; y, en segundo lugar, las plataformas legales de descargas, como *iTunes*, que funcionan a modo de tienda online, tratándose de “*un sistema de licencias de uso en las que el usuario no adquiere la propiedad de la copia, sino sólo el uso personal de la misma, de modo temporal o permanente*”; así como plataformas de reproducción en streaming de música como *Spotify*, o plataformas de visionado online de películas y series como “Netflix” (actualmente de acceso exclusivo en EE.UU pero con visos de extenderse a Europa próximamente), “Nubeox” y “Waki.tv”, entre otros.

Al respecto de esta cuestión, vid. VAN DER SAR, E., “Game of Thrones season finale breaks piracy records”, 15 June 2015. (Fuente: <https://torrentfreak.com/game-of-thrones-season-finale-breaks-piracy-record-150615/>)

⁵⁵⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”; *Práctica de derecho de daños*, nº 53, octubre 2007, La Ley.

De lo anterior se deduce que el principal escollo se presenta en las redes P2P y descargas por enlaces, campo de batalla en el que se enfrentan los autores y demás titulares de los derechos de propiedad intelectual y las miles de copias ilegales que proliferan.

6.2. Encuadre de la problemática de los usos ilegítimos online.

Con todo, el principal campo de batalla para las obras audiovisuales, como ya se ha comentado, se centra en el ámbito de las descargas ilegales, cuya generalización, como sostiene ROBLES DE LA TORRE, “*ha provocado, en el mundo de la propiedad intelectual, un encarnizado debate sobre la licitud o no de dicho intercambio, sobre la necesidad de pagar derechos de autor por este intercambio y sobre posibles indemnizaciones a las que pueden dar lugar dichos intercambios masivos.*”⁵⁵¹

Tal y como refleja la doctrina, dentro de la problemática de las descargas ilegales, y, más concretamente, para la determinación de la responsabilidad, se han de diferenciar dos fases del llamado “*file sharing*” o compartición de archivos: de un lado el “*uploading*” o subida de archivos a la red, y, de otro, el “*downloading*” o descarga de éstos⁵⁵².

⁵⁵¹ ROBLES DE LA TORRE, P., Op. Cit., pág. 197

⁵⁵² Un sector de la doctrina ha sostenido tradicionalmente la equiparación de estas conductas lesivas con el hurto, analogía que en cualquier caso ha quedado totalmente rechazada en la concepción actual de la problemática. En cualquier caso, como subraya BISCEGLIA, “*All’epoca della vicenda giudiziaria, uno degli argomenti giuridici di maggior interesse era il parallelismo fra la condivisione illecita e il furto, tale da mobilitare il mondo giuridico internazionale, paragone inesistente visto che il furto comporta l’impossessamento e la sottrazione del bene altrui, mentre il file sharing non attua una sottrazione, ma semplicemente la diffusione indubitata dell’opera. Il diritto di sfruttamento commerciale dell’opera non è quindi assimilabile al diritto di proprietà. Questa equiparazione, oggi, appare del tutto infondata sia dal punto di vista tecnico che giuridico (...)*”. (BISCEGLIA, F., “*Violazioni del diritto d’autore online: responsabilità e rimedi*”, Tesi di Laurea in Informatica giuridica, LUISS Guido Carli, relatore Gianluigi Ciacci, 2015, pág. 53 [Single Cycle Master's Degree Thesis]. Texto disponible en: <http://tesi.eprints.luiss.it/id/eprint/14716>). Sin embargo la referencia a tal analogía aún aparece puntualmente en la literatura actual, como es el caso de PISTILLI, quien subraya que “*Il furto di contenuti culturali, come affermato dal presidente dell’Agcom, “danneggia la creatività, la nuova economia e l’occupazione. E l’economia italiana può restare competitiva solo con l’innovazione, la creatività, la qualità”*”. (PISTILLI, A., “*L’evoluzione del diritto d’autore e la relativa tutela nell’ambito delle comunicazioni elettroniche. Le delibere Agcom 668/10/CONS e 398/11/CONS: dove eravamo rimasti?*”, *Quaderni Diritto Mercato Tecnologia*, marzo 2013; Disponible en: <http://www.dimt.it/2013/03/21/evoluzione-del-diritto-dautore-e-la-relativa-tutela-nellambito-delle-comunicazioni-elettroniche-le-delibere-agcom-66810cons-e-39811cons-dove-eravamo-rimasti/>).

En cuanto a la primera fase, la doctrina ha mantenido que, *“la operación de carga de la obra en el servidor (subida o uploading) constituye un acto de reproducción en tanto que conlleva la fijación de la obra en un fichero para su posterior carga en el servidor. Además, supone un acto de comunicación pública al poner mediante ella a disposición de una pluralidad de usuarios la obra cargada. Por ello, la subida de la obra afecta al derecho de reproducción y al derecho de comunicación pública (art. 18 y 20 LPI), por lo que requiere la autorización del titular del derecho. Partiendo de lo anterior, el acto de uploading, o descarga ascendente, realizado sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual infringe estos derechos, configurándose desde el punto de vista civil como un ilícito”*⁵⁵³. En la misma línea, XIOL RÍOS entiende que *“quien carga la obra permite que cualquier persona pueda acceder a los contenidos, con que realiza una “puesta a disposición interactiva en el sentido de la Directiva 2000/31/CE, sobre servicios de la sociedad de la información, y del artículo 20 LPI”*⁵⁵⁴. En el mismo sentido se manifiestan BERCOVITZ y MARÍN LÓPEZ, cuando sostienen que *“en el marco de los sistemas de intercambio a través de los sistemas P2P de archivos en los que se encuentra fijada una obra o prestación protegida por un derecho de propiedad intelectual, el downloading afecta al derecho exclusivo de reproducción que corresponde al titular de dicha obra o prestación, y, si el archivo es «subido» a la red por el downloader, afecta también al derecho exclusivo de puesta a disposición que corresponde a dicho titular”*⁵⁵⁵.

Por otra parte, está la conducta basada en descargar los archivos de la red, por la que el usuario, a través del servidor o plataforma de almacenamiento online de archivos, accede a la obra/s llevando a cabo la transferencia de ésta al dispositivo de que se trate, quedando ésta fijada en su disco duro/dispositivo, bien de manera temporal (reproducción provisional) o bien de forma permanente, por medio de su copia. La principal duda interpretativa que ha suscitado tradicionalmente esta cuestión residía en si dicha conducta podría ser susceptible de amparo bajo la excepción de copia privada o

⁵⁵³ HERNANDEZ RODRIGUEZ, M.; “El régimen jurídico de las descargas”, op. cit.; pág. 255

⁵⁵⁴ XIOL RÍOS, J.A.; “El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del Derecho civil”, en AA.VV. *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, (O’CALLAGHAN, X., Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 267.

⁵⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., “Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio «peer to peer»”; *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 20/2007, 2 parte Secciones, Aranzadi, Pamplona, 2007; pág.43

de reproducción temporal, tal y como la recogía la anterior redacción del artículo 31 del TRLPI.

Según un sector doctrinal, en el marco de la descarga de archivos, “*tomando como referencia las distintas modalidades de reproducciones que se realizan en esta operación, [...], en primer lugar hay un acto de reproducción, al fijarse la obra dentro del disco duro del usuario que realiza la descarga. En el supuesto de que esta fijación sea meramente provisional, sin la realización de copia privada, se discute si se encuentra amparada o no por el límite previsto en el artículo 31 LPI*”. Así, “*en el caso de que se considere que la realización de copia permanente no supone un acto ilícito, sino que se encuentra amparada por la excepción de copia privada, la respuesta a la licitud de esta reproducción provisional será fácil, habrá de entenderse que constituye un uso lícito. En cambio, si consideramos que las copias que podemos llamar permanentes no tienen justificación ni cobijo en la excepción de copia privada, el acto de reproducción provisional que nos ocupa constituirá un ilícito no amparado por el artículo 31.1 LPI*”⁵⁵⁶.

Sin embargo, conforme al art. 31 TRLPI, tras su modificación de 2014, que trajo consigo, como se preveía, un extremado acotamiento de la excepción de copia privada, se debía entender que cualquier uso que se hiciera de una obra protegida que no se derivara de un ejemplar original adquirido por el usuario, se consideraría ilegítimo al quedar fuera del ámbito de la copia privada⁵⁵⁷. Esta meridiana claridad, si bien, ha vuelto a desaparecer, a nuestro juicio, tras ser modificada de nuevo la redacción del art. 31 ap. 2, que vuelve a ver ampliado el concepto al reducirse el detalle con que se define el concepto de acceso legal. Así, como se ha tenido ocasión de mencionar *ut supra*, el vigente apartado b) del art. 31.2 TRLPI prescinde de las precisiones introducidas en su

⁵⁵⁶ HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M.; Op. Cit.; pág. 256

⁵⁵⁷ En este punto se debe de poner de relieve la duda suscitada entorno a la nueva redacción de este apartado segundo del artículo 31 del TRLPI tal y como se recogía en la reforma de 2014, al exigir como requisito de la copia privada que se derivase de un original adquirido por compraventa mercantil, puesto que atendiendo a la definición que de ésta da el Código de Comercio en su artículo 325, sólo se podría entender por tal a las compraventas de bienes destinados a la venta y no al uso propio, llevadas a cabo entre empresarios, de modo que, asumiendo la interpretación literal de dicha versión del precepto 31.2 cabría concluir que preveía que las copias hechas a ejemplares originales adquiridos por el usuario para su disfrute y uso personal no estarían amparadas por esta excepción de copia privada. Esta cuestión ha quedado resuelta con la reforma operada en el precepto por el Real Decreto-ley 12/2017, en el que se modifica ese apartado, eliminando esa alusión a la compraventa mercantil, que creaba una innegable contradicción con el sentido de esta excepción e incluso con su apartado primero, del mismo art. 31, en el que se limitaba la aplicación de este límite a las personas físicas, mientras que la compraventa mercantil, por concepto, se refiere a personas jurídicas.

modificación precedente, limitándose ahora a requerir que *“la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.”*. Con esta ampliación del ámbito objetivo de la excepción se busca subsumir en la misma a un mayor número de usos, de forma que, se pasa a incluir en el alcance del precepto también a las ‘prestaciones’ de los intérpretes y ejecutantes y, yendo más allá, se pasa a permitir la inclusión dentro del ámbito de la limitación de otros usos que, sensu contrario, se deberán entender aceptados por no estar expresamente excluidos, como son, entre otros, las copias hechas a partir de copias privadas. Éstas fueron excluidas en la reforma de 2014, pero tras la eliminación del párrafo o inciso que expresamente las dejaba fuera del concepto de copia privada en esta nueva reforma⁵⁵⁸, y la supresión por tanto de la “lista tasada” que la redacción anterior preveía, vuelven a poder quedar dentro del ámbito del mismo.

No obstante, pese a la indeterminación del nuevo concepto, si se analiza sistemáticamente a la luz del resto de previsiones recogidas en la norma en lo atinente a la persecución de las vulneraciones en línea de los derechos de autor, así como de la jurisprudencia vigente, tanto española como europea, no puede haber duda de que se encuentran claramente excluidas las copias derivadas de la descarga online de archivos protegidos por canales no autorizados. En este sentido se pronuncia, entre otros, SALAS CARCELLER, cuando defiende que *“En general, la doctrina se ha inclinado por considerar que el acceso que se hace a las copias a través de las redes P2P es un acceso ilegítimo, pues la obra se pone a disposición del público o hace una comunicación pública sin autorización del titular.”*⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ En concreto, con la reformulación del art. 31.1 apartado b) se suprime el inciso – que a su vez contenía dos puntos – en el que se preveía expresamente que *“A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.”

O lo que es lo mismo, de manera simplificada, los dos únicos accesos aceptados eran las copias hechas a partir de un original comprado y las realizadas a partir de la radio y la TV.

⁵⁵⁹ SALAS CARCELLER, A., “La copia privada y la compensación: estado de la cuestión en España (1)”, *Actualidad Civil*, No 6, Sección Derechos reales e hipotecario / A fondo, Junio 2017; pág. 4

Cabe en este punto mencionar que la propia evolución de la tecnología está sirviendo también para encontrar mecanismos que ayuden a la defensa de los derechos de autor en línea. Así, se debe destacar el desarrollo en la actualidad de una herramienta informática cuya finalidad es la detección y control de los contenidos digitales en su reproducción en streaming en línea, enfocada a la búsqueda de retransmisiones piratas en línea así como los enlaces ilegales, realizando un *checkeo* de la web, estando asimismo integrado con redes sociales, buscadores en distintos idiomas, plataformas P2P, además de servicios de streaming. Esta herramienta está configurada para enviar una solicitud de bloqueo o eliminación del contenido infractor cuando lo detecte, pudiendo delimitar qué servidor lo está emitiendo, en el caso de contenido compartido en directo por usuarios. El mecanismo permite, por lo demás, *identificar* el usuario que lo esté llevando a cabo, siendo el operador el que puede bloquear la emisión atendiendo al número de abonado⁵⁶⁰.

6.3. La responsabilidad de proveedores de los servicios de la sociedad de la información y usuarios por las utilizaciones ilegítimas online. Europa y España.

A la vista de lo expuesto, surge otra duda interpretativa de calado más, relativa al grado y tipo de responsabilidad que recae, de un lado, sobre los administradores de estas plataformas o servidores de almacenamiento de archivos y páginas de enlaces y, de otro lado, sobre los usuarios de éstas.

Ninguna de las dos vertientes de responsabilidad está exenta de obstáculos en su identificación, no siendo fácil el reconocimiento y exigencia de la responsabilidad, y ello, por dos órdenes de motivos: por un lado, dada la complejidad que entraña el descifrado de la actuación real de las plataformas y portales y su grado de implicación con los datos objeto de tráfico; y, de otro lado, la dificultad que entraña la identificación

⁵⁶⁰ De acuerdo con las informaciones publicadas acerca de esta herramienta, “*Gracias a estas nuevas funciones, la herramienta permite a los dueños y distribuidores de contenido identificar y bloquear enlaces dedicados a la piratería del streaming bajo demanda (VOD o SVOD), vídeo por descarga directa (DDL), o webs de piratería híbridas que tengan ambos sistemas (Plusdede encajaría en esta última).*” (Fuente: <https://www.adslzone.net/2018/01/15/irdeto-streamings-ilegales> [acestream/?utm_source=related_posts&utm_medium=widget](https://www.acestream/?utm_source=related_posts&utm_medium=widget); Fecha última consulta: 30 mayo 2018)

de los usuarios, en parte por la volatilidad de la información en internet, y en parte, asimismo, por la protección que ha de darse a la privacidad de los usuarios, dentro y fuera de la red.

En lo que respecta, en primer lugar, a la responsabilidad de los llamados ISP (prestadores de servicios en internet), cabe destacar, preliminarmente, que existe un antes y un después a raíz del caso que llevó a la plataforma “*Napster*” ante los Tribunales, la cual, todo sea dicho, se vio obligada finalmente a llegar a un acuerdo económico con la demandante “*Sony*”. En este ámbito, resulta evidente, por lo demás, que, dada la magnitud de estos entes, suele ser más fácil reclamar la responsabilidad de los ISP como intermediadores, puesto que, por un lado, resulta más sencilla su identificación y, por otro lado, existe un capital concreto contra el que dirigirse en exigencia de reparación económica.

La normativa de referencia a este respecto viene representada, en el ámbito de la Unión Europea, por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, que fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, por la que se regulan los Servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico. La Directiva Europea contiene una exención de responsabilidad para los ISP prácticamente ilimitada, ya que no sólo se extiende a cualquier infracción sino que también excluye cualquier tipo de responsabilidad, es decir, tanto civil, penal, administrativa o pecuniaria.

La exención contemplada se basa en un listado tasado de casos o situaciones (“*safe-harbors*”) en los que, cumpliéndose unas determinadas condiciones, el ISP no será responsable por la infracción cometida por su usuario. Como manifiesta XALABARDER PLANTADA, “*en principio, el simple incumplimiento de alguna de estas condiciones impide al ISP beneficiarse de la exención, pero no necesariamente le asigna responsabilidad por la infracción*” de modo que “*el régimen de safe-harbors sólo sirve como un primer «filtro», la responsabilidad de cada ISP se establecerá de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad, como colaborador necesario o responsable civil por hecho ajeno*”⁵⁶¹.

Resulta de interés el desglose detallado de los apuntados “*puertos seguros*” recogidos por la Directiva. Se trata de los siguientes:

⁵⁶¹ XALABARDER PLANTADA, R.: “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, IDP 2, 2006.

a) Mera transmisión:

Esta excepción, recogida en el artículo 12 de la Directiva, se basa en aquellos servicios de la sociedad de la información que consistan en la transmisión en una red de comunicaciones de *datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones*, de modo que *no se podrá considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, siempre que el prestador de servicios no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión y no seleccione ni modifique los datos transmitidos*".

Se precisa que *"las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado anterior engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión"*.

El precepto concreta, además, que lo anterior no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de acuerdo con la normativa nacional, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

b) Memoria tampón (Caching):

El artículo 13 recoge esta segunda excepción, que se basa en la prestación de un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, de modo que el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, siempre que el prestador de servicios no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso a la información, así como las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento

efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

c) Alojamiento de datos:

Este tercer *safe-harbor*, contemplado en el artículo 14 de la Directiva, tiene como objeto la prestación de un servicio de la sociedad de la información consistente en “*almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio*”, de modo que el prestador de servicios no será considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario en los casos en los que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad llevada a cabo o la información almacenada tienen carácter ilícito. Asimismo, en lo referente a una eventual acción por daños y perjuicios, también existirá exoneración de responsabilidad en los supuestos en los que el ISP no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o bien cuando, en caso contrario, el prestador de servicios actúe con la debida diligencia para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible en cuanto tenga conocimiento de la ilicitud.

No obstante, precisa el precepto que la exención de responsabilidad no será de aplicación cuando “*el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios*”.

Al igual que ocurre en los dos supuestos anteriores, lo establecido en este caso no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con la normativa de los Estados miembros, “*exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.*”⁵⁶²

⁵⁶² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

Con todo, la Directiva precisa que las exenciones de responsabilidad contempladas, sólo son aplicables a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limite al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación, mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al considerar que “*esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.*”⁵⁶³

El art. 14 de la Directiva también prevé que el prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones de responsabilidad por mera transmisión (*mere conduit*) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (*caching*), cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos, si bien para ello se requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca, sin embargo, las manipulaciones de carácter técnico que tengan lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma.

No obstante, la propia normativa comunitaria contempla que un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales, rebasa las actividades de mero transporte (*mere conduit*) o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (*caching*) y, en consecuencia, no podrá beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas para dichas actividades.

Por otra parte, la Directiva hace una serie de puntualizaciones de interés a este respecto. En primer lugar, aclara que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establecida en la misma, no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas enderezadas a poner fin a cualquier infracción o a impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

En segundo lugar, añade que, para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el

⁵⁶³ STS (Civil) núm. 773/2009, 9 de diciembre.

almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos, en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrán de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. Lo recogido en la Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos.

La norma va más allá y establece una obligación a los Estados miembros, que no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

Finalmente, reconoce la posibilidad de que los Estados miembros, a pesar de lo establecido en su articulado, exijan a los prestadores de servicios que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.⁵⁶⁴

A la luz de lo expuesto, cabe concluir, dicho muy resumidamente, que los servidores P2P y las páginas de enlaces serán responsables cuando tengan conocimiento de la realización de actividades ilícitas a través de sus programas y de almacenamiento de contenidos ilícitos en sus portales, cuando intervengan de forma activa en su comisión, así como cuando impidan el control sobre los contenidos.

Llegados a este punto, en el marco español, ha de señalarse que la aprobación de la Ley 21/2014, reformadora de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, supuso notables modificaciones también a este respecto. Para comenzar, la reforma operaba una extensión en el ámbito de los sujetos y conductas infractoras en esta materia, propiciando la persecución de las páginas y plataformas de descarga que ordenan y “difunden” los enlaces de descargas. En esta línea, la nueva redacción del artículo 138 TRLPI dispone que el titular de derechos de autor podrá instar el cese de la actividad

⁵⁶⁴ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000.

ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados; además de, con carácter previo, la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141 TRLPI. Igualmente, podrá reclamar las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) TRLPI, así como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 TRLPI, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos legalmente, si bien solo en aquellos casos en que sean apropiadas y aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, tal y como exige la Ley, todas estas medidas deberán cumplir con los requisitos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que, según declara la propia Exposición de Motivos de la ley 21/2014, uno de los objetivos de la reforma de la LPI es, precisamente, *“establecer unos criterios claros respecto de los supuestos en que puede producirse responsabilidad de un tercero que incurre en una infracción de derechos de propiedad intelectual”*. Se trata de supuestos, especialmente comunes en el entorno digital, en el que las conductas vulneradoras cometidas por determinados sujetos son posibilitadas y/o magnificadas por la intervención de terceros, cuya conducta deja de ser una mera intermediación o una colaboración técnica, *“pasando a constituirse en modelos de negocio ilícitos fundamentados en el desarrollo de actividades vulneradoras de terceros a quienes inducen en sus conductas, con quienes colaboran o respecto de cuya conducta tienen facultades de control”*.

Consciente el legislador de la prevalencia de tales conductas, la Ley reformadora establece unos elementos legales básicos para enjuiciar la licitud de las mismas. Estos se concentran en las prescripciones del nuevo art.138 TRLPI, que, básicamente, amplían, como ya se ha señalado, el ámbito de los sujetos infractores, para incluir a quienes induzcan dolosamente la conducta infractora; a los cooperadores con la misma, y a quienes, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuenten con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Por otra parte, la reforma de la LPI de 2014 dotaba a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual -Comisión creada por la ley 2006 y dividida en dos Secciones diferenciadas con funciones diversas -, de unos poderes más amplios en relación con las infracciones cometidas, sobre todo en la red, contra los derechos de

autor, reforzando así su rol de órgano de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. De manera específica, desde ese momento, este ente administrativo será el competente para conocer, en primer lugar, de las reclamaciones formuladas por los interesados en defensa de sus derechos frente a supuestas infracciones, siendo esta resolución la que ponga fin a la vía administrativa.

Así, el artículo 158 *ter* TRLPI establece, en este sentido, que las actuaciones se podrán dirigir, por un lado, contra los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que vulneren los derechos de propiedad intelectual, debiendo atender la Comisión al nivel de audiencia que éstos tengan en España y al número de obras protegidas “*indiciariamente no autorizadas*” a las que permitan el acceso. Por otro lado, también las acciones podrán instarse frente a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que faciliten la descripción o la localización de obras y prestaciones que “*indiciariamente se ofrezcan sin autorización*”, llevando a cabo, para ello, una labor activa y no neutral, que no se limite a la realización de actividades de mera intermediación técnica. En este punto, la norma concreta que, dentro de esta tipología, quedan integrados de modo específico “*quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.*” (artículo 158 *ter* 2.b TRLPI)

Es este mismo precepto, el que, en su apartado 3, como ya se ha comentado *ut supra*, se establece que el procedimiento comenzará de oficio, cuando el titular de los derechos pretendidamente vulnerados denuncie los hechos antes la comisión, siendo requisito indispensable que se demuestre que previamente se ha requerido al prestador de los servicios de la sociedad de la información la retirada del contenido infractor de manera infructuosa. A tal efecto, el precepto considera fallido el requerimiento cuando el infractor no responda o, aún respondiendo, no retire el contenido denunciado en el plazo de tres días a contar desde el envío del requerimiento. Para ello, bastará acreditar el envío de un correo electrónico a la dirección de contacto que el prestador facilite, quedando el denunciante exonerado de esta obligación cuando el pretendido infractor no ofrezca ninguna dirección de contacto en la que comunicarse con él.

La Comisión está dotada, además, en virtud del apartado 4 del mencionado artículo 158 *ter*, de poderes para adoptar las medidas necesarias en aras de la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren éstos, siempre que el

prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Tal y como prevé la norma, las medidas podrán ser de índole técnico o bien tratarse de deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor, con el objeto de asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma. El paso previo a su adopción será el requerimiento al infractor por parte de la Comisión de la interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas, puntualizando el precepto, enfrentándose con ello a jurisprudencia del TS, que la realización de estas conductas por parte del prestador, de manera voluntaria, tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento.⁵⁶⁵

Abundando en el tema de la responsabilidad, es necesario poner de relieve que alguna doctrina aboga por la existencia de una responsabilidad extracontractual, ex artículo 1902 y ss. C.c., en la actuación de las plataformas P2P y portales web, cuando los hechos no sean constitutivos de delito o falta. Se trata de una solución interpretativa de interés, pero, al mismo tiempo, no exenta de problemática dada la dificultad que entraña, en particular, la necesaria acreditación del daño y el establecimiento del nexo de causalidad entre la acción u omisión del agente (aquí el proveedor de enlaces) y el daño efectivamente sufrido⁵⁶⁶. Según esta tesis, la responsabilidad de estos entes es evidente por cuanto sus sistemas no cuentan con filtros que imposibiliten el tráfico de contenido ilegal y, en el caso de las plataformas descentralizadas y/o anónimas, se basaría en su funcionamiento bajo un sistema de difícil o imposible rastreo facilitando así la actividad ilícita. Conforme a esta interpretación, la acción u omisión, elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual, residiría en la puesta a disposición de un programa que posibilita las descargas de contenido protegido, tratándose de una conducta antijurídica al violar, en concreto, dos de los derechos de autor reconocidos expresamente en el TRLPI. Por otra parte, el requisito de la producción de un daño

⁵⁶⁵ Es preciso señalar a este respecto que el mantenimiento en la nueva redacción del precepto de esta previsión: la aceptación de la infracción por la retirada voluntaria del contenido por parte del prestador, contraría la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo que, mediante Sentencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo de 2013, declara la nulidad parcial del artículo 20.2 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, disponiendo que dichos actos en ningún caso podrán suponer el reconocimiento implícito de la comisión de una infracción.

⁵⁶⁶ PEGUERA POCH, M., “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario a la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web elrincondejesus)”, Diario La Ley, Nº 7462, Sección Doctrina, 7 Sep. 2010, Año XXXI, Ref. D-261, Editorial LA LEY.

también se cumpliría al ocasionar un perjuicio moral y patrimonial a los titulares de los contenidos objeto de descarga, así como el requisito de la relación de causalidad, ya que las descargas ilegales se llevan a cabo por medio del software en cuestión.

Partiendo del análisis legislativo que acabamos de hacer, se podría concluir que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad civil directa, siendo necesario precisar si se trata por hecho propio o ajeno. De acuerdo con lo estudiado y la problemática puesta de manifiesto, se evidencia que, en la mayor parte de los casos, nos encontramos ante una responsabilidad civil subjetiva derivada de contenidos albergados por terceros ajenos al ISP, imputable a éste último por mediar negligencia del intermediario en la prestación de su servicio. Al respecto, como señala BUSTO LAGO, se trata de una responsabilidad por hecho ajeno *“porque el ISP tiene capacidad de control sobre la actividad del responsable de los contenidos ilícitos, si bien esto no implica que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria o vicaria, sino de una responsabilidad directa del prestador de servicios de intermediación frente al perjudicado.”*⁵⁶⁷ No obstante lo anterior, la concurrencia de elementos que permitan concluir una responsabilidad del proveedor no obstan para la apreciación, asimismo, de la responsabilidad civil del autor o responsable de la vulneración en sí misma, pudiendo responder solidariamente en los daños en que concurran ambas responsabilidades.

Por otro lado, también nos podemos situar en un escenario de responsabilidad por hecho propio, lo cual existiría, por supuesto, en los casos en que se concluya la labor activa del proveedor o se le entienda como un proveedor de contenidos propiamente dicho, así como en los casos en que el proveedor de acceso origine por sí mismo la transmisión, o bien modifique o seleccione los datos transmitidos (art. 14.1 LSSICE), entre otros⁵⁶⁸. En estos supuestos de responsabilidad directa será de aplicación, en el marco del régimen general de responsabilidad del Código civil, los arts. 1902 y ss. C.c., y el art. 140 (de acuerdo con la antigua numeración antes de la reforma de 2018) TRLPI.

⁵⁶⁷ BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs).”, Nuevos Clásicos. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, 2014; pág. 59

⁵⁶⁸ A la misma conclusión se llegaría en los casos en que “el prestador de servicios de copia temporal modifique la información guardada en la memoria *cache* [art. 15. a) LSSICE] o cuando el proveedor de servicios de acceso o de alojamiento no cese en la transmisión o impida el acceso a determinados contenidos una vez que ha sido requerido al efecto por la autoridad judicial o administrativa competente (ex art. 11.1 LSSICE).” (BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores...”, op. cit.; pág. 60)

En lo que respecta a la categorización de esta responsabilidad como subjetiva, es preciso puntualizar que el análisis de la Directiva 2000/31/CE y la LSSI, lleva a concluir, de acuerdo con la doctrina especializada, la ausencia en general en los ordenamientos jurídicos actuales de un sistema de responsabilidad civil objetivo o subjetivo “puro”, por la existencia de una amplia gama de matices, cuestión sobre la que difiere, sin embargo, otra parte de la doctrina, como YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MÁIZ⁵⁶⁹. Subraya al respecto BUSTO LAGO que *“De acuerdo con lo expuesto en los epígrafes precedentes, se puede apreciar que, tanto la Directiva, como la LSSICE, contemplan un régimen más estricto o más laxo en función de la concreta actividad desarrollada por el ISPG. El ejemplo más claro del prestador sometido al régimen menos estricto es el constituido por el que realiza la actividad de simple conducción de la información (el operador de red y el proveedor de acceso), al que prácticamente se le exonera de responsabilidad civil por contenidos ajenos, frente al ejemplo representado por el ISP que aloja y almacena datos ajenos, que constituiría el ejemplo del prestador sometido a un régimen más estricto de responsabilidad civil.”*⁵⁷⁰

En este punto, debe tenerse en cuenta una interesante aportación de la jurisprudencia, que señala los requisitos para la determinación de la responsabilidad en función de si nos encontramos en un procedimiento deducido de una acción de resarcimiento o de cesación o prohibición, requiriéndose exclusivamente la presencia de la culpa en el caso de ejercicio del primer tipo de acción. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 48/2006, de 20 de abril de 2006, sección 28, en su FD sexto, se establece que *“La acción de resarcimiento de daños por la lesión de los derechos de explotación y/o morales requiere una acción u omisión culpable que haga civilmente responsable al infractor de la vulneración de derechos protegidos. La acción de cesación de la actividad ilícita tiene carácter real y es ejercitable erga omnes, frente a todo aquel que participe en la comercialización, explotación y distribución de la obra producida con lesión de los derechos de propiedad intelectual, con independencia de la buena o mala*

⁵⁶⁹ Para estos autores nos encontramos ante un régimen puramente subjetivo, tal y como demuestran cuando afirman que *“La especialidad del régimen de responsabilidad civil en la propiedad intelectual radica en sede de determinación de los daños resarcibles. A nuestro juicio, el criterio de atribución de los mismos es puramente subjetivo, pues no hay razón que justifique, a falta de precepto del que pueda deducirse lo contrario, que pueda existir la responsabilidad objetiva o sin culpa.”*, añadiendo que *“Obsérvese, pues, el contraste entre la normativa de la propiedad industrial y la (falta de) normativa de la intelectual. La falta de mención por parte de la TRLPI no tiene otra solución que el recurso al régimen general de responsabilidad subjetiva o por culpa del art. 1902 CC.”* (YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MÁIZ, V., “Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual”, Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014).

⁵⁷⁰ BUSTO LAGO, J.M., op.cit.; pág. 60

fe en su actuación, con la única excepción del consumidor final de buena fe (artículo 139.4 TRLPI).”

En cualquier caso, queda evidenciado que el problema dista mucho de estar solucionado, por cuanto, tal y como destaca GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ⁵⁷¹, en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto la ausencia de un criterio unitario en los Tribunales en lo concerniente a la imputación de responsabilidad en el caso concreto de las páginas web de enlaces (cuya actuación es extremadamente similar a la de las aplicaciones P2P). De este modo, existe un nutrido cuerpo de doctrina judicial, en el orden jurisdiccional civil, que opta por eximir de responsabilidad a las citadas páginas web. Cabe citar, a este respecto, la sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010 (caso “*elrincondejesus*”); cuyo fallo reafirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 83/2011, de 24 de febrero de 2011, así como el pronunciamiento de la misma Audiencia Provincial de Barcelona 301/2011, de 7 de julio de 2011 (caso “*Indiceweb*”) y, anterior en el tiempo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20 de diciembre de 2007 (caso *iurarech*), resoluciones todas ellas que no hacen más que seguir la línea de tendencia de otros numerosos pronunciamientos anteriores, gran parte de los cuales se limitan al sobreseimiento de la causa o a la denegación de la aplicación de medidas cautelares en este tipo de casos (Auto Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 20 de diciembre de 2006⁵⁷²; Auto Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2007, de sobreseimiento que sería confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª mediante Auto de 11 de septiembre de 2008; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 20 de diciembre de 2007; Auto 185/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009 (caso *Índice-web*); Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009 (caso *ajugero.com*); y Auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva, de 13 de noviembre 2009, por el que se levantan las medidas cautelares (caso *Etmusica/Elitemula*), entre otras muchas). En dichas resoluciones se aplica el criterio de la ausencia de responsabilidad de las páginas web de enlaces y plataformas P2P al no realizar un acto

⁵⁷¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en material de Propiedad Intelectual. Un estudio comparado*; op. cit.

⁵⁷² Pronunciamiento judicial correspondiente al orden penal, pero cuya conclusión de exoneración de responsabilidad se hace extensible al ámbito civil al exculpar al administrador de la realización de acto de comunicación pública al albergar enlaces torrent en la página web que gestionaba

de comunicación pública, llegando a considerar la Sentencia 67/10 del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona que la descarga por los usuarios tampoco es ilegal encontrando amparo en la copia privada. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 22 de julio de 2014 (caso “quedelibros”), se afirma textualmente que *“los prestadores de servicios de intermediación no son los que realizan la conducta vulneradora de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, pues no ponen a disposición del público las obras protegidas, los que las reproducen o copian, etc... La conducta vulneradora de la legalidad la cometen las personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información, aunque eso sí sirviéndose en mayor o menor medida de los correspondientes servicios de intermediación.”*

No obstante, frente a esto, cabe destacarse la postura de la Audiencia Nacional que, apoyándose a su vez en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2014, no. C-348/13 (BestWater International), de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519 y 13 de febrero de 2014, núm. C-466/12 (caso Svensson), concluye en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), que *“la provisión de enlaces que conducen a contenidos protegidos constituye un acto de comunicación y que dicho acto de comunicación es al público cuando se dirija a un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.”* (Fundamento de Derecho Séptimo), siguiendo con ello la misma posición tomada en su Sentencia de 17 de octubre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

Es previsible, sin embargo, que paulatinamente, tras la entrada en vigor de la comentada reforma del TRLPI, se vaya consolidando un cambio de rumbo definitivo en la praxis forense, sin perjuicio de que el reforzamiento de poderes de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual esté mostrando ya sus frutos en lo que a persecución de páginas web de enlaces se refiere, quedando claro en la nueva redacción de la Ley que la actividad llevaba a cabo por estos portales web no es legal. Al respecto, el primer pronunciamiento que encontramos en un órgano judicial tras la reforma, corresponde al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Madrid, con fecha 27 de marzo de 2015, por el que se ordena a los proveedores de servicios de acceso a

Internet a la suspensión y bloqueo en España en el plazo de 72 horas de dichos servicios a todos los dominios identificados del grupo “*The Pirate Bay*”; en la misma línea falla el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de La Coruña, en su Sentencia n. 247/16, de 22 de noviembre de 2016, en la que se condena, en este caso por violación de los derechos afines o conexos a los derechos de autor, a la página web “*Rojadirecta*”, por la difusión de enlaces a contenidos deportivos online, sin autorización de sus titulares. Visto lo anterior, se debe destacar una de las más recientes sentencias sobre esta cuestión, recaída también sobre el portal “*Rojadirecta*”, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 1 de febrero de 2017. En este caso, tras el análisis de las pruebas por el juez, llega a la conclusión de que tal portal actúa realmente como un proveedor de contenidos y no como un prestador de servicios de almacenamiento, por ser el que *sube* los contenidos, los ordena y gestiona⁵⁷³, concluyendo que su actividad de enlazado hacia contenido protegido constituye una explotación no consentida y por ende ilícita.

Cabe traer a colación aquí un interesante apunte derivado de la mencionada sentencia, por cuanto destaca que, aún en el caso de que no se pudiera concluir la pertenencia a la categoría de proveedor de contenidos en la página de enlaces y fueran los usuarios quienes subieran las obras, se consideraría ilícita la actividad desarrollada por el prestador; así determina que *“podemos concluir que aun cuando quisiera sostenerse que son usuarios ajenos a la demandada, lo cual se afirma a los meros efectos dialécticos, los que proveen el contenido de la web, habríamos necesariamente de*

⁵⁷³ Así, se considera probado en la mencionada sentencia, en su Fundamento de Derecho 3º, que “*La carga de las emisiones y su clasificación en el correspondiente epígrafe en función del evento del que se trate responde a la exclusiva actividad de la demandada. No se trata de una plataforma en la que los usuarios emplacen o publique enlaces: es la propia administradora de la web la que los introduce, y lo hace con pleno conocimiento de su contenido, pues sólo así se explica que pueda catalogarlo y definirlo e insertarlo en el epígrafe correspondiente del evento publicado.*”, añadiendo que “*Roja directa no se limita a realizar un papel auxiliar o de mera intermediación como haría un motor de búsqueda en internet que facilitaría al internauta un listado de de enlaces generados automáticamente a partir de la petición formulada (Google); ROJA DIRECTA preconfigura un índice de enlaces a contenidos por ella conocidos, anclando dichos contenidos en su página de manera estable mediante la técnica del enlazado, de tal forma que esa configuración es la misma para todo visitante de su página en un momento dado. Gracias al ensamblaje o enmarcado de las emisiones y transmisiones, están aparecen ante el internauta como recursos puestos a su disposición por el administrador de la web. Es pues un autentico proveedor de contenidos y no un mero intermediario, siendo indiferente en base al derecho que se invocará que, se enlace a servidores externos (páginas web ajenas) en lugar de alojar los contenidos en su servidor propio y trazar hacia ellos enlaces internos.*” Complementando esto, en un punto posterior del mismo FD 3º se destaca por el Juzgado que “*Concluimos necesariamente con la existencia de indicios varios y contundentes en cuanto a la responsabilidad de los administradores de la web en cuanto a la inserción de los enlaces de su catalogación y ubicación en los epígrafes correspondientes en el índice de contenidos y en definitiva de que el administrador de la web ejerce un control absoluto sobre los enlaces subidos y sus contenidos, llevando a cabo una gestión editorial que impide considerar la web como un alojador, como youtube que publica y comparte videos sin discriminación de contenido.*”

concluir de idéntica forma que, PUERTO 80 PROJECT, S.L. a través de ROJA DIRECTA efectúa actos de comunicación pública desde el mismo momento de su intervención deliberada sin la cual dichos usuarios no podrían beneficiarse de las obras difundidas.”⁵⁷⁴ Tal criterio se fundamenta en este caso en la consideración del prestador del servicio como cooperador necesario en la conducta vulneradora, señalando por tanto que “*hasta el punto de que, aun en el caso de que quisiéramos negar cuanto ha sido expuesto en fundamentos de derecho anteriores, y partir de la verdad formal de todas las alegaciones que expone la parte demanda –roja directa es un mero motor de búsqueda habríamos de concluir en su condición de cooperador necesario con la actividad de terceros en tanto que contribuiría abiertamente a que al gran público accediera a los contenidos protegidos insertados en páginas que no gozan de libre acceso, y reservadas la público abonado*” (FD 4º)⁵⁷⁵. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el juzgador descarta que “*rojadirecta*” quede amparado por la exención de responsabilidad del art. 17 LSSI, haciendo hincapié en que “*partiendo de la condición desacredita de ser Roja Directa de un mero alojador de contenidos, necesariamente habríamos de concluir en la capacidad deductiva de los responsables de la web para valorar con un alto grado de probabilidad que a través de los códigos alfanuméricos en que consisten los enlaces que se despliegan luego se selecciona un evento del índice, se alcanzaba el visualizado de retransmisiones deportivas desde ubicaciones tan sólo accesibles para los abonados de los correspondientes canales.*” (FD 4º)

⁵⁷⁴ Para ello se apoya en que “*La evidencia de los hechos lo demuestra más allá de cualesquiera explicaciones de técnicas: ROJA DIRECTA propone una agenda deportiva actualizada; recoge, almacena y propone con una presentación relevante y cronológica y por tipo de deporte enlaces supuestamente mandados por terceros que permiten ver en directo o en ligero diferido los partidos de actualidad; ejerce un control absoluto y directo y una gestión editorial de los contenidos y por consiguiente no puede considerarse como un alojador, como youtube que publica y comparte videos sin discriminación de contenido.*” (FD 3º)

⁵⁷⁵ Así se apuntaba ya en el Auto de la sección 28ª de la AP de Madrid en sede de medidas cautelares donde se recogía que “*el titular del sitio enlazado responde de los contenidos que coloca en la red y si éstos están protegidos infringe la propiedad intelectual o el derecho ajeno digno de protección. Pero también será responsable el prestador del servicio de enlaces si éste ya no se mantiene en una postura de neutralidad, es decir, si colabora de algún modo con la actividad infractora o conoce de la ilicitud de los contenidos y no actúa para evitarla. Si éste es sabedor de que el contenido enlazado al que está facilitando el acceso ocasiona perjuicio a derechos de tercero incurrirá en responsabilidad. (...) Conductas de esa índole, en las que el prestador del servicio despliega conductas activas de tratamiento, clasificación e indexación de la información, entrañan una ruptura de la neutralidad por parte de aquél y ello con independencia de quien le proporcione inicialmente el enlace y de la tecnología que luego se esté usando para el contacto entre los enlazadores (P2P, streaming, etc) si con ello lo que se produce es un mismo resultado*”.

Sin embargo, es necesario precisar que, frente a la postura mayoritaria a la que se acogen, como hemos visto, gran parte de los Tribunales y Jueces nacionales, en la actualidad el sentido de algunos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no permiten concluir de manera expresa y sin ambages la ilicitud de la conducta de la compartición de archivos. En este punto es preciso destacar la conocida Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 21 de octubre de 2014, en el asunto C-348/13 (Caso “BestWater”), así como aquella de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12 (Caso “Svensson”), donde, si bien no se valora de modo concreto el caso de las páginas de recopilación de enlaces de descarga de obras protegidas, subrayando la exigencia de “público nuevo”, se entiende que el embebido de links supone una “puesta a disposición” pero no una “comunicación pública” que requiera la autorización del autor, cuando esta actividad en sí misma no posibilite el acceso a la obra a un público distinto o mayor, en los casos en que se limiten a enlazar al usuario con la obra contenida en otro portal de acceso público, tal y como pone de relieve DE LA IGLESIA⁵⁷⁶. No obstante, la ya comentada Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª) de 26 de noviembre de 2014 (Fundamento de Derecho séptimo), establece que en el caso de las páginas web de enlaces torrent si se da esa comunicación a un público nuevo, entendiendo que *“Dichos criterios contenidos en las referidas Sentencias [Caso Svensson y Caso BestWater] son aplicables al supuesto que nos ocupa, pues la sociedad actora como responsable de www.multiestrenos.com tenía un control de los instrumentos específicos de localización de contenidos facilitados en su página web, incluidos Torrents, que permiten el acceso a las obras cuestionadas, mediante la utilización de programas como uTorrent, con lo que se producía un acto de comunicación. Por otro lado, el público al que se dirigía dicha comunicación no estaba comprendido en la comunicación inicial al público autorizado por los titulares de derechos, pues no habían autorizado la explotación libre de restricciones en Internet de su obra.”*

Con todo, incluso el requisito del “público nuevo” al que se ha hecho referencia y que enarbola el Tribunal Europeo, resulta controvertido por parte de la doctrina, como es el caso de FICSOR que defiende que *“la teoría del público nuevo como requisito para considerar que se produce un acto comunicación pública es errónea y el origen de tal*

⁵⁷⁶ DE LA IGLESIA ANDRÉS, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea en el Caso Svensson: Sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 37, 2014, págs. 123-127.

*error radica, por un lado, en una falta de sometimiento a las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (buena fe, contexto del tratado, objeto y fin) y por el otro, de un incorrecto uso de las fuentes para la interpretación del Convenio de Berna.”*⁵⁷⁷ Esta misma idea subyace en la “Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos” de la OMPI⁵⁷⁸, así como en el Informe del Comité Ejecutivo de ALAI (Asociación Literaria y Artística Internacional), de 16 de septiembre de 2013, relativo al derecho de puesta a disposición y comunicación al público⁵⁷⁹, donde se afirma que *“Il est évident que, même selon les critères exposés par la CJUE, le public n’a pas besoin d’être « nouveau » en ce sens qu’il n’est visé que par un seul communicateur diffusant un contenu particulier. Ce qui importe c’est que ce groupement soit également un public dans chaque contexte de communication, que les œuvres mises à sa disposition par radiodiffusion lui soient également accessibles via Internet ou par d’autres moyens techniques.”*⁵⁸⁰

En esa misma línea, autores como SÁNCHEZ ARISTI y MASSAGUER FUENTES⁵⁸¹ defienden la inclusión del enlazado a contenidos en la “comunicación pública” en el supuesto ya contemplado en el artículo 20.2 apartado i) sin necesidad de crear ninguna categoría novedosa, al entender que *“el hecho de que una explotación sea subsiguiente o subsidiaria con respecto a una explotación anterior o primaria, no es óbice para calificarla como tal, siendo numerosos los ejemplos que pueden ponerse de actos de explotación encadenados, en los que el cese de la explotación inicial determina el de todos los demás actos de la cadena”*⁵⁸², lo que conecta a juicio del autor la conducta de almacenar y permitir la descarga del archivo con la de facilitar el acceso a dichas páginas y contenidos. De este modo, SÁNCHEZ ARISTI afirma que *“la puesta a disposición del público stricto sensu únicamente comprende el tramo central del*

⁵⁷⁷ Conferencia de MIHÁLY FICSOR en Programa Master Class 2014/15 IA-OMPI, fecha 23 de octubre de 2014 en el Instituto de Autor, que se puede visionar en la dirección web: <https://www.youtube.com/watch?v=fdIy3RqWzFk>

⁵⁷⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, publicación núm. 891.

⁵⁷⁹ ALAI, “Rapport e Avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l’environnement Internet – avec l’accent sur les techniques d’établissement de liens sur Internet”, 16 septiembre de 2013, www.alai.org.

⁵⁸⁰ ALAI, op. cit, pág. 7

⁵⁸¹ MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el ámbito digital”, *Revista de propiedad intelectual*, núm. 13, enero-abril 2003.

⁵⁸² SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2012, parte Estudio Editorial, Aranzadi, Pamplona, 2012; pág. 26

proceso descrito, esto es, desde que el contenido subido a la red pasa a estar localizable o disponible para el público y hasta que se produce, en su caso, el acceso a ese contenido por parte de cada miembro del público dando el paso técnico necesario para demandarlo o solicitarlo.”⁵⁸³ De este modo, el autor sostiene que en el acto de enlazar a un contenido accesible para el público en internet se evade únicamente una de las fases de la puesta a disposición como proceso complejo, que es la de *subir* el archivo a la red. Es por ello que, autores como RIVERO HERNÁNDEZ⁵⁸⁴ defienden que se trata de un acto puro de puesta a disposición del público, al destacar que la conducta relevante a tal efecto no es el “*uploading*” sino el hacer localizable el archivo que ya se encuentra online, de manera que el enlazador se puede decir que contribuye incluso a aumentar la difusión y facilidad y rapidez de acceso a los contenidos.

Con ello, como el citado autor sostiene, se concluiría que, el enlazador, en su conducta, simplemente, se ahorra el primer tramo del proceso de explotación, consistente en la reproducción inicial de la información (la subida del archivo a la red), función ya realizada previamente por otro sujeto, lo cual hace innecesario volver a almacenarlo. Tal posición es compartida por otros autores – además de por el Abogado General WATHELET⁵⁸⁵ –, así, en primer lugar GARROTE FERNANDEZ DÍEZ sostiene que un enlace de superficie no es más que una dirección URL⁵⁸⁶, “*un mero dato fáctico que no realiza ningún acto de comunicación pública*”, ya que “*al activarlo no conduce a la obra o prestación protegida, sino a la página inicial de un sitio web*”⁵⁸⁷; por otro lado, DE MIGUEL ASENSIO, quien subraya que “*la mera inclusión de enlaces de hipertexto a páginas web de terceros no constituye en los supuestos típicos un acto de infracción de derechos de propiedad intelectual*”⁵⁸⁸, posición asimismo compartida por TORRES LÓPEZ, quien entiende que “*la idea de considerar a los enlaces como actos de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición es errónea debido a la*

⁵⁸³ SÁNCHEZ ARISTI, R., op. cit., pág. 27

⁵⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al artículo 17”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Tecnos, Madrid, 2007.

⁵⁸⁵ WATHELET, M., *Conclusiones del Abogado General*, sobre el asunto Asunto C-160/15, de 7 de abril de 2016. Disponible para su consulta en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626&doclang=ES>

⁵⁸⁶ Una URL es “*el acrónimo de (Uniform Resource Locator), localizador uniforme de recursos y permite localizar o acceder de forma sencilla cualquier recurso de la red desde el navegador de la WWW.*” Fuente: <http://www2.uca.es/serv/sc/manual-html/url.htm> .

⁵⁸⁷ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I, *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª edición, Editorial Comares, Granada, 2003.

⁵⁸⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, 5ª edición, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015.

propia naturaleza de la actividad de enlazar. Así, quien coloca un hipervínculo que dirige a una obra sujeta a derechos de autor únicamente está facilitando el hallazgo de la misma, dado que previamente un tercero ha tenido que llevar a cabo dicha puesta a disposición al público. En todo caso, la admisión de los enlaces como actos de comunicación pública debería llevar aparejada la premisa de que la intervención de la persona que coloca el hipervínculo deba ser indispensable”⁵⁸⁹.

Esta postura de calificación de los enlaces de descarga y visionado dentro del ámbito del derecho de comunicación pública se ha visto recientemente confirmado por parte del TJUE. Éste, en su Sentencia de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, ha venido a clarificar en gran medida el encuadre de tales conductas, determinando en qué condiciones implica una vulneración de tal derecho exclusivo. Según el Tribunal europeo Luxemburgo, el concepto de comunicación pública debe interpretarse en un sentido amplio, de acuerdo con la Directiva 2001/29, y entenderse configurado por dos elementos inseparables: el “acto de comunicación” en sí mismo, y su comunicación a un “público”, pero habiendo necesariamente de ser analizado de forma individualizada. Para esto último, de acuerdo con los jueces de Luxemburgo, deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma e interdependientes, y, *“Dado que estos criterios, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas”* (p. 34 Sentencia). Tales criterios son, de un lado, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención⁵⁹⁰, y de otro lado, el concepto de “público”⁵⁹¹ que, según el Tribunal, se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas⁵⁹² y, por último, el carácter lucrativo.

⁵⁸⁹ TORRES LOPEZ, J., “Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la provisión de enlaces en internet (...)”, op. cit.

⁵⁹⁰ De acuerdo con la Sala, *“este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”* (p. 35 sentencia)

⁵⁹¹ A tal concepto de “público” hace referencia AREZZO, añadiendo que, *“indeed, what is important is not the (economic) relevance of the single user but the cumulative effect created by the number of people who simultaneously, or in succession, may access the work.”*, como se pone de relieve en las Sentencias del TJUE, SGAE vs. Rafael Hoteles, y SCF vs. Marco Del Corso. (AREZZO, E., “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson?”, IIC; international review of industrial property and copyright law, 45(5), agosto 2014; pg. 524-555; pág. 534.

⁵⁹² Añade el Tribunal a este requisito del “público”, que la obra protegida sea *“comunicada con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un «público nuevo», es*

Basándose en este análisis individualizado y en la aplicación de los anteriores criterios, el TJUE determina que “cuando la colocación del hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente, que dicha obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor. (p. 47 Sentencia) A lo anterior, añade que, “En efecto, tal persona, si bien pone dicha obra a disposición del público ofreciendo a los demás internautas un acceso directo a la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, EU:C:2014:76, apartados 18 a 23), no actúa, por lo general, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet. Además, cuando la obra en cuestión ya se encontraba disponible sin ninguna restricción de acceso en el sitio de Internet al que permite acceder el hipervínculo, todos los internautas podían, en principio, tener acceso a ella incluso sin esa intervención.” (p. 48 Sentencia)

En sentido inverso, entiende el Tribunal que sí existe una “comunicación al público”, en violación del derecho exclusivo de autor en otros supuestos. Así, en primer lugar, cuando se ha acreditado que tal persona sabía o debía saber que el hipervínculo que ha colocado da acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet, por ejemplo, al haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor. En segundo lugar, en el supuesto de que tal vínculo permita a los usuarios del sitio de Internet en el que se halla eludir medidas de restricción adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra protegida con el objeto de limitar el acceso al mismo por parte del público a sus abonados únicamente, al constituir entonces la colocación de tal vínculo una intervención deliberada sin la cual dichos usuarios no podrían beneficiarse de las obras difundidas. En tercer lugar, cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual

decir, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público” (p. 37 sentencia).

falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor.⁵⁹³ (p. 49 a 51 sentencia). Para la apreciación del acto de comunicación al público en todos los casos anteriores, el Tribunal, no obstante, reclama la presencia del “público nuevo”, al que se ha hecho ya mención, y de acuerdo con el sentido dado en la Sentencia del caso Svensson.

De modo específico, con respecto a la responsabilidad por tales conductas, es preciso destacar la apreciación que hace el Tribunal cuando dispone que los titulares de los derechos de autor pueden actuar no sólo contra la publicación inicial de su obra en un sitio de Internet, sino también contra toda persona que coloque con ánimo de lucro un hipervínculo que remita a la obra publicada ilegalmente en ese sitio así como, en las condiciones expuestas en los apartados 49 y 50 de la sentencia⁵⁹⁴, contra personas que hayan colocado esos vínculos sin ánimo de lucro.

Introduce, asimismo, el Tribunal de Luxemburgo la potestad de tales titulares, “*en cualquier circunstancia*”, de “*informar a tales personas del carácter ilegal de la publicación de su obra en Internet y de actuar contra ellas en el supuesto de que se nieguen a eliminar ese vínculo sin que éstas puedan invocar alguna de las excepciones enumeradas en el mencionado artículo 5, apartado 3.*” (p. 53)⁵⁹⁵

Aún de forma más reciente, el TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15, Stichting Brein vs Ziggo BV y XS4ALL Internet BV, en el que se enjuicia el servicio prestado por el controvertido portal web “The Pirate Bay”⁵⁹⁶ ha reafirmado su doctrina de considerar actos de comunicación pública las conductas basadas en la compartición de enlaces tipo *torrent*, que redireccionan al contenido infractor en el marco de la una plataforma de tipo P2P que permite su descarga. En este

⁵⁹³ En tal punto, complementa el TJUE, que “En tales circunstancias, y siempre que esta presunción *iuris tantum* no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.” (p. 51)

⁵⁹⁴ En los casos en que haya conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, habiendo sido advertido de ello, o cuando se permita la inhabilitación de medidas de restricción para el acceso a la información.

⁵⁹⁵ En definitiva y de modo resumido, el TJUE falla concluyendo que “*el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que, para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento.*”

⁵⁹⁶ Un resumen de los hechos se puede encontrar en IASELLI, M., “The Pirate Bay viola il diritto d’autore” Nota alla sentenza della Corte di Giustizia UE sez. II 14/06/2017 n. C-610/15, *Altalex*, Nuove Tecnologie, julio 2017, Wolters Kluwer.

pronunciamento, el TJUE entiende que *“En segundo lugar, si bien es verdad, como ha señalado el tribunal remitente, que las obras que se ponen a disposición de los usuarios de la plataforma de intercambio en línea TPB han sido subidas a esa plataforma no por los administradores de ésta, sino por sus usuarios, no es menos cierto que dichos administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal, intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros torrents que permiten a los usuarios de ésta localizar esas obras y compartirlas en una red entre pares (peer-to-peer). A este respecto, como ha señalado en esencia el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, de no existir la puesta a disposición y la gestión de esos administradores, dichas obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo”*. (ap. 36), concluyendo que los administradores de la plataforma desempeñan una labor imprescindible en la puesta a disposición de los contenidos infractores⁵⁹⁷. El Tribunal concluye con meridiana claridad que los administradores de la plataforma, además, no se limitan a una mera “puesta a disposición”, para lo cual concreta una serie de elementos a tener en cuenta que permiten encuadrar la actividad de la plataforma dentro de la “comunicación pública”. Establece, así, que *“no puede considerarse que los administradores de la plataforma de intercambio en línea TPB realizan una «mera puesta a disposición» de instalaciones necesarias para facilitar o efectuar una comunicación en el sentido del considerando 27 de la Directiva 2001/29. En efecto, en la resolución de remisión se indica que esta plataforma indexa ficheros torrents, de manera que las obras a las que tales ficheros remiten puedan ser fácilmente localizadas y descargadas por los usuarios de dicha plataforma de intercambio. Además, de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se desprende que la plataforma de intercambio en línea TPB propone, además de un motor de búsqueda, un índice que clasifica las obras en diferentes categorías, basadas en la naturaleza de las obras, su género o su popularidad, dentro de las que se reparten las obras que se ofrecen, y que los administradores de la plataforma comprueban que*

⁵⁹⁷ En el ap. 37 del pronunciamiento en cuestión sostiene el Tribunal que *“En consecuencia, debe considerarse que, mediante la puesta a disposición y la gestión de la plataforma de intercambio en línea TBP, los administradores de ésta ofrecen a sus usuarios un acceso a las obras de que se trata. Por ello, puede entenderse que desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras.”*

cada obra se coloque en la categoría adecuada. Por otro lado, los administradores suprimen los ficheros torrents obsoletos o erróneos y filtran de manera activa algunos contenidos.” (ap. 38). Partiendo de lo anterior, la sentencia resulta de todo punto clarificadora en cuanto al encuadre de la responsabilidad de los gestores de la plataforma de enlaces, por cuanto determina de manera contundente que *“el concepto de «comunicación al público» utilizado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer).”* (ap. 48), apoyándose para ello, además, en la existencia de un público nuevo y de un ánimo de lucro, atendiendo a los ingresos que percibe por publicidad⁵⁹⁸.

El TJUE reitera doctrina en su sentencia de 26 de abril de 2017, asunto *Stichting Brein vs Jack Frederik Wullems*, C-527/15, en el que se dirime la responsabilidad de un proveedor de dispositivos decodificadores que permiten el acceso a obras en línea ofrecidas sin la autorización de los autores. De manera principal, en lo atinente a la problemática que aquí interesa, el Tribunal determina que *“el Tribunal de Justicia ha subrayado, en primer término, el papel ineludible del usuario. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”* (ap. 31), conclusión por completo aplicable a la conducta de los proveedores en línea analizados en esta tesis doctoral. A ello se añade que *“Puesto que esta operación permite establecer una conexión directa entre los sitios de Internet que difunden obras pirateadas y los compradores del reproductor multimedia, sin la cual estos últimos difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas, la referida actividad no se confunde con la mera puesta a disposición de instalaciones materiales mencionada en el considerando 27 de la Directiva 2001/29. A este respecto, de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se*

⁵⁹⁸ Se recoge textualmente en el pronunciamiento que *“Por otra parte, no cabe cuestionar que la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio de línea como la controvertida en el litigio principal se realiza con el fin de obtener un beneficio, toda vez que esta plataforma genera ingresos publicitarios considerables, como resulta de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia.”* (ap. 46)

desprende que los sitios de Internet de difusión en flujo continuo de que se trata en el litigio principal no son fácilmente identificables por el público y, en la mayoría de los casos, cambian a menudo.” (ap. 41).

A partir de ahí el Tribunal valora la conducta consistente en albergar hiperenlaces que conducen a obras protegidas alojadas ilegalmente en páginas de terceros sin el consentimiento de los titulares de derechos de autor. Al respecto, señala de forma muy clara que *“Así, el Tribunal de Justicia ha declarado, en primer término, que, cuando se ha acreditado que una persona que ofrece un acceso directo a obras protegidas sabía o debía saber que el hipervínculo que ha colocado da acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet, procede considerar que el suministro de dicho vínculo constituye una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.” (ap. 49),* lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad de las páginas y plataformas que se limitan a redirigir al usuario al contenido, a pesar de no ser quien efectivamente ofrece el contenido infractor. Dando un paso más, en el caso de que resulte probada la presencia del ánimo de lucro en la conducta de este tipo proveedores, el Tribunal estima la concurrencia de una presunción iuris tantum de conocimiento del contenido enlazado, lo que deriva, en el mismo sentido, en la existencia de responsabilidad del enlazador. En concreto subraya que *“Por último, el Tribunal de Justicia ha indicado que, cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor. En tales circunstancias, y siempre que esta presunción iuris tantum no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29” (ap. 49).*

Por la conexión evidente con tales sentencias se debe hacer mención, llegados a este punto, a una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que implica ya la plena recepción en España de la novedosa interpretación sentada por el TJUE sobre la responsabilidad de las páginas de enlaces a portales de descarga ilícita de obras

protegidas. Se trata de la Sentencia AP Madrid, Sección 28º, núm. 550/2017, de 4 de diciembre de 2017, que enjuicia la responsabilidad de la página de enlaces “sharemula”⁵⁹⁹, tras la demanda interpuesta por la entidad PROMUSICAE y varias productoras. En ella, la AP se apoya principalmente en la doctrina contenida en algunas de las sentencias del TJUE que hemos comentado *ut supra* –como es el caso de la relativa a “the pirate bay”, “Svensson”, “GSMedia” y “FilmSpeller”-.

De manera inicial, el Tribunal rechaza la posibilidad de aplicación del art. 138. II del TRLPI español, con la nueva redacción que ostenta desde la reforma operada por la Ley 21/2014, por no encontrarse en vigor en el momento de la supuesta infracción. Como ya se ha tenido oportunidad de subrayar con anterioridad en esta tesis, tras la entrada en vigor de dicha modificación, se prevé de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad por cooperación en infracción ajena en este campo⁶⁰⁰. Para ello se basa en el criterio mantenido por el mismo Tribunal en su pronunciamiento de 31 de marzo de 2014, núm. 631/2012, en el que se concluye que *“sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, falta un soporte jurídico suficientemente sólido para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito.”* Por otro lado, y ya en lo concerniente a la responsabilidad directa por la realización de un acto de comunicación pública, los juzgadores destacan que, en el caso analizado, *“los enlaces permiten conectar a los usuarios con el ordenador que alberga el archivo buscado, de manera que se facilita el acceso a obras protegidas, que se ponen a disposición de los usuarios sin autorización de los titulares de derechos afines”*. Partiendo de ello y apoyándose en la argumentación esgrimida por el Abogado General y el TJUE en el caso “The Pirate Bay”, concluye la Audiencia que *“la actividad de los gestores o titulares de sitios intermedios con enlaces que permiten que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros*

⁵⁹⁹ Con el objeto de no caer en una excesiva reiteración y puesto que ya se ha analizado sobradamente a lo largo de esta tesis en qué consiste este tipo de servicio en línea, no entraremos a estudiar los pormenores de la conducta de la página en cuestión.

⁶⁰⁰ Así, en la propia Exposición de Motivos de la norma se recogía que *“se prevé que será considerado como infractor quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”*.

usuarios constituye un acto de comunicación”. En conexión con lo anterior, el Tribunal considera probado, tras la práctica de las pruebas aportadas, que los gestores de la página de enlaces conocían la ilicitud de los archivos enlazados, subrayando que el archivo previo de la causa penal para nada obsta para que se dirima la cuestión por la vía civil. Con ello, determina que la actividad llevada a cabo por tal proveedor es una comunicación al público no autorizada de obras protegidas por los derechos de autor, por lo que es calificada de ilícita (ap. 23). Asimismo, el órgano jurisdiccional enjuiciante agrega que los gestores de la plataforma, además de conocer la ilicitud del contenido, habían sido advertidos previamente con la reclamación de cese de la actividad, por lo que no cabe el acogimiento a la exención de responsabilidad prevista en el art. 17 LSSI. En definitiva, la AP de Madrid resuelve el litigio dictaminando que *“la demandada facilita el acceso a obras protegidas y sobre esta base desarrolla su negocio con pleno conocimiento de causa, es decir, realiza una actividad ilícita en los términos expuestos por el Tribunal de Justicia en la sentencia TPB, en cuanto el concepto de “comunicación al público” debe interpretarse en el sentido de que comprende la puesta a disposición y la gestión en internet de una plataforma de intercambio”* (FD 2, ap. 24).

Manteniéndonos centrados en la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, una reciente sentencia del TJUE ha vuelto a analizar los conceptos de comunicación al público y reproducción, conectados con la adecuación, dentro del ámbito de la excepción de copia privada, del almacenamiento y reproducción en línea de contenidos de autor en el contexto de los servicios de “cloud computing” o “en la nube”. Se trata de la sentencia TJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16, VCAST Limited vs RTI Spa, que analizaremos junto a la sentencia del mismo Tribunal europeo, de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, Reha Training, por la interconexión de ambas en algunos presupuestos.

Al respecto, por su relevancia, partiremos del estudio previo de las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-265/16, Maciej Spuznar, de 7 de septiembre de 2017. Como presupuesto inicial, el Abogado General condensaba los puntos críticos en dos: en primer lugar, si teniendo presente que para efectuar una reproducción en la nube es necesaria la intervención de un tercero, ésta se puede considerar amparada dentro de la excepción, considerándose pese a todo realizada “por” el usuario; y, en segundo lugar, el análisis de los límites de la copia privada en lo relativo al origen de la obra

reproducida. Como elemento principal, se destaca, desde el comienzo de la fundamentación del Abogado General, que el servicio prestado por VCAST queda amparado por el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). No obstante, señala que la jurisprudencia europea ya ha dejado sentado el criterio de que la protección de los derechos de autor “*constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios*”, como se determina, entre otras, en la sentencia TJUE de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08), pese a lo cual, tratándose de una materia armonizada, si la actividad se considera ilícita en aplicación del derecho de la Unión, queda justificada la limitación de tal libertad.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo tocante a la subsunción de esta actividad dentro de la excepción de copia privada, teniendo en cuenta la intervención de un tercero, equipara la función del prestador en línea de almacenamiento a la del facilitador de los soportes en la copia física o incluso digital pero en soporte tangible, algo que se apoyaría también en anteriores sentencias del TJUE – p. e., sentencia de 5 de marzo de 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12)⁶⁰¹-, por lo que se muestra favorable a una respuesta afirmativa a tal cuestión⁶⁰². Así, defiende que “*No creo que esta forma de reproducción deba excluirse del ámbito de aplicación de la excepción de copia privada por el mero hecho de que la intervención de un tercero vaya más allá de una mera puesta a disposición de soportes o equipos. Mientras sea el usuario quien tome la iniciativa de la reproducción y quien determine el objeto y las modalidades de la misma, no veo una diferencia decisiva entre ese acto y la reproducción realizada por el mismo usuario mediante equipos manejados directamente por él.*” (ap. 25)⁶⁰³. Asimismo subraya que la hipotética posibilidad de que los contenidos almacenados en la nube como copias privadas se compartan con otros sujetos indeterminados vía online puede ser determinante para excluir el almacenamiento en los servicios de cloud computing del

⁶⁰¹ En este caso el TJUE determinó que surgía la preceptibilidad de la compensación por copia privada cuando ésta se ha efectuado mediante un dispositivo perteneciente a un tercero.

⁶⁰² Sostiene así literalmente el Sr. Spuznar que “*Aun cuando esta puesta a disposición se efectúa en la mayoría de los casos mediante la venta de soportes o de equipos y la compensación recae sobre el precio de dicha venta, no existe, a mi juicio, ningún obstáculo de principio que impida que lo que se ponga a disposición del público sean capacidades de almacenamiento en la nube*” (Ap. 24)

⁶⁰³ Sobre esta cuestión, además, puntualiza que la presencia del ánimo de lucro en el proveedor del almacenamiento no supone ninguna interferencia en la inclusión dentro de la copia privada, ya que la normativa tanto europea como italiana – las afectadas en el procedimiento en cuestión – sólo exigen la ausencia de fin comercial en la persona física que *efectivamente* realiza la copia. (ap. 26 Conclusiones).

ámbito de la excepción *per se*. Con ello, llega a la conclusión de que el art. 5 apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 no se opone a que “*la reproducción efectuada al amparo de la excepción prevista en dicho artículo se realice en un espacio de almacenamiento «en la nube»*”.

Por otro lado, en lo que respecta al requerimiento de acceso lícito como presupuesto inicial para que podamos hablar de copia privada, la cuestión ha quedado amplia y reiteradamente resuelta por la jurisprudencia europea anterior⁶⁰⁴, pero recuerda que “*Como ya se ha señalado, no es preciso que este acceso pase forzosamente por la compra de un soporte material que contenga la obra. Puede tener lugar en el marco de una comunicación de la obra al público con la autorización de los titulares de los derechos de autor.*” (p. 33). No obstante, para el Abogado General el tipo de servicio prestado por el proveedor en el caso concreto enjuiciado –un servicio en la nube que, sin contar con la autorización de los titulares de derechos, daba acceso a contenidos en línea retransmitidos por canales satélite, permitiendo grabarlos y almacenarlos en la nube para acceder cuando se deseara– “*tiene por único objeto la puesta a disposición y la reproducción de obras protegidas específicamente designadas por anticipado (al estar previstas en la programación de los canales televisión) y de las que se conocen los titulares de los derechos de autor*” (ap. 63), por lo que se le exige la autorización de los titulares de derechos, de lo contrario se debe considerar una conducta ilícita, causante de un perjuicio a los titulares⁶⁰⁵. En este orden de ideas, concluye que el tipo de actividad concreta que desempeña este ISP no queda amparada dentro del ámbito del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que cierra sus Conclusiones sentando que “*esta excepción exige como requisito previo un acceso lícito del usuario a la obra que es objeto de reproducción. Ahora bien, en el servicio de que se trata, es la propia reproducción la que da al usuario acceso a la obra reproducida. Este servicio constituye, pues, una forma de puesta a disposición de las obras por parte de quien lo suministra. Esta puesta a disposición de las obras es ilícita en la medida en que se efectúa sin autorización de los titulares de los derechos de autor, lo que impide*

⁶⁰⁴ De forma clara ha sentenciado el TJUE que “*el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 supone necesariamente que el objeto de la reproducción contemplado por esa disposición sea una obra protegida, no falsificada ni pirata*”, en su sentencia de 5 de marzo de 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12), ap. 82.

⁶⁰⁵ Subraya Spuznar que “*Los organismos de televisión podrían querer ofrecer ellos mismos este servicio, explotando así las obras cuyos derechos poseen y obteniendo con ello ingresos adicionales. El hecho de que ese servicio sea ofrecido por VCAST sin autorización de dichos organismos de televisión entra en conflicto, pues, con esta forma de explotación de las obras.*”

aplicar la excepción de copia privada. Por otro lado, la aplicación de esta excepción a ese servicio sería contraria a los requisitos establecidos en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29.”

De manera coincidente con la opinión del Abogado General, el TJUE falló sobre este caso en sentencia de 29 de noviembre de 2017. Como cuestiones subyacentes, subraya el Tribunal, por un lado, que la jurisprudencia europea anterior ya ha determinado de forma evidente que las disposiciones contenidas en una Directiva que supongan excepciones a principios generales sentados por la misma norma, siempre han de ser interpretados restrictivamente⁶⁰⁶, siendo este el criterio aplicable al interpretar el art. 5 ap. 2 letra b) objeto de análisis en este caso. Por otro lado, destaca que, como se ha sentado también en pronunciamientos anteriores, la realización de copias por usuarios particulares sin la autorización de los titulares de derechos de autor es una conducta que genera un perjuicio para éstos últimos⁶⁰⁷.

De este modo, el Tribunal pone el foco en el carácter mixto de la funcionalidad del proveedor aquí enjuiciado, cuya labor no se limita al almacenamiento en la nube de los contenidos, afectando por tanto al derecho de reproducción, sino que da él mismo acceso a los contenidos, ofreciendo el visionado de las retransmisiones televisivas para su grabación, por lo que entiende el Tribunal de Luxemburgo que tiene una doble función: de un lado permite la reproducción de los contenidos, y de otro lleva a cabo una puesta a disposición de los mismos. Así, sobre este último derecho, el TJUE puntualiza que, si bien en el marco de la excepción de copia privada se elimina la prerrogativa del titular de los derechos de autorizar esta reproducción, la interpretación del art. 5 ap. 2 b), de forma restrictiva como se ha comentado ya, exige que sí se le solicite autorización para permitir el acceso al contenido. En concreto, sobre este punto, el art. 3 de la Directiva 2001/29 prescribe que toda comunicación al público y, en concreto, la puesta a disposición como variante de ésta⁶⁰⁸, de una obra protegida, debe estar expresamente autorizada por el titular de los derechos. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en fechas no muy lejanas el TJUE en la ya referida sentencia de 31 de mayo de 2016, asunto Reha Training, donde se concluyó, en primer lugar, que cada

⁶⁰⁶ Así se recoge en la STJUE de 10 de abril de 2014, asunto ACI Adam y otros, C-435/12 (ap. 22)

⁶⁰⁷ En este sentido se pronunciaba el TJUE en su sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto Padawan, C-467/08 (aps. 44 y ss).

⁶⁰⁸ Al respecto de este concepto ha sentado el TJUE en su sentencia de 31 de mayo de 2016, asunto Reha Training, C-117/15, que “*por lo que respecta en primer lugar al concepto de “acto de comunicación”, (...) éste incluye toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado*”. (ap. 38)

transmisión de una obra protegida que se realice por un medio técnico específico tiene que ser objeto de autorización individualizada por el titular⁶⁰⁹; y, en segundo lugar, que para poder considerarse incluido en el concepto de comunicación al público recogido en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29, es exigible que la creación protegida haya sido efectivamente comunicada a un “público”, precisándose además que *“el concepto de “público” hace referencia a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, además, un número considerable de personas”*⁶¹⁰. En la misma línea se inscribe la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017, asunto AKM vs Zürs.net Betriebs GmbH, C-138/16, en cuyo apartado 25 se concreta que *“el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la transmisión de obras protegidas por parte de un organismo distinto de aquel que obtuvo la autorización de comunicación inicial constituye una «comunicación al público» en el sentido de la referida disposición cuando tales obras se transmiten a un público nuevo, es decir, a un público que no tuvieron en cuenta los titulares de derechos afectados cuando autorizaron inicialmente la utilización de sus obras”*.

A la luz de lo anterior, el TJUE, en la Sentencia VCAST, entiende que el servicio prestado por dicho ISP se dirige a un “público”, en el sentido dado por la jurisprudencia comunitaria, empleando un medio técnico específico y diverso y teniendo además un público diferente, por lo que llega a la conclusión de que *“las transmisiones mencionadas constituyen, por tanto, comunicaciones al público diferentes, y, cada una de ellas debe recibir, en consecuencia, la autorización de los titulares de los derechos en cuestión”* (ap. 51), por lo que estima que ya no es necesario el análisis de si existe en este caso un público nuevo o no⁶¹¹. Conforme a ello, el Tribunal resuelve entendiendo que *“a falta de una autorización por parte del titular de los derechos, la realización de copias de obras mediante un servicio como el controvertido en el litigio principal puede suponer un menoscabo de los derechos de ese titular. (ap. 51), excluyendo que el proveedor pueda acogerse a la excepción del art. 5 ap. 2 b) de la Directiva 2001/29, por cuanto entiende que tal precepto “(...) se opone a una normativa nacional que permite*

⁶⁰⁹ Apartado 39 de la citada sentencia.

⁶¹⁰ Ap. 41 STJUE Reha Training, op.cit.

⁶¹¹ Así, apoyándose en la fundamentación de la STJUE de 7 de marzo de 2013, asunto ITV Broadcasting y otros, C-607/11, señala que *“en esas circunstancias, ya no es preciso examinar, en una fase posterior, si los públicos a los que se dirigen estas comunicaciones son idénticos o si, en su caso, el público al que se dirige el prestador de servicios de que se trata en el litigio principal constituye un público nuevo”* (ap. 50)

a una empresa mercantil ofrecer a los particulares un servicio de videograbación remota en la nube de copias privadas de obras protegidas por derechos de autor, mediante un sistema informático, interviniendo activamente en la grabación de tales copias, sin la autorización del titular de los derechos.”.

Por último, antes de cerrar el estudio de la responsabilidad de los ISP, resulta igualmente de gran interés la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, en el que se enjuicia la responsabilidad de los intermediarios por los actos de comunicación de sus clientes. Tal pronunciamiento comienza dando una definición de intermediario, de acuerdo con la Directiva 2001/29, en el sentido de *“cualquier persona que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero.”* (p. 30), llegando a la conclusión de que *“dado que el proveedor de acceso a Internet es un actor obligado de toda transmisión por Internet de una infracción entre uno de sus clientes y un tercero, puesto que, al conceder acceso a la red, hace posible dicha transmisión”, “(...) procede considerar que un proveedor de acceso a Internet, como el del procedimiento principal, que permite a su clientes acceder a prestaciones protegidas puestas a disposición del público en Internet por un tercero, es un intermediario a cuyos servicios se recurre para infringir derechos de autor o derechos afines a los de autor en el sentido del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.”* Se puntualiza que, además, del sentido de la Directiva no se desprende que sea necesaria la existencia de ningún tipo de vínculo especial entre el intermediario y el sujeto vulnerador de los derechos de autor en línea.

En segundo lugar, sostiene el Tribunal que el ánimo de la Directiva 2001/29 es la protección ex ante y ex post de los derechos de autor, entendiendo que, en este sentido, el efecto preventivo *“implica que los titulares de los derechos de autor o los derechos afines a los de autor puedan actuar sin tener que probar que los clientes de un proveedor de acceso a Internet acceden efectivamente a las prestaciones protegidas puestas a disposición del público sin el consentimiento de dichos titulares.”* (p. 38)

En aplicación de todo lo anterior, y en respuesta a la primera de las cuestiones prejudiciales que se le planteaban, concluye el Tribunal que el proveedor de internet es un intermediario, en el sentido del artículo 8.3 Dir. 2001/29, en los supuestos en que el sujeto vulnerador de los derechos de autor recurre a sus servicios para la puesta a disposición de los contenidos en línea.

Por último, la sentencia en cuestión se refiere a la adecuación y respeto de los derechos fundamentales de la libertad de empresa⁶¹² – en el caso de los operadores de internet – y la libertad de información – con respecto a los usuarios de la red – de las medidas de bloqueo de páginas web mediante requerimiento judicial, cuando el mismo no especifique qué medidas debe adoptar el proveedor de acceso. Así, con respecto a la afeción de la libertad de empresa, sostiene la Sala que, tales medidas, pese a suponer una indudable restricción a la libertad de empresa, no atentan contra la esencia de la misma en el marco de un procedimiento judicial en materia de Propiedad Intelectual, al permitir a su destinatario eximirse de su responsabilidad demostrando que ha adoptado todas las medidas razonables. Añade que, es el proveedor el que deberá velar porque las medidas por él adoptadas en cumplimiento del mandato judicial respeten las libertades de los usuarios⁶¹³.

Con todo, a modo de corolario, el fallo del Tribunal dictamina que *“que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento emitido por un juez, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet que ofrece en línea prestaciones protegidas sin el consentimiento de los titulares de los derechos, cuando dicho requerimiento no especifica qué medidas debe adoptar ese proveedor de acceso y éste puede eludir las sanciones derivadas del incumplimiento de dicho requerimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables, con la condición”*, ello siempre que *“por una parte, las medidas adoptadas no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, dichas medidas tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a*

⁶¹² Entiende el Tribunal que *“Por lo que respecta a la libertad de empresa, debe observarse que la emisión de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal restringe dicha libertad.”* (p. 48), sosteniendo que *“(…) un requerimiento judicial, como el que es objeto del procedimiento principal, hace gravitar sobre su destinatario una obligación que restringe la libre utilización de los recursos que tiene a su disposición, puesto que le fuerza a adoptar medidas que pueden suponer un coste importante para él, tener un impacto considerable en la organización de sus actividades o requerir soluciones técnicas difíciles y complejas.”* (p. 50); concluyendo, no obstante, que *“tal requerimiento no parece atentar contra la esencia misma del derecho a la libertad de empresa de un proveedor de acceso a Internet como el del procedimiento principal.”* (p. 51)

⁶¹³ Puntualiza sobre ello la Sala que *“las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectadas los usuarios de Internet que recurran a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.”* (p. 56)

los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual, extremo que corresponde verificar a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales.”

Tal pronunciamiento europeo, de aceptación de tales medidas de bloqueo se ha visto reflejado en el ámbito jurisdiccional español, en concreto en la Sentencia de 22 de noviembre de 2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Galicia, en el conocido caso de “Rojadirecta”⁶¹⁴, ya mencionado *ut supra*. El fallo de esta, que condena a la entidad gestora del portal web infractor por actos de comunicación vulneradores de derechos afines a los derechos de autor, se aplica el artículo 139.1 TRLPI en su apartado h), que prevé “*La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.*” Y el art. 11 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico. Así, determina el juez en el punto 4º del fallo, que “*(...) se ordena a los prestadores de servicios de la sociedad de la información reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy CNMC) que, mientras los demandados no acrediten al Juzgado haber dado cumplimiento a lo acordado en los puntos 2 y 3 anteriores, suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación o cualquier otra página web que los demandados pudieran utilizar en iguales términos, o que redireccione a dicho sitio para su acceso, bloqueando o impidiendo el acceso desde territorio español a dichas páginas de Internet.*”

Centrados aun en las implicaciones que tienen tales conductas vulneradoras de los derechos de autor en línea para con los intermediarios en la red, en concreto los proveedores de los servicios de internet, es preciso referirse a la sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014, asunto UPC Telekabel Wien GmbH vs Constantin Film Verleih

⁶¹⁴ Se trata éste de un caso de vulneración de derechos afines a los derechos de autor, por lo que queda fuera del ámbito objetivo de esta tesis. No obstante lo anterior, cabe destacar que se produce la condena civil al entender que la página web de enlaces que permitía el acceso a contenidos deportivos de distintas disciplinas, incurría por tanto en actos de comunicación pública no autorizados, y que el portal no es un alojador de contenidos sino un editor, dado el papel activo de conocimiento y control de los enlaces, reproduce y distribuye (artículos 58 y ss LPI) y “ejerce un control y una gestión editorial de los contenidos y por consiguiente no puede considerarse como sitios como youtube que gozan del estatuto de alojador pero cuyo objeto es la publicación y compartición de videos sin distinción de contenidos.”

GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, C-314/12. Los hechos en los que se basa la sentencia responden a un caso en que dos productoras cinematográficas solicitaron a un Tribunal austriaco la asunción de medidas cautelares tendentes al bloqueo de acceso a un portal de internet en el que se ofrecían sin su autorización obras protegidas de su titularidad, para la descarga o visionado en streaming. El Tribunal nacional prohibió a UPC, compañía proveedora de servicios de internet, que diera acceso a sus usuarios a tal portal bloqueando tanto la dirección web como la IP. Recurrido en apelación la sentencia de instancia, el Tribunal competente modificó tal orden, determinando que no se podían concretar las medidas específicas que debía tomar el proveedor de internet siempre que cumpliera la finalidad última de la orden, de manera que la empresa solo podía ser compelida a bloquear el acceso a sus usuarios como una obligación de resultado, siendo, por tanto, libre de escoger los medios para cumplir con este mandato. La decisión de apelación fue recurrida en casación y en tal procedimiento el órgano jurisdiccional decidió presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE. Atendiendo a la relevancia de las mismas para el tema que nos ocupa, cabe subrayar dos de las cuestiones prejudiciales planteadas. Al respecto, se preguntaba al Tribunal Europeo si: 1) *“Debe interpretarse el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29[...] en el sentido de que una persona que pone a disposición del público en Internet prestaciones protegidas sin el consentimiento del titular de los derechos (artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29) está recurriendo a los servicios de los proveedores de acceso [a Internet] de las personas que acceden a dichas prestaciones”*; y 2) *“Es compatible con el Derecho de la Unión, y en particular con la ponderación que éste exige entre los derechos fundamentales de los interesados, prohibir de manera global (es decir, sin requerir la aplicación de medidas concretas) que un proveedor de acceso [a Internet] facilite el acceso de sus clientes a un determinado sitio de Internet en el cual, de manera exclusiva o predominante, se pongan a disposición contenidos sin el consentimiento de los titulares de los derechos, cuando el proveedor de acceso pueda evitar la imposición de sanciones coercitivas por incumplir dicha prohibición acreditando que, por su parte, ha aplicado todas las medidas razonablemente exigibles”*.

De manera inicial se ha de destacar que los puntos clave en este caso residen en dos disposiciones de la Directiva 2000/29. Por un lado, su Considerando 59, que dispone que *“Sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades*

ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero. [...] Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares.” Por su parte, el artículo 8 de la Directiva 2001/29, titulado «Sanciones y vías de recurso», apartado 3, que establece que “*Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor.*”

Al amparo de lo anterior, y con respecto a la primera cuestión prejudicial, sienta el TJUE que de la interpretación del mencionado Considerando 59, se desprende que el concepto de intermediario, al que se refiere el art. 8.3 de la Directiva 2001/29, comprende a “*cualquier persona que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero*”. En consecuencia, se determina que el proveedor de servicios de internet es quien hace posible la transmisión infractora, por lo que se debe considerar un intermediario al que el sujeto vulnerador de derechos de autor recurre para llevar a cabo la infracción⁶¹⁵. Para alcanzar esta conclusión, entiende el Tribunal que no se requiere la presencia de un vínculo contractual de ningún tipo entre el proveedor de contenidos o de servicios de almacenamiento y el intermediario que facilita la conexión de internet, ya que la existencia de tal relación no se recoge como requisito en la previsión del art. 8 ap. 3 ya mencionado⁶¹⁶. Asimismo, tampoco es

⁶¹⁵ En concreto dictamina el Tribunal, en el ap. 32 de la sentencia en cuestión, que “*Por consiguiente, dado que el proveedor de acceso a Internet es un actor obligado de toda transmisión por Internet de una infracción entre uno de sus clientes y un tercero, puesto que, al conceder acceso a la red, hace posible dicha transmisión, (...) procede considerar que un proveedor de acceso a Internet, como el del procedimiento principal, que permite a su clientes acceder a prestaciones protegidas puestas a disposición del público en Internet por un tercero, es un intermediario a cuyos servicios se recurre para infringir derechos de autor o derechos afines a los de autor en el sentido del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.*”

⁶¹⁶ Así, de acuerdo con el Tribunal, “*No desvirtúa dicha conclusión la objeción según la cual para que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 sea aplicable, es preciso que exista un vínculo contractual entre el proveedor de acceso a Internet y quien ha cometido la infracción de los derechos de autor o los derechos afines a los de autor.*” (ap. 34). “*En efecto, no se desprende ni de la letra del referido artículo 8, apartado 3, ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2001/29 que se exija una relación particular entre quien vulnera los derechos de autor o los derechos afines a los de autor y el intermediario. Además, esta exigencia tampoco puede deducirse de los objetivos perseguidos por dicha Directiva, puesto que admitirla mermaría la protección jurídica reconocida a los titulares de tales*

necesario que se demuestre por los titulares de los derechos de autor que los usuarios de los servicios de ese intermediario efectivamente acceden a las prestaciones puestas a disposición del público de forma ilegal, ya que las medidas cautelares principalmente poseen un carácter preventivo. Así, concreta que *“tal efecto preventivo implica que los titulares de los derechos de autor o los derechos afines a los de autor puedan actuar sin tener que probar que los clientes de un proveedor de acceso a Internet acceden efectivamente a las prestaciones protegidas puestas a disposición del público sin el consentimiento de dichos titulares.”* (ap. 38).

Sobre la segunda cuestión prejudicial a la que hemos hecho referencia, por ser de interés para la temática que nos ocupa, conviene la Sala que corresponde a los Estados miembros, de acuerdo con la Directiva 2001/29, concretar las medidas cautelares aplicables a este tipo de casos. Teniendo ello en cuenta, se evalúa, en primer lugar, si en la toma de estas medidas se ponderan debidamente los derechos en liza: los derechos de autor (protegidos, dentro de la Propiedad Intelectual, en el art. 17 ap. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), la libertad de empresa, reconocida a los operadores económicos, y por tanto a los proveedores de servicios de internet (ex art. 16 de la citada Carta de Derechos Fundamentales) y la libertad de información de los usuarios de internet (consagrada en el art. 11 de la misma Carta), como bienes jurídicos contrapuestos en esta problemática. De principio, el Tribunal reconoce que la emisión de este tipo de mandatos judiciales restringe la libertad de empresa, aunque considera que tal requerimiento no atenta contra la esencia de tal libertad en el caso de este tipo de proveedores, entendiendo además que este requerimiento permite al proveedor exonerarse de responsabilidad probando haber tomado las medidas pertinentes a su alcance, siempre que sean razonables, teniendo presente que él no es el sujeto vulnerador de los derechos. Atendiendo a esto, establece el Tribunal que *“A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos*

derechos, mientras que el objetivo de la Directiva, como se desprende singularmente de su considerando 9, es precisamente garantizarles un elevado nivel de protección.” (ap. 35)

usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.” (ap. 56). Y ello, porque el TJUE concluye que de la protección otorgada a la Propiedad Intelectual por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no se desprende que dicha tutela deba ser garantizada en términos absolutos, de modo que las medidas tomadas por los intermediarios deben limitarse a “tener como efecto impedir, o al menos, hacer difícilmente realizable, el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de acceder a esas prestaciones puestas a su disposición en violación del mencionado derecho fundamental.” (ap. 62).

Llegados a este punto se puede llegar a la conclusión, como hace el TJUE, de que *“los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento emitido por un juez, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet que ofrece en línea prestaciones protegidas sin el consentimiento de los titulares de los derechos, cuando dicho requerimiento no especifica qué medidas debe adoptar ese proveedor de acceso y éste puede eludir las sanciones derivadas del incumplimiento de dicho requerimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables, con la condición, no obstante, de que, por una parte, las medidas adoptadas no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, dichas medidas tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual, extremo que corresponde verificar a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales.” (ap. 64).*

Esta problemática ha tenido su eco en la jurisprudencia española, que ha dirimido un asunto de gran relevancia teniendo como protagonistas principales a los intermediarios prestadores de servicios de acceso a Internet. El litigio ha culminado con una sentencia que implica la apertura de una nueva vía para atajar el acceso ilícito a contenidos en línea, que se aleja de la *tradicional*. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a, núm. 115/2018, de 20 febrero de 2018 (Rec. 68/2017), que, en relación con la actividad desarrollada por el portal online “exvagos”, tiene sin

embargo como demandados a algunos de los principales oferentes de servicios de conexión a internet que operan en España⁶¹⁷. El *petitum* de la demanda inicial incluía, de manera principal, la solicitud de adopción de todas las medidas necesarias y la realización de todas gestiones precisas para impedir de manera real y efectiva el acceso desde territorio español a la web “www.exvagos.com”, en un plazo a de 72 horas tras la notificación de la sentencia. La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, concluye que la página exvagos llevaba a cabo una actividad infractora de los derechos de autor gestionados por la demandante, considerando probado que las sociedades demandadas son intermediarios de servicios propios de la sociedad de la información. De manera novedosa, el juez considera que, de acuerdo con el artículo 138 de la TRLPI, no es necesario dirigir la demanda contra el infractor, ni es necesario que exista una previa declaración formal de infracción.

Dicho pronunciamiento es recurrido en apelación por los demandados ante la AP Barcelona, la cual falla confirmando la sentencia de instancia, basándose en la fundamentación que, por su relevancia en el tema que nos ocupa, ahora pasaremos a analizar. El elemento principal a destacar de este pronunciamiento judicial es el hecho de que, por primera vez, el sujeto/s demandado/s no es el proveedor del servicio supuestamente infractor, con reclamación paralela de medidas cautelares a los intermediarios oferentes de conexión a internet, sino que aquí son estos intermediarios los directamente demandados, con el requerimiento de que hagan posible el cese de la actividad. La base para ello radica en el art. 138 TRLPI, que establece que “*El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.*” Además, en el párrafo final del precepto en cuestión se amplía el ámbito subjetivo de la acción, permitiendo solicitar el cese de la actividad infractora a intermediarios, ya que se prevé que “*Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también*

⁶¹⁷ En concreto en este caso La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) interpuso demanda de juicio declarativo contra Orange Catalunya Xarxes de telecomunicacions, S.A. (Orange Xarxes), Orange Espagne, S.A.U. (Orange E), Eureka Wireless Telecom, S.A. (Eureka), Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), Cableuropa, S.A - actual Vodafone Ono -. Jazz Telecom, S.A.U. - actual Orange E, y Vodafone España S.A. (Vodafone E).

solicitar, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio (LA LEY 1100/2002), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.” Esta previsión se refiere en concreto a lo recogido en la letra h) del art. 139. 1 TRLPI, donde se establece que el requerimiento de cese de la actividad ilícita podrá comprender “La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”⁶¹⁸. Partiendo de ello, el Tribunal entiende que la redacción vigente del TRLPI permite no sólo la solicitud de tales acciones de cese como medidas cautelares y, por tanto, instrumentales de un proceso principal, sino también como pretensión principal. Así, sostiene que “Este régimen legal interno, sin duda más amplio que el derivado del artículo 8.3 de la Directiva, permite abrir una serie de escenarios procesales con trascendencia material por cuanto podría habilitar a dirigir demandas únicamente frente a los intermediarios y no frente al infractor, o podría también habilitar cauce procesal para iniciar acciones frente a los intermediarios sin que exista una previa declaración de infracción imputable, en todo caso, a quien se vale de esos proveedores de servicios para realizar una actividad infractora.” (Ap. 17 FD). En este sentido, en este litigio la demanda se dirige directamente contra el intermediario sin que haya existido un pronunciamiento previo que determine la existencia de responsabilidad por actividad ilícita del supuesto infractor, sólo existe el pronunciamiento administrativo emanado de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Conviene aquí resaltar que el Tribunal considera que es un requisito indispensable para el ejercicio de las acciones de los citados arts. 138 y 139 TRLPI la constatación de la vulneración. Sin embargo, en la sentencia de instancia se considera probada la existencia de la infracción, apoyándose principalmente en el hecho de que el portal reclamado por vía administrativa retiró las obras tras el requerimiento enviado, lo que, a juicio del Juzgado, equivale al reconocimiento implícito de la vulneración. Esta posibilidad, sin embargo, fue declarada contraria a Derecho por el TS,

⁶¹⁸ Tal redacción obedece a la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

el cual, a través de la sentencia de Sala III sección 4a, de 31 de mayo de 2013, anuló el apartado incluido en el TRLPI donde se preveía expresamente que la retirada de los contenidos tras el requerimiento implicaría el reconocimiento implícito de la actuación ilícita⁶¹⁹. Ello lleva a la AP Barcelona a concluir en este caso que “*el procedimiento administrativo previo no puede servir, por sí solo, para dar por cumplido o satisfecho el presupuesto previo de infracción por parte del titular de la web, ni la retirada de contenidos puede tener el alcance de presunción de infracción.*” (ap. 27). No obstante, debe señalar que la redacción actual del precepto sigue incluyendo tal previsión.

Por tanto, para determinar la existencia de la actuación ilícita, de acuerdo con el Tribunal, habrá que recurrir a la prueba pericial, que en este supuesto considera suficiente para confirmar la existencia de la violación. Con ello, como paso siguiente reafirma que la interpretación de los preceptos del TRLPI analizados permiten confirmar que los intermediarios están legitimados pasivamente en los procedimientos civiles que puedan iniciarse, no siendo meros colaboradores, sino que se convierten en parte del procedimiento declarativo, sin que ello implique que se les considere infractores. Asimismo, se entiende que la normativa vigente permite la opción por tal procedimiento sin que sea incluido en el mismo el presunto infractor, bastando con que quede acreditada suficientemente la existencia de un comportamiento infractor. De acuerdo con ello, el Tribunal determina que “*debemos entender, así, que es posible imponer a un intermediario el deber de cooperar en el cese de un comportamiento infractor sin necesidad de imputarle complicidad alguna.*”

Por último, la sentencia aborda algunos aspectos colaterales a la cuestión principal, tales como la posible contradicción de estas medidas con las libertades y derechos

⁶¹⁹ En concreto puntualizó el TS que “*Cuando, tras recibir el requerimiento formulado, se retira voluntariamente un contenido que había puesto en conocimiento de la Sección Segunda, el titular del derecho de propiedad intelectual, provocando el inicio del expediente, carece de sentido hacer ningún pronunciamiento posterior sobre el restablecimiento de una legalidad que ya ha dejado de estar conculcada. Dicho de otro modo, las medidas para restablecer la legalidad tienen sentido si mediante las mismas se puede alcanzar el fin para el que están concebidas, es decir, reponer el estado de cosas a su situación legal. Cuando la legalidad ya se ha restablecido, por la retirada voluntaria del contenido o la interrupción del servicio, carece de sentido y de objeto hacer reconocimiento alguno de ilegalidad, ni establecer presunciones al respecto. Salvo que lo que se pretenda es que dicho reconocimiento de la vulneración surta efecto en otro procedimiento ajeno al que ahora se sustancia, que es exclusivamente el de reposición de la legalidad, lo que desde luego no está previsto en la Ley ni se infiere de su regulación.*” Con ello, alcanzó la conclusión de que “*el cumplimiento del requerimiento mediante la retirada del contenido o la interrupción del servicio, puede obedecer a muy distintas razones, que resultan incompatibles con tal reconocimiento de la vulneración. Dicho de otro modo, puede que si el prestador del servicio hubiera hecho alegaciones no hubieran prosperado las medidas de interrupción de la prestación o retirada de contenidos, o puede que el prestador del servicio haya decidido cumplir el requerimiento simplemente para evitar procedimientos que considera engorrosos, aunque considere que no ha incurrido en ninguna lesión a la propiedad intelectual.*”

fundamentales de los ciudadanos, cuestión a la que da respuesta negativa. Dicha problemática ya fue respondida, por cierto, por el TJUE en su sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto UPC Telekabel, donde sentó que *“los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento emitido por un juez, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet que ofrece en línea prestaciones protegidas sin el consentimiento de los titulares de los derechos, cuando dicho requerimiento no especifica qué medidas debe adoptar ese proveedor de acceso y éste puede eludir las sanciones derivadas del incumplimiento de dicho requerimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables, con la condición, no obstante, de que, por una parte, las medidas adoptadas no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, dichas medidas tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual, extremo que corresponde verificar a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales.”*

Por otra parte, la sentencia también aborda el problema del beneficio económico que obtienen las operadoras de internet con el tráfico que se genera en estas páginas, deduciendo de ello su contribución financiera para las medidas de bloqueo: *“Las empresas de intermediación de servicios de información, se benefician económicamente de los accesos a las páginas web, en concreto a través de la publicidad que aparece en sus páginas, y es, por tanto, legítimo y coherente con el principio de proporcionalidad que contribuyan financieramente a las medidas de bloqueo o de desreferenciación eligiendo poner en marcha las medidas más apropiadas”* (ap. 52).

Igualmente, en relación con la cuestión de la evasión de tales medidas, la AP considera que el hecho de que sea posible evadir dichas medidas de bloqueo tomadas por los intermediarios mediante mecanismos al alcance de los usuarios no determina su ineficacia, ya que las mismas han demostrado, a pesar de todo, que contribuyen a dificultar las infracciones. Niega, asimismo, el carácter discriminatorio del hecho de que la demandante sólo se haya dirigido contra algunas operadoras y no contra todas las ofertadas en el mercado español, por cuanto entiende que se trata de las más representativas por aunar al mayor número de abonados a este tipo de servicios. Por

último, respecto a la circunstancia de que no se hayan concretado en la demanda las medidas concretas solicitadas, considera que no sólo no se vulnera el Derecho de la Unión sino que se adapta a él a la luz de los más recientes pronunciamientos del TJUE, que abogan por una flexibilidad para el intermediario en este sentido – cuestión que efectivamente hemos abordado *ut supra*.

Esta sentencia sienta un importante precedente en nuestro país para la sustanciación de este tipo de procedimientos dirigidos directamente contra los proveedores de servicios de internet, sin tener que identificar y convocar al procedimiento al efectivo infractor. Así, recientemente, aunque con anterioridad al fallo de la AP Barcelona comentado, el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona dictó también sentencia, con fecha 12 de enero de 2018⁶²⁰, núm. 15/2018, en un procedimiento similar, en el que igualmente los demandantes (titulares de los derechos de autor y afines) se dirigían directamente contra operadoras de internet, no incluyendo entre los demandados al gestor de la página web supuestamente infractora y no habiendo incoado previamente ningún procedimiento declarativo de tal conducta ilícita (en este caso [Htp./hdfull.tv](http://hdfull.tv) y [Htp./www.repelis.tv](http://www.repelis.tv)). En este supuesto, en el petitum de la demanda se solicita al Juzgado una triple declaración: en primer lugar, que las demandantes son las titulares de los derechos aquí afectados; en segundo lugar, que los portales web señalados incurren en una violación de los derechos de Propiedad intelectual al llevar a cabo actos de reproducción y puesta a disposición de obras protegidas sin autorización; y en tercer lugar, reclaman que se condene a las demandadas a que *“bloqueen o impidan, poniendo en práctica de manera inmediata las mejores medidas técnicas y las gestiones que ellos consideren adecuadas para terminar o reducir significativamente, de manera real y efectiva, el acceso de sus clientes desde el territorio español a las mencionadas páginas web”*, así como que éstas se hagan cargo de cualquier coste que se derive de la implementación de tales medidas.

Sobre la primera cuestión, relativa a la determinación de la titularidad, el juez no alberga dudas, afirmando también, tras la práctica de las pruebas periciales, que la conducta de los gestores de las páginas web supone una infracción de los derechos de autor, por su actitud proactiva, su participación en la ordenación y actualización del contenido y el ánimo de lucro presente. Respecto a la pretensión principal del proceso, el mandato de bloqueo por parte de los intermediarios aquí demandados, el Juzgado se

⁶²⁰ Sólo como apunte se debe mencionar que, pese a que la sentencia en cuestión refleja en su fecha como año de publicación 2017, ha sido dictada en 2018 como apunta, además, su número de referencia.

apoya en numerosas sentencias del TJUE, ya comentadas en este trabajo, y en los arts. 138 y 139 TRLPI, para concluir que *“los destinatarios de los mandatos judiciales pueden ser los prestadores de servicios del usuario que accede a la obra, y no necesaria o únicamente los que prestan servicios de acceso a internet al infractor, todo ello se debe a que los infractores se encuentran fuera del alcance de la justicia.”*, a lo que añade la interesante puntualización de que *“Dichos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas, dado que son quienes transmiten «por la red» los datos.”*⁶²¹

Por último y a modo de corolario de su fundamentación jurídica, el juzgador considera que *“en nuestro país, los demandantes como titulares de los derechos invocados, podrían elegir entre dirigir la acción contra el infractor; contra el responsable de la infracción que induzca a la misma o coopere con la misma conociendo la conducta infractora; o contra quien tiene un interés directo económico en los resultados de la conducta infractora y cuente con capacidad de control sobre la misma.”*, pero también *“podrá dirigir esta acción de cesación contra los prestadores de servicios, en los que no concurran las anteriores circunstancias, como medida eficaz de lograr el cese de la infracción, sin necesidad de demandar simultáneamente, al autor directo de la infracción, ni a los que de una u otra forma cooperan con él o se benefician económicamente de sus resultados.”*

No puede cerrarse la cuestión de los sujetos responsables, sin la referencia a los usuarios de las plataformas de descarga y portales web de enlaces, que son, en definitiva, quienes de manera objetiva realizan la descarga y transferencia de contenido protegido y, por tanto, atentan contra los derechos de reproducción y comunicación pública que el TRLPI reserva a los titulares de las obras.

En esta materia existe una enorme divergencia entre la postura de los países de nuestro entorno y la posición adoptada por el Derecho español, pues la exigencia de responsabilidad a los usuarios pasa por la necesaria identificación de éstos, cuestión que choca frontalmente con la normativa en materia de protección de datos.

⁶²¹ Como justificación de base para esta postura se destaca por el juzgador que *“Todo ello en el marco de las dificultades que para la adopción de medidas eficaces contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual provoca internet y los nuevos medios de comunicación, dado el anonimato o dificultades de localización de sus autores.”*, lo que deja entrever de forma clara que se pretende con esta posibilidad facilitar la persecución por los titulares de los derechos de las conductas vulneradoras, ante la dificultad que se ha evidenciado en este tiempo de identificar y enjuiciar a los infractores.

En países de nuestro entorno, como Italia, Alemania, Francia o Estados Unidos, ya se comenzó la persecución de los usuarios de las plataformas P2P, mayoritariamente en procesos civiles, y ello se evidencia en la jurisprudencia comunitaria. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012 (Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB vs Perfect Communication Sweden AB), se concluye que la Directivas 2006/24/CE “no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24.” A ello añade que “las Directivas 2002/58 y 2004/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, en la medida en que dicha normativa permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción por la que se solicite un requerimiento judicial de comunicación de datos de carácter personal, ejercitada por una persona legitimada, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes.” Con ello, resuelve la cuestión prejudicial formulada admitiendo la posibilidad de que la legislación nacional de los Estados miembros permita la cesión de los datos por los proveedores de servicios de comunicación en el marco de procesos civiles, siempre que se garantice la proporcionalidad entre los distintos derechos constitucionales en liza.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, la cuestión se enfrenta con una importante barrera en nuestro país. En primer lugar, el art. 18.3 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, que habrá de respetarse con los límites impuestos por el artículo 55 de la Carta Magna, derecho que se concreta en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. La confidencialidad de las comunicaciones queda garantizada, asimismo, por el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE, que establece los Estados miembros deben prohibir cualquier

forma de interceptar o vigilar esas comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario salvo que esté legalmente autorizada.

La ya mencionada Ley 25/2007 concreta los casos excepcionales en los que la cesión de los datos, por requerimiento judicial, es legal. Así, los supuestos en que hayan sido requeridos por determinados sujetos que vienen tasados legalmente y el marco de litigios de naturaleza penal, según las concreciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal, así como en los casos en que sea necesario para la salvaguarda de la seguridad pública y defensa nacional. De este modo, queda excluida la solicitud de identificación de los usuarios de las redes P2P y páginas de descarga, a través de su dirección IP, a los proveedores de servicios de internet en el marco de un procedimiento civil.

No obstante, un sector de la doctrina ha defendido la extensión de esta obligación de cesión a las causas de naturaleza civil, criterio del que discrepamos al entender que, en una cuestión en la que está en juego un derecho fundamental, como es el de secreto de las comunicaciones, no caben interpretaciones extensivas. De este modo, en mi opinión, un derecho que se encuentra protegido por la norma de mayor rango de nuestro ordenamiento jurídico sólo puede verse limitado en casos de extrema gravedad, como, entiendo, son los que contempla la ya mencionada normativa relativa a las comunicaciones electrónicas. En ese mismo sentido se pronuncia DURÁN RIVACOBÁ, quien considera que de extenderse la medida de identificación del usuario al ámbito civil *“los sujetos afectados por ella verían restringido su derecho a la protección de datos personales únicamente por su condición de usuarios de un sistema de acceso a las redes de comunicaciones o por haber visitado una determinada página Web, hechos que —por sí mismos— no demuestran la descarga de copias ilícitas de la obra protegida.”*, concluyendo que *“la cesión no consentida de datos personales relativos a la identidad, conexión y tráfico de los usuarios de las redes de comunicaciones efectuada por la empresa proveedora en favor de un tercero, con el propósito de salvaguardar sus intereses económicos, constituye una injerencia severa en el derecho a la protección de datos personales. De acuerdo con la doctrina constitucional sobre los límites a los derechos fundamentales, no es una restricción legítima porque, si bien cumple un fin constitucional y es idónea para conseguirlo, no satisface la reserva de ley, ni tampoco los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto que, junto con el de idoneidad, conforman el test general de proporcionalidad. Su aplicación no es, por tanto, constitucionalmente admisible y constituirá, en caso de su puesta en práctica una quiebra del derecho fundamental a la*

protección de datos personales.”⁶²². Esta postura encuentra amparo en la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español que, en su Sentencia 56/2003, de 24 de marzo, determina que “*en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye, no solo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo*”.

En este punto, la cuestión clave reside en dilucidar si los materiales o archivos descargados se inscriben dentro de la excepción permitida de copia privada, o por el contrario, quedan fuera de ésta. Como ya se ha comentado con anterioridad en el marco del análisis general de los derechos de propiedad intelectual, la excepción de copia privada se encuentra regulada en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y fue objeto de una profunda reformulación por la ley 21/2014 ya mencionada. La anterior redacción del precepto establecía que “*no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25 (...)*”.

Conforme a los términos legales, el conflicto estaba servido, enfrentando, de un lado, a un sector doctrinal, discográficas y autores y, de otro, a otra parte de la doctrina y las plataformas de descargas y sus usuarios. El primer grupo se escudaba en el requisito que el TRLPI imponía (y que se mantiene en la actual versión), de que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, circunstancia, la primera, que entienden no se cumple, específicamente, en el caso de las descargas P2P, por considerar que, al ponerse a disposición de un número indefinido de usuarios una obra, se trataría de una utilización colectiva, ya que el usuario de la plataforma almacena el archivo en una carpeta denominada “colectiva” a la que pueden acceder por medio del citado software el resto de usuarios; lo mismo ocurriría por extensión, cuando las obras son colgadas en la red, facilitando su descarga libre a todos los usuarios.

⁶²² DURÁN RIVACOBÁ, R. y GARCÍA LLERENA, V., “Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet”, *Actualidad Civil*, Núm.10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Mayo 2011, pág. 1090, tomo 1, Editorial LA LEY.

Sin embargo, con la reforma operada por la Ley 21/2014 el concepto de copia privada quedaba claramente acotado, lo que dificultaba aún más la inclusión de las descargas ilegales en su ámbito objetivo. Analizando la norma con detalle, se observa, en primer lugar, que quedan incluidas las obras en cualquier soporte, de manera que se aplica por igual a obras en soporte analógico y electrónico, por lo que quedarían encuadradas en ella los archivos descargados por las plataformas y páginas web. En segundo lugar, se exigía que la copia la realice una persona física, requisito que también se cumpliría en las redes P2P y páginas de enlaces, al tratarse de usuarios registrados de modo individual y a título personal, lo cual también ocurre en el caso de los enlaces. Además, se requiere que la copia se realice para uso privado y no para una utilización colectiva, por lo que esta excepción comprendería el uso en el ámbito familiar (entendido este en sentido amplio, comprensivo del uso con amigos, en reuniones, fiestas particulares, etc.), pero quedaría extramuros cualquier uso en lugares abiertos al público. En definitiva, pues, se debe concluir que la utilización privada exigida por la norma va más allá del mero uso personal.

Este requisito sigue constituyendo uno de los puntos más críticos de la reforma, puesto que no queda nada claro a qué elementos, pautas o variables hay que recurrir para determinar cuándo una copia queda amparada en la excepción y cuando no atendiendo al uso privado. En relación con este tema, existen autores que han defendido que la copia privada sólo queda amparada cuando se encuentra por debajo de un umbral cuantitativo de copias, aunque no hay consenso sobre cuál debe ser ese umbral numérico.

Otro de los presupuestos establecidos es que no se trate de un uso lucrativo; la onerosidad del uso no se encuentra presente en las descargas P2P y por enlaces, puesto que no existe ninguna contraprestación en la descarga, ni entre los usuarios ni para con la plataforma, pues su descarga y uso es gratuito. A este respecto, aunque algunos sectores defendían la idea de que el ahorro del pago del original por parte del usuario podía equipararse a un lucro, dicha solución interpretativa ha sido ampliamente rechazada por la doctrina mayoritaria, dudas que aún hoy en día se mantienen pese a las reformas operadas en el precepto.

Así las cosas, como se ha comentado, con la reforma de 2014 se acababa con la inconcreción de que adolecía la anterior redacción, a la que se achacaba la carencia de no definir de modo claro qué se debía considerar acceso legal, al no especificar si la copia había de realizarse de modo exclusivo del original o qué canales se deben

considerar legales. No obstante, la nueva puntualización aportada por la reforma de 2017, si bien vuelve a introducir concreción al concepto, supone, entendemos, una mejor solución que la enrevesada opción preexistente, siempre que sea interpretada en conexión con la jurisprudencia actual europea y española y, sistemáticamente, en conexión con el resto de preceptos de la norma.

Previamente a las citadas reformas se podía dudar de si la obtención de un archivo mediante las plataformas P2P o el sistema de links colgados en sitios web constituiría un acceso ilegal, por cuanto, en mi opinión, el usuario en ningún caso podía conocer si el archivo puesto a disposición para la descarga procedía de un original (estando, en ese caso, amparado por la excepción), o si la obra está sujeta o no a derechos de autor; es decir, el usuario no podría conocer si realmente se trata de un acceso legal o ilegal. Al respecto, además, DE MIGUEL ASENSIO se preguntaba si la antigua regulación hacía referencia al concepto de ilicitud de la fuente o del acceso a la misma, cuestiones que aún enfangan más si cabe la concreción del antiguo límite⁶²³. A mayor abundamiento, parte de la doctrina abogaba por considerar que el hecho de que el usuario se limitase a almacenar los archivos para su uso personal y que el acceso a los mismos se hiciese por medio de un servicio de internet por el que ha pagado, lo convertía en acceso legal, independientemente del medio o plataforma del que lo haya obtenido, siempre que no lo compartiera abierta o libremente con otros usuarios⁶²⁴.

Sin embargo, este debate quedó zanjado con la reforma de la LPI de 2014, al clarificar que sólo se considerará copia privada aquella realizada desde un original adquirido por compraventa (aparte de las dudas, apuntadas anteriormente, acerca del alcance del concepto de “compraventa mercantil”, a la que se refiere el precepto), si bien se mantiene cierta indefinición acerca de la extensión del uso privado, que, entiendo, mantendrá la extensión “doméstica” o “cuasi familiar” que le ha venido dando hasta ahora la doctrina mayoritaria. Sin embargo, la reforma llevada a cabo del precepto por el Real Decreto-ley 12/2017, ya mencionada, opta por un concepto más amplio de nuevo, requiriendo la nueva redacción del apartado b) del art. 31.2 TRLPI que “la

⁶²³ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Redes P2P”, *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Editorial Aranzadi, mayo, 2011.

⁶²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., GONZÁLEZ GOZALO, A. et. al. (dirs.), Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.”

Es por todo ello que, a partir del mes de enero de 2015, la descarga de archivos online dejó sin lugar a dudas de estar legalmente amparada – si es que alguna vez lo estuvo –, en la excepción de copia privada, al limitarse su ámbito a las copias realizadas de un original adquirido en compraventa, siendo irrelevante si el archivo descargado procede de un original de un tercero desconocido o no, de modo que la descarga de contenidos protegidos, sin la debida autorización del titular de los derechos, deberá entenderse ilícita, postura que debemos considerar vigente a pesar del cambio introducido y vigente a fecha de hoy. Quedan sin embargo amparados, a nuestro juicio, los intercambios por medio de email entre personas de un mismo ámbito “cuasi familiar” (entendiendo por tal familiares y amigos), al no ser posible saber la procedencia real del archivo, si es original o no; sin perjuicio de que, en cualquier caso, quedarán protegidos por el secreto de las comunicaciones⁶²⁵.

Como todo, entendemos, se podría afirmar, atendiendo la jurisprudencia sentada (principalmente europea) y la postura de la doctrina mayoritaria, que los usuarios de las redes P2P, por su conducta de almacenamiento en carpetas compartidas de acceso libre al resto de usuarios de la plataforma y de acceso, así mismo, a las obras *colgadas* en dicha aplicación (acceso que queda ya excluido del habilitante del límite de copia privada tal y como lo recoge la actual redacción de la regulación normativa española), incurrir, por un lado, en una posible vulneración del derecho de reproducción del artículo 18 TRLPI por los actos de *carga y descarga* de archivos, y en la realización de actos de comunicación pública⁶²⁶, derecho exclusivo del autor regulado en el artículo 20.1 apartado i), para los que debería recabar la pertinente autorización del titular de los derechos⁶²⁷.

⁶²⁵ Así lo defiende ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.; “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”, op. cit.

⁶²⁶ En este sentido, ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit.; SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas Peer-to-Peer*, Editorial Instituto de Autor, Madrid, 2007; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Artículo 31”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007.

⁶²⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Redes P2P”, op. cit.; pág.7 y ARIAS MÁIZ, V. e YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad civil por daños a la Propiedad Intelectual”, en *Nuevos Clásicos, Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, enero de 2014; pg. 17.

6.3.1. Breves apuntes acerca de la responsabilidad penal.

De manera inicial sobre este punto, se debe subrayar que su estudio excede del fin de esta tesis doctoral, por quedar *extramuros* principalmente de la rama del Derecho desde la que se aborda esta problemática y, en segundo lugar, resulta una temática de tal complejidad que reclamaría un análisis independiente; no obstante lo anterior, por su relevancia y devenir paralelo a la materia de esta investigación consideramos necesario destacar algunos aspectos importantes⁶²⁸. Así, por lo que respecta a la responsabilidad penal, cada vez con mayor peso en el marco de las persecuciones a las páginas de enlaces el ámbito español, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, dejó muy clara la postura que había de tomar dicha institución en lo que respecta a las descargas por internet. Realizaremos un repaso a las previsiones en ella contenidas por la relevancia que han tenido en el devenir hasta fechas recientes en la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales, si bien la postura en ella tomada ha variado en la Circular 8/2015, dictada tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, que estudiaremos con posterioridad.

De modo inicial, en la citada Circular de 2006 se establecía que *“hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos través del sistema “P2P”, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.”* El criterio de la Fiscalía General del Estado responde al propósito de evitar una superposición entre el derecho penal y el derecho civil, manteniendo dentro del ámbito de actuación penal, exclusivamente, los ilícitos de este tipo en los que concurra el elemento subjetivo, exigido por el Código penal, del ánimo de lucro. En consecuencia, el Ministerio Fiscal concluye que sí existe una responsabilidad de los usuarios en las

⁶²⁸ Un interesante y actualizado análisis en profundidad sobre esta temática la encontramos en TIRADO ESTRADA. J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual en la era digital. Especial referencia al tipo base nuclear y el nuevo tipo de facilitación del acceso y localización en internet de contenidos protegidos”, *Actualidad Civil*, No 6, Sección Derechos reales e hipotecario / A fondo, Junio 2017; en concreto sobre la responsabilidad penal de las páginas de enlaces y plataformas p2p, pág. 23 y ss.

descargas de archivos ilegales por internet, aunque la relega al ámbito civil, cuando establece que *“por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que si se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente. En el caso del sistema P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener las obras sin coste en un sistema telemático de intercambios.”* Conforme a esa línea argumental, la Fiscalía considera que dicho intercambio queda fuera del ámbito de la excepción de copia privada del artículo 31 TRLPI, al entender que *“la limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el art. 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo.”* No obstante, la Circular establece, de modo claro, que se excluye esta actividad de descarga del conocimiento penal al concretar que, *“en cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica”.* Por último, incluye una mención a los proveedores de los servicios, descartando su responsabilidad en los supuestos en que el servicio prestado sea el de simple intermediación, en los términos establecidos en los arts. 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En fundamento de su postura, el Ministerio Fiscal aduce a lo absurdo de una extensión del derecho penal a todas las conductas infractoras de los derechos de autor, ya que

dicha actuación sería contraria al principio de intervención mínima, amén de generar un colapso que haría perder efectividad a la protección penal.

De este modo, serían objeto de persecución penal aquellas actuaciones ilícitas en las que se encuentre presente el ánimo de lucro de carácter comercial, solución que tendría amparo jurídico internacional. Por un lado, en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contempla en su artículo 3 la consideración por los Estados Miembros como delito de “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual *a escala comercial...*”; y, por otro lado, en el art. 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio.

No obstante lo anterior, la precitada Circular añade la posibilidad de la imposición de medidas contra los proveedores de los servicios de la sociedad de la información cuando realicen actividades de intermediación, aunque no sea imputable a ellos la conducta infractora, tal y como contempla el TRLPI, que, además de prever como medida de cesación de la acción ilícita, “*la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*” (art. 139.1.g TRLPI), admite también la posibilidad de adoptar como medida cautelar urgente contra los intermediarios a cuyo servicio se recurra, la suspensión ex art. 141.6 TRLPI de los servicios de los proveedores utilizados por terceros para infringir los derechos de propiedad intelectual.

No obstante todo lo anterior, debe ponerse de relieve que tanto la doctrina científica cuanto la judicial ha encontrado tradicionalmente ciertas diferencias en la responsabilidad por las descargas según estas se realicen por medio de enlaces directos o links, o bien a través de las plataformas P2P. Así lo entiende XIOL RIOS, al sostener que “*distinto del intercambio de archivos en redes P2P o por medio de internet es el llamado enlace simple o de superficie*”⁶²⁹, y en la misma línea, ya en la praxis forense, la sentencia de la Audiencia de las Islas Baleares, de 22 de febrero de 2007, confirma la sentencia del instancia del Juzgado Mercantil, cuando determina que “*en línea con lo*

⁶²⁹ XIOL RIOS, J.A.; op. cit.; pág. 267.

expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Díez), considera que el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de internet el acceso a otra página web sin tener que “teclear” el nombre de esa página. Por eso no suponen una reproducción ni una distribución de la página web, ya que no reproduce la página enlazada ni dan lugar al almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. Simplemente, como hemos dicho, “ahorra” el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador”. Este sería el caso de las páginas web tipo “SeriesYonkis” o “SeriesPepito”, cuya finalidad es mostrar los enlaces a páginas dedicadas al almacenamiento de archivos de las que se pueden descargar los ficheros.

La resolución judicial destaca la diferencia entre este tipo de enlaces y los P2P, así como de los links de descarga directa, concluyendo que *“El problema podía ser distinto en otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces en profundidad), los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas (“marcos” o “frames”); los enlaces involuntarios en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario; u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí. En algunos de estos casos si existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que quizás podría suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual”*. En definitiva, la citada sentencia considera que *“la reproducción puramente provisional e instrumental no constituye un acto prohibido, precisamente por dicha provisionalidad y porque es el mismo mecanismo necesario para que el enlace cumpla su función. Este es el criterio seguido por el Derecho comunitario en el artículo cinco de la Directiva 2001/29/CE”*.

En este sentido, con respecto a los enlaces tipo *torrent* o vinculados a plataformas P2P, la Audiencia Provincial de Madrid (Auto núm. 582/08 de 11 de septiembre de 2008, dictado en el marco de un procedimiento iniciado contra la página web de enlaces “*Sharemula*”) ha concluido que no se trata de una conducta ilícita, amparándose para ello en los *safe-harbors* o exenciones de responsabilidad de los ISP o prestadores de servicios de la sociedad de la información, ya analizados con anterioridad.

De este modo, como refleja FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la Audiencia señala que *“Procede el sobreseimiento de las actuaciones penales porque la actividad enjuiciada no consiste en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente “una obra*

*literaria, artística o científica” sin la autorización de sus titulares y, por tanto, no puede hablarse de la comisión de un delito en el sentido del artículo 270 del Código Penal. Pero la resolución no se conforma con esto y va más allá, dedica parte de sus fundamentos jurídicos a explicar que la actividad de “facilitar enlaces” en realidad está regulada en la LSSI, y que es ésta la norma que debe determinar en todo caso la responsabilidad de quienes la realizan”.*⁶³⁰

Esta misma línea es la seguida por otros pronunciamientos posteriores, tales como el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Orihuela, de 17 de octubre de 2008, en el caso “*TodoTorrent*”; Auto del Juzgado de Instrucción núm.1 de Madrid, de 31 de octubre de 2008, para el caso “*Índicedonkey*”, o el Auto del Juzgado núm. 3 de Ponferrada, de 31 de octubre de 2008, para el caso “*Emule24horas*”, entre otros. Con ello, como destaca ABELLA RUBIO, “*los jueces y tribunales coinciden en archivar las denuncias al entender que los programas P2P [y páginas de enlaces torrent, debemos añadir] son un simple atajo para acceder a determinados sitios en la red, no estando acreditado que exista un ánimo de lucro directo. Así, al no existir ni el elemento objetivo ni el elemento subjetivo, entienden que no es aplicable el artículo 270 del Código Penal.*”⁶³¹

En cualquier caso, el TRLPI, y más aún tras su reforma de noviembre de 2014, choca frontalmente con la jurisprudencia anterior, al atribuir responsabilidad a los portales web en los casos en lo que no respondan a los requerimientos de eliminación de contenidos considerados protegidos, dotando de poderes administrativos a la Comisión de Propiedad Intelectual para cerrar dichas páginas e incluso la imposición de cuantiosas multas. La normativa de propiedad intelectual prevé la infracción por parte de las mismas de los derechos de comunicación pública ostentados por los titulares de los derechos de autor, y les imputa el “ánimo lucrativo” que requiere el precepto por la presencia de banners de publicidad y, en el caso de que los oferten, por la percepción de ingresos mediante las cuentas “*Premium*” suscritas por algunos usuarios. Este es el caso de la web “*series pepito*” y “*películaspepito*” recientemente cerradas por orden de la Comisión de Propiedad Intelectual, imputando responsabilidad penal a los

⁶³⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.; “El uso de las redes P2P: ¿Una práctica imposible de controlar?”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN, X., (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011; pág. 314.

⁶³¹ ABELLÁ RUBIO, J.M., “¿Están protegidos los derechos de propiedad intelectual frente a los programas Peer To Peer?”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN, X. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011; pág. 326.

administradores de las mismas; ante lo cual muchas otras conocidas plataformas y páginas de enlazado en nuestro país han optado por cerrar o dejar de compartir enlaces temiendo las “represalias” legales, este es el caso de “Seriesyonkis”, y su homólogo “Películasyonkis”, y “Seriesly” (lo mismo ha ocurrido con páginas como “desdeunlugarmejor”, “elite torrent”, especializada en enlaces torrent, y páginas de reproducción en *streaming* como “magnovideo”).

Tal posicionamiento se ha visto reforzado en fechas relativamente recientes, por un lado por el Auto de la sección 28ª de la AP de Madrid, la cual, en sede de medidas cautelares, indicaba que *“el titular del sitio enlazado responde de los contenidos que coloca en la red y si éstos están protegidos infringe la propiedad intelectual o el derecho ajeno digno de protección. Pero también será responsable el prestador del servicio de enlaces si éste ya no se mantiene en una postura de neutralidad, es decir, si colabora de algún modo con la actividad infractora o conoce de la ilicitud de los contenidos y no actúa para evitarla. Si éste es sabedor de que el contenido enlazado al que está facilitando el acceso ocasiona perjuicio a derechos de tercero incurrirá en responsabilidad. (...) Conductas de esa índole, en las que el prestador del servicio despliega conductas activas de tratamiento, clasificación e indexación de la información, entrañan una ruptura de la neutralidad por parte de aquél y ello con independencia de quien le proporcione inicialmente el enlace y de la tecnología que luego se esté usando para el contacto entre los enlazadores (P2P, streaming, etc) si con ello lo que se produce es un mismo resultado”*.

Yendo un paso más allá, se reafirma el posicionamiento de los Juzgados y Tribunales españoles, del ámbito penal, a favor de la inclusión de los portales web de enlaces conducentes a obras protegidas, cuando se considera probado que los administradores del propio portal eran los que subían efectivamente los contenidos, y se evidencia que existe un ánimo de lucro materializado en los ingresos por publicidad. Así, en el caso concreto de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 5 de febrero de 2016, núm. 2/2016, (que trae causa de la Sentencia de 5 de marzo de 2015 de la misma Audiencia Nacional, casada por la STS de 27 de octubre de 2015, núm. 638/2015⁶³²) que tiene por objeto el caso de una página web en la que se organizaban los links que permitían el visionado y descarga de libros, revistas y diarios nacionales e

⁶³² El Tribunal Supremo, en su mencionada Sentencia de 27 de octubre de 2015, anulaba la anterior Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, cuyo fallo reviste el mismo sentido que la que ahora se estudia, dictada en respuesta a la casación, apreciando el TS quebrantamiento de forma.

internacionales de manera gratuita, tratándose de publicaciones cuyo único acceso legal se estructuraba mediante su adquisición en quioscos y establecimientos habilitados, suscripción y plataformas legales en línea como “Orbyt”⁶³³. En este pronunciamiento se concluye la “(...) *gravedad de los hechos y de su encaje en el tipo penal, tal cual han sido descritos. La descripción de la acción y su resultado supera el umbral de la tipicidad del art. 270 del CP, añadiendo una extrema gravedad a la misma como se visto, tanto como por el ingente contenido comunicado de contenidos protegidos por la LPI, el acceso masivo a los mismos desde la red, y el tiempo que duró la acción criminal.*” La Sentencia, en sus fundamentos jurídicos, argumenta la subsunción de la conducta enjuiciada dentro de la comunicación pública, reconociéndola como actos de “puesta a disposición” con un público nuevo⁶³⁴, considerándola “*una modalidad del mas general derecho de comunicación pública, por lo que no es necesario el establecimiento de una nueva conducta típica penal, sino que la realización de conductas de puesta a disposición en Internet con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, sin permiso de sus titulares y con la consiguiente lesión del derecho de explotación, debe ser considerado comunicación pública delictiva del art. 270 del CP.*”.

Resulta interesante para el objeto de este trabajo, en el marco del análisis de la responsabilidad civil principalmente, pero también de la administrativa y penal, la reflexión que hace la AN sobre las plataformas P2P y el intercambio de archivos. En este sentido, defiende el Tribunal que “*Las interpretaciones que sostienen la licitud de las páginas P2p y similares cuando se producen comunicaciones públicas, se han quedado obsoletas y ancladas a una concepción de la red de la década de los 90, donde Internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de diferentes IP con el fin de posibilitar el acceso mutuo, y el intercambio de información en un contexto esencialmente colaborativo y solidario -aplicado a nuestro caso como*

⁶³³ Como se considera probado en la Sentencia, esta oferta gratuita en línea se configuraba mediante un entramado organizado con grupos establecidos en otros países, en concreto se destaca un grupo colaborador en Ucrania, siendo los administradores españoles acusados, y estos terceros, los que escaneaban y subían ilegalmente a la red los contenidos, lucrándose por ello mediante la gestión de la publicidad mostrada en el portal de internet.

⁶³⁴ Sobre este aspecto concreto, resalta la Audiencia en la Sentencia que “*(...) partamos ya de que se trata de una obra dirigida a un público "nuevo" en cuanto que se trata de un contenido (revistas, periódicos, etc..) al cual solo pueden acceder aquellas personas o internautas que previamente hayan pagado por esa suscripción digital (ORBYT en el periódico EL MUNDO) o hayan comprado la edición impresa (periódico en un kiosco), ediciones muy diferentes a las digitales, y por ello no se puede convenir en que la existencia de ediciones digitales gratuitas diferentes de las escritas supone una previa puesta a disposición de estos contenidos.*”

un club de lectores que se intercambian sus libros, periódicos y revistas”, argumentando que, a partir de los 2000, tales “clubes” fueron sustituidos por la hegemonía casi total de los portales y motores de búsqueda, como gestores centralizados de datos, que son los que organizan los accesos a los contenidos publicados en páginas web y albergados en servidores conectados a la red.

Asimismo, con respecto, en concreto, a las plataformas p2p, destaca su postura de que *“no son ilegales como tal, simplemente son un modo de compartir archivos valiéndose de las oportunidades que ofrece Internet, pero pueden convertirse en ilegales civil o penalmente y ahora administrativamente en función de los contenidos y sus usos - como mínimo siempre que se facilite el acceso generalizado e indiscriminado de una obra protegida, aunque sea en un sistema descentralizado, se está lesionando el derecho y constituye un ilícito en general, siendo de naturaleza penal cuando se concurren el resto de requisitos del art. 270 del CP. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados. El caso de autos supera y trasgrede con creces esta filosofía.”*

En definitiva, y en aplicación de todo lo argumentado, la Audiencia falla condenando a los acusados por un delito agravado contra la Propiedad Intelectual (con una pena de prisión de 3 años para cada uno, más multa), además, y aquí reside la mayor novedad, de por un delito de promoción y constitución de organización criminal, con tales fines.

Esta Sentencia, ha sido objeto, de nuevo, de un recurso de casación interpuesto por los acusados ante el TS por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, fallando el Alto Tribunal (con Voto Particular, que rechaza la apreciación de la comisión del delito de organización criminal⁶³⁵), en su

⁶³⁵ El mencionado “voto particular”, del Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta, se aparta de la postura del resto del Tribunal en cuanto a la apreciación de la subsunción de la conducta en el tipo penal de organización criminal. El magistrado defiende que lo que resulta probado es la existencia de un reparto de funciones entre los acusados, gestores del portal español, y los llamados “ucranianos”, no identificados en el proceso, sin que sea posible determinar una aportación de estos últimos a las finalidades perseguidas con la creación del grupo, ni, en definitiva, la pertenencia de éstos al grupo ni comunidad de intereses dirigidos a una finalidad delictiva; cabiendo la posibilidad de que constituyan unos *“meros instrumentos para la ejecución, sin pertenencia al grupo”*. Así, en conclusión, subraya que *“Una interpretación como la realizada en la sentencia permite entender que todo supuesto de codeincuencia, cuando sean más de tres personas, supone la tipicidad en la organización criminal, y ese automatismo, además de vulnerar las exigencias de la determinación de la responsabilidad penal, es ajena a la configuración del delito de organización para el que hemos declarado como elemento característico del tipo penal la realización del delito a través de un entramado social que vaya más allá de la suma de las personas individuales que la conforman, para constituir una empresa criminal para la realización de delitos. Del hecho probado resulta que dos personas acometen una aventura delictiva y se valen de otros para la realización de actos materiales del delito sin asumir por éstas últimas, porque no resulta del hecho, una finalidad común para la realización del delito.”*

pronunciamiento de 22 de noviembre de 2016, núm. 920/2016, el rechazo de tal recurso de casación, confirmando así la Sentencia comentada de la Audiencia Nacional.

Los procedimientos de este tipo se suceden en la actualidad. Así, en el mes de febrero de 2018, en el marco de la llamada operación “cascada” la Guardia Civil bloqueó 23 páginas web –entre ellas www.divxtotal.com, www.estrenosdtl.com y www.gamestorrents.com -, deteniendo a los responsables españoles y argentinos, por enlazar a otros portales en los que se ofrecía la descarga y visionado en streaming de contenido audiovisual y videojuegos sin el consentimiento de los titulares de derechos⁶³⁶. En este caso, la Guardia Civil ha concluido que el gestor español de los portales *“pasaba prácticamente las 24 horas del día realizando cometidos de administración y gestión del entramado web, ya que vivía únicamente del beneficio económico obtenido de la publicidad en las páginas, del pago de los cyberlockers que alojan los contenidos y pagan por descarga, así como del minado de criptomonedas.”*⁶³⁷. Dicha operación se ha visto ampliada en los últimos meses, alcanzando un total de 49 páginas web cerradas, determinando, en el marco de la operación denominada “colmillo blanco”, el cierre de portales de enlazado tales como “seriesblanco.com” y “bajui.org”, y la detención de su gestor.

Resulta muy interesante señalar, respecto de últimas operaciones de cierre de portales, la existencia de una nueva e indirecta fuente de beneficios empleada por los gestores de este tipo de portales de enlaces que, en algunos casos, puede suponer incluso un perjuicio para el usuario que las visita. Así, señala la UCO (Unidad Central Operativa de la Guardia Civil), que *“Los usuarios de este tipo de webs, sin saberlo en la mayoría de los casos, son utilizados para aumentar las visitas en bucles infinitos de publicidad e*

⁶³⁶ Como se subraya en la noticia de prensa sobre la cuestión *“según los investigadores, los responsables de estas páginas utilizaban diversos métodos para evitar el cierre o bloqueo como ocultar la ubicación real de sus servidores y los datos de registro de los dominios contratados, llegando incluso al cambio constante de la ubicación de sus servidores en varios países. El Departamento de Delitos Telemáticos de la UCO ha detectado casos en los que dominios previamente bloqueados judicialmente, eran reactivados en cuestión de horas, con nombres de dominios prácticamente idénticos o incluso cambiando únicamente la extensión de los mismos.”* (Fuente: <http://www.elmundo.es/tecnologia/2018/02/20/5a8be87e46163f1d4a8b461f.html>; fecha última consulta 4 junio 2018) Se hace hincapié también en la nota de prensa de la UCO de la Guardia Civil que *“los administradores de estos dominios operaban desde el extranjero, desde donde estaban obteniendo importantes beneficios económicos con la publicidad y la gestión de las bases de datos, tanto de enlaces como de usuarios.”* (Fuente: <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/la-guardia-civil-cierra-divxtotal-y-otras-22-webs-p2p-y-habra-mas-cierres-proximamente>; fecha última consulta: 4 junio 2018)

⁶³⁷ Nota de prensa de la Guardia Civil sobre las operaciones “Cascada”, “Colmillo blanco” y “Démona”, fecha 1 junio 2018; fuente: <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/6627.html> (Fecha última consulta 4 junio 2018)

incluso para el minado de criptomonedas a través de sus propios equipos”. En concreto, se detalla que *“Debido al auge y aumento exponencial en el precio que están teniendo las criptomonedas en el mercado, los ciberdelincuentes han puesto su foco en las mismas. En algunas de las páginas intervenidas, habían alojado unos scripts que permitían utilizar la capacidad de cálculo del procesador del equipo del usuario sin su consentimiento, siempre para beneficio de los administradores. La utilización de esa alta capacidad de procesamiento, más allá del aumento del consumo eléctrico del usuario, genera un excesivo calor en el equipo que, de forma continuada, puede producir daños físicos y una disminución de la vida útil del ordenador.”*⁶³⁸

Con lo anterior se evidencia que la complejidad de las estructuras y las vías de financiación y obtención de beneficios en el marco de este tipo de portales de enlace a contenidos ilegales se extienden y perfeccionan, suponiendo nuevos retos para las fuerzas de seguridad del Estado y los juzgados y tribunales para la persecución y enjuiciamiento de sus responsables y la prevención y cesación de las conductas vulneradoras, además de implicar nuevos riesgos para los propios usuarios de tales servicios.

Gran influencia ha tenido, sin duda, en dicho cambio en la postura jurisprudencial, pasando a la imputación de responsabilidad a las páginas de enlaces, no sólo la reforma de la configuración del sistema de imputación de responsabilidad civil a este tipo de proveedores en la legislación española, sino también la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, “sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.”, emitida con el objeto de adecuar la postura de tal institución y sus miembros al actual sentido de la normativa. Sobre ésta, sin ánimo de ser exhaustivos, resulta pertinente apuntar los principales cambios que supone en lo que respecta a la interpretación de la responsabilidad penal de la tipología de proveedores, en la que se centra principalmente esta tesis, y sobre la que recaen las novedades más notorias.

De manera inicial, se debe subrayar que el motivo principal que origina tal cambio, como se destaca en el propio documento, responde a dos causas: una adaptar la postura de la Fiscalía a los cambios en las conductas vulneradoras en la red en este campo, y la adecuación de tal posicionamiento a los nuevos tipos penales surgidos de la reforma de

⁶³⁸ Nota de prensa de la Guardia Civil, 1 junio 2018; op. cit.

2015. De manera significativa se hace hincapié en que las líneas marcadas en su precesora respondían al marco que establecía el Código Penal vigente en ese momento, que delimitaba de forma más restringida las conductas lesivas merecedoras de persecución penal, así como los requisitos para su inclusión en los tipos existentes. En este sentido destaca que *“Hasta la reforma que se analiza, la persecución penal de muchas de las acciones vulneradoras vinculadas al uso de las TICs se ha visto dificultada por dos motivos distintos. De un lado, por el entendimiento de que la actividad desarrollada por las webs de enlace no era incardinable en ninguna de las conductas típicas relacionadas en el derogado art. 270 CP, y en particular en el concepto de comunicación pública, y de otro por considerar que únicamente era apreciable la concurrencia de ánimo de lucro en los supuestos en que las descargas irregulares de obras protegidas generaran una obligación de contraprestación directa.”*. (Conclusión 2ª)

De manera especial, se hace un llamamiento a los Fiscales a contemplar la interpretación ya sentada por el TJUE, objeto de comentario ut supra, del derecho de comunicación pública, quedando clarificado que las conductas basadas en publicar links a contenidos protegidos sin autorización supone una violación del mismo. En la misma línea, les insta a observar el ánimo de lucro exigido por el CP para estas tipologías en un sentido amplio, de forma que las actividades que no presenten ánimo de lucro en sentido comercial deberán ser excluidas de este ámbito punitivo, pero incluyendo otras vías de beneficio para la interpretación de la presencia de tal ánimo. En particular, se establece que *“Para la concurrencia de este elemento, el beneficio derivado de la actividad ilícita puede obtenerse bien directamente -a través de contraprestaciones económicas por cada acto de descarga o acceso irregular a obras protegidas- o bien indirectamente -mediante ganancias obtenidas por publicidad, por la comercialización de los datos de los usuarios u otros medios-”* (Conclusión 4ª)

En lo que respecta a la propia alteración de los tipos que llevó a cabo la reforma de 2015, concreta la Circular que el tipo básico del art. 270 CP (incluido en el ap.1), se ha visto modificado introduciéndose una redefinición y ampliación de las conductas típicas, así como la modificación del elemento subjetivo y la ampliación de los derechos objeto de protección. La nueva redacción del precepto acaba con su condición de numerus clausus, añadiendo a las conductas tradicionales –reproducir, comunicar públicamente, etc... – una expresión que abre el elenco, textualmente, a *“cualquier otro modo de explotación económica”*. Con ello, como señala el documento, *“se pretende*

abarcar toda forma de aprovechamiento irregular de derechos que pueda surgir en función del estado de la técnica en cada momento, evitando una definición excesivamente cerrada de los comportamientos típicos que haga inviable el reproche penal ante mecanismos o formas de actuación -impensables actualmente- que resulten, en el futuro, merecedores de ello.” (Conclusión 6ª)

Dentro de estos cambios, resulta muy significativo el basado en la sustitución del requisito de “ánimo de lucro”, por el de “*obtener un beneficio económico directo e indirecto*”⁶³⁹, el cual se lleva a cabo, evidentemente, para subsumir en el tipo penal todas las conductas en las que el beneficio se obtiene de forma indirecta, a través de publicidad, minería y venta de datos, etc. Sin embargo, de manera paralela, tal cambio determina que “*Esta redefinición del elemento subjetivo y la utilización del adverbio económicamente para delimitar el alcance de las conductas típicas, llevan a concluir que el mero acceso irregular a un contenido protegido, sin otra finalidad que el ahorro del precio que pudiera exigirse por el disfrute de la obra o prestación, queda extramuros del derecho penal.*” (Conclusión 7ª).

Por otro lado, el actual art. 270.2 CP tipifica las conductas consistentes en la violación de los derechos de autor llevadas a cabo por los proveedores de los servicios de la sociedad de la información, basadas la facilitación del acceso/localización ilícita de contenidos protegidos en la red. No obstante, se imponen una serie de requisitos para que tales actividades tengan relevancia penal, exigiéndose su realización con la voluntad de obtener un beneficio –ya sea directo o indirecto – y causando un perjuicio a un tercero, amén de exigirse un comportamiento activo y no neutral, y sin que se limite a un tratamiento técnico –ello implica la exigencia de la presencia de conocimiento efectivo, que se considerará existente tanto a través de la comunicación de la resolución del órgano competente como mediante la mera constancia de la ilicitud cuando sea evidente por sí misma. Este precepto, como se señala en la Circular, “*abarca cualquier modo en que pueda materializarse la comunicación pública de contenidos, si bien se refiere expresamente al más generalizado de ellos, las páginas de enlace, al indicar...en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados a las obras y contenidos...*” (Conclusión 9ª). Se puntualiza que tales actividades de enlazado seguirán considerándose penalmente punibles aún en los casos en que los links hayan sido colgados por los usuarios, como se desprende el último inciso del ap. 2 del art. 270, por

⁶³⁹ Modificación que se evidencia en los arts. 270.1 CP como en los arts. 270.2, 270.4 y 270.5 apartado d)

cuanto ello no afecta al carácter ilícito de la conducta del proveedor del servicio – intermediario – siempre que se den los requisitos antes comentados. Sin embargo, ello no opta para la posible incursión en responsabilidad criminal de dichos usuarios que comparten y facilitan públicamente los contenidos, en los casos en que *“unos y otros actúan concertadamente con el prestador de servicios, y en consecuencia obtienen una contraprestación económica por su actividad o una participación en los beneficios derivados de la ilícita explotación de esas obras y prestaciones, ha de entenderse que participan activamente en la actuación criminal por lo que se harán acreedores de sanción si concurren el resto de los requisitos que exige el tipo penal”* (Conclusión 12^a). Dicha imputación, sin embargo, no será posible cuando la conducta del usuario que comparte no persigue ningún beneficio, teniendo como único fin facilitar y colaborar con la comunidad, al no encontrarse presente en este supuesto el elemento subjetivo reclamado por el tipo penal.

Además, se recoge en la Circular una llamada a la reclamación de medidas cautelares y definitivas en estos casos, recordándose que, pese a que la norma hace mención expresa a las medidas consistentes en la retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio que los difunde o el bloqueo de acceso a éstos, el art. 270.3 CP permite también al juez dictaminar otras medidas cautelares que considere pertinentes, haciéndose una clara referencia a las contenidas a los arts. 141 y 143 TRLPI. Se señala por la Fiscalía General que, en concreto, a pesar de las críticas, las medidas basadas en el bloqueo se han mostrado efectivas e, incluso, del todo necesarias, para evitar la continuación de las violaciones reiteradas en nuestro país, ocasionadas por prestadores y plataformas radicadas en otros Estados, pero disponibles *worldwide* en la web.

Por último, y en íntima relación con el objeto de esta tesis, se subraya que el artículo 272 CP determina que la responsabilidad civil por la comisión de estos ilícitos penales se dirimirá siguiendo los preceptos relativos al cese de la actividad vulneradora, ex art. 139 TRLPI y a la indemnización por daños y perjuicios, regulada en el art. 140 TRLPI . Así, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de tal responsabilidad, en el documento se exorta a los fiscales a instar *“la adopción de las medidas cautelares necesarias para ello, tanto las previstas en los arts. 139 y 141 LPI como las genéricas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”* (Conclusión 22^a).

A la vista de todo lo anterior, cabe por tanto concluir que, tras la entrada en vigor de la Ley 21/2014, que reforma la LPI, la compartición de links de descarga en páginas web

es ilícita, al igual que sucede con la descarga de los archivos por estos medios; de modo que, subsumida en la misma conducta ilegal, se encontraría la realizada por los propios usuarios que “*suban*” (“*uploading*”) música a la red para su compartición. Sin embargo aún se mantiene, al menos por ahora, la imposibilidad de identificar a los usuarios de las mismas en procedimientos civiles, al no haberse modificado la legislación de protección de datos, si bien, tras la reforma, parte de la doctrina vislumbra que dicha posibilidad no está ya lejana de hacerse realidad, a tenor de la modificación del artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que la Ley 21/2014 añade un apartado 11º. En dicho precepto se contempla la posibilidad de identificación, por parte de los ISP, de aquellos usuarios en los que “*concurran indicios razonables de que están poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas*”. Con ello, se abre un resquicio a la posible identificación, en un futuro ya no tan lejano, de los usuarios de plataformas de descarga tipo P2P y enlaces.

6.4. La situación italiana.

De modo similar a las dificultades destacadas en el anterior punto con respecto a la configuración del régimen de responsabilidad civil en el ámbito europeo y, en concreto, en el español, el marco actual italiano presenta una complejidad y obscuridad notoria. Nuestro ánimo es, por tanto, analizar la normativa italiana al respecto, haciendo hincapié en los más relevantes problemas interpretativos destacados por la doctrina, y un repaso a la jurisprudencia más relevante y reciente sobre la materia⁶⁴⁰.

Así, en primer lugar, es necesario subrayar que son tres los sujetos implicados en esta problemática en cuestión, de un lado el proveedor como sujeto que ofrece o presta el

⁶⁴⁰ Como ya sido puesto de relieve en el Prefacio de este trabajo, por la amplitud de los sujetos y del propio objeto, se busca la máxima concreción en el análisis, por lo que, también en este punto, nos vamos a concentrar en el estudio de la responsabilidad civil como proveedor en el caso concreto de las páginas de enlaces (así como de los portales de almacenamiento de contenidos o servicios de *host*) y redes de descarga ilícita de obras digitales.

servicio; de otro, el usuario como sujeto que hace uso del mismo y lleva a cabo la comisión de la conducta ilícita (en la mayoría de los casos, al menos), y, por último, los titulares de los derechos de explotación que sufren el perjuicio.

Al respecto, se evidencia que en aras de la mayor eficacia de la tutela de los derechos de autor, tanto ex ante como ex post, el sujeto más identificable y perseguible es el propio proveedor, además de poseer, indudablemente, de manera potencial, el mayor patrimonio para hacer frente a la indemnización por el daño. Se han convertido, por tanto, en los últimos años en el objetivo principal de los procedimientos articulados para la eliminación de los contenidos y el resarcimiento a los titulares de los derechos afectados. Así, como se analizará más adelante, se configura de esta manera una responsabilidad aquiliana que recae sobre el proveedor por aquellos actos ilícitos cometidos en línea por terceros que hacen uso de sus servicios, además de en aquellos casos en que la comisión sea propia, donde se articula una responsabilidad directa⁶⁴¹. En este sentido, se defiende por la doctrina, y se evidencia de la tendencia jurisprudencial, la superación de la imputación de una responsabilidad monosubjetiva del usuario final, configurando de esta forma una responsabilidad plurisubjetiva compartida por éste y el intermediario, de tipo solidario, aunque que empieza correr desde el momento de comisión del ilícito por el primero y del conocimiento del mismo o la no eliminación de la vulneración en el caso del intermediario⁶⁴².

Como se irá hilvanando en las siguientes páginas, tal concentración de la responsabilidad en el esta tipología de sujetos muestra, en nuestra opinión, seguridad jurídica a los potenciales afectados por las conductas ilícitas en línea, al fijar como objetivo principal de la responsabilidad a personas físicas o jurídicas con un mayor patrimonio y de tal relevancia que permite su fácil identificación y persecución. Sin

⁶⁴¹ Sobre ello, destaca DI GENOVA, que “*in modo particolare, si deve accertare se l’internet provider si sia limitato a fornire l’accesso alla rete o ad offrire alcuni servizi, oppure se abbia rivestito il ruolo di produttore diretto dell’informazione (c.d. content provider); in quest’ultimo caso, è indubbio che il provider sia chiamato a rispondere del proprio operato in quanto autore e non in quanto intermediario di informazioni altrui. Il problema, invece, sorge nella fattispecie in cui manchi una qualsiasi partecipazione attiva del provider alla commissione dell’illecito*”. (DI GENOVA, M., “Diritto d’autore e cultura libera nella società dell’informazione”, *Rivista Diritto Mercato Tecnologia* (versión online), núm. 2/3, Anno II Aprile/Settembre 2012; pág. 18.)

⁶⁴² Como subraya BOCCHINI, “*Nel caso in esame, all’origine il soggetto autore dell’illecito è solo uno, ma nel corso del tempo al primo responsabile si aggiunge il secondo responsabile onde la necessità di enucleare un illecito plurisoggettivo successivo eventuale e, correlativamente una responsabilità plurisoggettiva successiva eventuale*.” (BOCCHINI, R., “La responsabilità degli Internet provider nella convergenza tecnologica”, en AA.VV., PAPA, A. (Dir.), *Comunicazione e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti*, Aracne Editrice, Roma, 2011; pág. 104). Sobre esta cuestión, en mayor profundidad, además vid. BOCCHINI, R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003.

embargo, tal sistema no está exento de inconvenientes y posibles riesgos. En este sentido, en primer lugar, se podría argumentar que tal régimen hegemónico de responsabilidad se acerca peligrosamente a la estructuración de un mecanismo de responsabilidad objetiva del proveedor que ha de responder, aún sin culpa, por los actos cometidos por sus usuarios, algo que, sin embargo, ha intentado frenar la normativa italiana y sus jueces y tribunales. Ello porque determinaría un sistema en el que el proveedor habría de llevar a cabo controles precisos de la información compartida bajo su servicio, mediante excesivamente gravosos mecanismos, y estableciéndose un sistema de prueba *diabólica*, por lo difícil que le resultaría al prestador demostrar su desconocimiento de tales conductas ilícitas, no por indolencia, sino por material incapacidad.

Por otro lado, en lo que respecta a sus riesgos de índole socio-económica, como se ha destacado por la doctrina, por un lado implica la exigencia de una capacidad económica de los ISP susceptible de responder a posibles imputaciones de responsabilidad de esta índole, lo que puede suponer el freno a la entrada de nuevos prestadores de servicios en este mercado y la salida de muchos de ellos, lo que implicaría la concentración de la actividad en unos pocos entes empresariales de peso y envergadura, creándose así una suerte de oligopolio de los servicios de la sociedad de la información⁶⁴³. Asimismo, en este orden de cosas, se impone al proveedor una obligación de control y vigilancia de las actividades online que le acerca a la figura de un censor, por cuanto, de un lado, se ve obligado a eliminar todo aquel contenido que pueda ser considerado ilícito – aún sin el pronunciamiento de un juez – por temor a una posible responsabilidad por tales actos, así como de establecer sistemas de rastreo de la información para detectar posibles infracciones, desempeñando, así, una labor de censura de la información en red⁶⁴⁴, y vulnerando, potencialmente, las libertades de expresión y de información de los ciudadanos.

Sin embargo, como ya se ha advertido, la normativa y jurisprudencia italiana, han buscado apartarse de estos riesgos, concretando un régimen de responsabilidad civil

⁶⁴³ En esta línea, vid., RICCIO, G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli Editore, Turín, 2002; pág. 200 y ss.; y PONZANELLI, G., “Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider”, en STANZIONE, P. y SICA, S. (Dir.), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè Editore, Milán, 2002; entre otros.

⁶⁴⁴ Al respecto, RODOTÀ, S., “Libertà, opportunità, democrazia, informazione”, en *Internet e privacy: quali regole?*, en Supp. Núm. 1, bollett. Núm. 5 Garante per la protezione dei dati personale informazione, Roma, 1998.

(Disponible en: <http://www.118er.it/internet/documenti/Archivio/PUBBL/ATTI.PDF>)

basado en la culpa⁶⁴⁵, estableciendo, en la línea de lo marcado por la legislación europea, un sistema de exención de responsabilidad vinculado a una serie de conductas exigidas al proveedor, lo que, en sentido contrario, determina su responsabilidad cuando no se cumplan. Tal previsión normativa de la imputación del ISP no sustituye, sin embargo, la responsabilidad del usuario, como verdadero actor del ilícito, sino que se prevé una responsabilidad compartida entre ambos, el primero por omisión de los niveles de diligencia profesional reclamados por la normativa, y el segundo, propiamente por la acción comisiva.

De manera inicial, es preciso delinear, de modo general, el régimen de responsabilidad o, más bien, de exoneración de la responsabilidad civil⁶⁴⁶ de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o intermediarios, que hace el D. Legs. Italiano de 9 de abril de 2003, núm. 70, de “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”, encargado, por tanto, de la transposición de la – ya analizada en el epígrafe anterior – Directiva 2000/31⁶⁴⁷. Como

⁶⁴⁵ En este sentido, destaca RICCIO, sobre la propia base sentada por el legislador europeo, que “*La direttiva, quindi, ha optato per un modello di responsabilità fondato sulla colpa degli operatori, considerati come meri carrier dei contenuti informativi, scartando le ipotesi di responsabilità oggettiva, come la responsabilità da rischio di impresa o editoriale. Una scelta apprezzata dalla dottrina, che ha consentito lo sviluppo economico dei nuovi operatori e ha scongiurato ogni rischio di assegnazione di poteri “censori” in capo agli ISP*”. (RICCIO, G. M., “Diritto all’oblio e responsabilità dei motori di ricerca”, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica* (II), fasc.4-5, 2014, pág. 754.)

⁶⁴⁶ La doctrina ha puesto tradicionalmente de relieve el ánimo de la Directiva de configurar, más que un marco de responsabilidad, lo que PARISI ha venido a denominar un régimen de “*irresponsabilità condizionata*”, o “*immunità condizionata*” según DI CIOMMO, al establecer en su articulado los requisitos para exonerar de responsabilidad al intermediario, en lugar de los elementos determinantes del nacimiento de tal responsabilidad. (PARISI, A.G., “Il commercio elettronico”, en SICA, S. y ZENO ZENCOVICH, V. (Dir.), *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, Tercera Edición, Cedam, Padua, 2012; pág. 347 y ss.; DI CIOMMO, F., “Responsabilità civili in Internet: i soggetti, i comportamenti illeciti, le tutele”, *Altalex*, enero 2004; disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2006/01/24/responsabilita-civili-in-internet-i-soggetti-i-comportamenti-illeciti-le-tutele>). A la misma conclusión llega BOCCHINI, quien concluye que la Directiva disciplina en su articulado hipótesis de exclusión de la responsabilidad civil, asimilándose en la propia redacción a la literalidad del artículo 2044 C.c. italiano relativo a la legítima defensa, lo que, de acuerdo con el autor, implicaría la imputación de la carga de la prueba a la víctima del daño, entre otras consecuencias. (BOCCHINI, R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, op. cit.; pág. 53).

Ello parece responder, como señala TESCARO, a un ánimo del legislador europeo (como se manifiesta en los Considerandos 1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE) y, asimismo, del italiano, de favorecer al proveedor en aras del desarrollo del mercado electrónico, a pesar del posible sacrificio de intereses contrapuestos concretados en los titulares de los derechos potencialmente afectados. (TESCARO, M., “Sub art. 2 d.lg. n. 70 del 2003”, en DE CRISTOFARO, G. y ZACCARIA, A. (Dir.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª edición, Cedam, Padua, 2013; pág. 1308 ss.)

⁶⁴⁷ Al respecto de tal configuración de la exoneración, en sentido inverso, destaca DI GENOVA, que “*Se, viceversa, il provider pone in essere un comportamento contrario a quanto sancito dall provvedimento,*

ocurre con la citada norma europea, el sistema que se articula atiende a parámetros subjetivos para la determinación e imputación de la responsabilidad, apartándose del elemento objetivo, al modular las previsiones de la norma atendiendo al tipo de proveedor y la actividad que desarrolla, en lugar de a la tipología de los tipos de ilícitos o bienes jurídicos perjudicados, con lo que se *dibuja* un mecanismo de imputación de tipo “horizontal”⁶⁴⁸.

Atendiendo a lo dispuesto en la norma, en su artículo 2 apartado b), lo recogido en la misma le es de aplicación a los prestadores vinculados a la red telemática, que se definen como “*la persona fisica o giuridica che presta un servizio della societa' dell'informazione*”⁶⁴⁹. Tras esta definición general se integran una diversa tipología de proveedores cuya actividad y grado de integración en la circulación de la información varía, lo que determina la graduación de la responsabilidad imputable y, por tanto, el grado de diligencia exigible, a cada categoría en función de tales criterios. En este sentido, siguiendo la nomenclatura de la Directiva que transpone, la norma italiana clasifica al proveedor en función en tres categorías: los que prestan servicios de “mere conduit” o “semplice trasporto dei dati”, los de “caching” o “memorizzazione temporanea” y los de “hosting” o “memorizzazione di informazione”. A tal clasificación, se viene a unir aquella configurada por la jurisprudencia italiana⁶⁵⁰ y aceptada por la doctrina, integrada por el “access provider”, “service provider” – o “host provider” – y el “content provider”, en los que, respectivamente, la función es en el primer caso, básicamente, hacer posible el acceso a la red; en el segundo, almacenar

allora scatterà l'obbligo di risarcire il danno prodotto. Si tratterà evidentemente di una responsabilità solidale con l'autore dell'illecito ex art. 2055 cod. civ.” (DI GENOVA. M., op. cit., pág. 19)

⁶⁴⁸ Así lo señala la doctrina mayoritaria, cabiendo destacar, entre otros, MULA, D., “La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore”, *Rivista di Diritto Industriale*, fascicolo 3, 2010; PINO, G., “Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete”, *Danno e Responsabilità*, núm. 8-9, 2004; BASSINI, M., “La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità “complessa”?”, *Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo, federalismi.it*, núm. 3, 2015; y GRANDINETTI, O., “La responsabilità dell'internet provider tra privacy e diritto d'autore”, en BOMBI, R. y ORIOLES, V. (Dir.), *Nuovi valori dell'italianità nel mondo. Tra identità e imprenditorialità*, Udine, Forum, 2011, págs. 141-155. Esta misma idea se encuentra presente en las Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen, de 9 diciembre 2010, en la causa Causa C-324/09, L'Oreal vs. Ebay.

⁶⁴⁹ Para una definición más detallada de proveedor de servicios en línea, cabe referirse a la subrayada por MULA, como “*il soggetto che esercita un'attività imprenditoriale di prestatore di servizi della società dell'informazione offrendo servizi connessione, trasmissione e immagazzinamento dei dati, ovvero ospitando un sito sulle proprie apparecchiature*”. (MULA, D., “La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore”, op.cit.; pág. 1).

⁶⁵⁰ Empleada por primera vez en la Sentencia del Tribunal de Bolonia, de 14 de junio de 2001, núm. 3331, presente ya en sucesivos pronunciamientos, como, entre otros, la *Ordinanza* del Tribunal de Roma, Sez. Civile IX, de 16 de junio de 2011.

durante un determinado periodo de tiempo la información “*subida*” por el usuario, teniendo por tanto cierta interacción con estos contenidos durante la permanencia de los mismos y, en el ultimo, el proveedor es el verdadero suministrador de la información, por lo que su relación con la misma es total desde el momento de su compartición⁶⁵¹.

Teniendo tal tipologías presentes, es necesario plantear los regímenes de responsabilidad que para cada tipo de ellos prevé la norma italiana.

Así, en primer lugar, el artículo 14 del D. Lgl. 70, relativo a “*Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - Mere conduit*”, establece, en su apartado 1, que los prestadores cuya actividad consista en la transmisión, a través de una red de comunicación, de información creada por un sujeto usuario del servicio o en la facilitación del acceso a la red, no serán responsables por tales actos, siempre que cumpla con tres requisitos: no sea él quien da origen a la transmisión, no seleccione al destinatario ni seleccione ni modifique la información transmitida⁶⁵². Tal previsión se complementa con lo dispuesto en el apartado 3 del precepto donde se concreta que la autoridad judicial o administrativa, con funciones de vigilancia, podrá exigir, incluso en vía de urgencia, que el prestador en el marco de su actividad impida o ponga fin a las violaciones cometidas en Red⁶⁵³. Con ello, se evidencia que no se imponen elevados niveles de exigencia en el control ex ante de la comisión de actos ilícitos, ya que no se le obliga al establecimiento de ningún tipo de mecanismo ni ninguna diligencia previa especial, siendo compelido a la eliminación del contenido sólo en aquellos casos en los que así se

⁶⁵¹ Resulta, a nuestro juicio, muy acertada la clasificación que delinea BOCCHINI, formada por el *access provider* “*i quali offrono semplicemente agli utenti l'accesso alla rete Internet*”, el *service provider* a los que define como “*i quali offrono servizi di comunicazione e/o trattamento delle informazioni destinati al pubblico oppure ad utenti abbonati*”; el *content provider* que, para el citado autor, “*sono coloro i quali offrono al pubblico informazioni che transitano sulla rete telematica e destinate al pubblico oppure ad utenti abbonati*”, y el *host provider* como “*coloro i quali forniscono materialmente l'ospitalità ai destinatari dei servizi e ai content provider mettendo a disposizione sul proprio computer uno spazio di hard disc al fine di permettere l'immissione delle informazioni nella rete Internet*”. (BOCCHINI, R.; “*La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*”, op. cit.; pág. 29.) Esta clasificación se encuentra presente en la doctrina mayoritaria, cabiendo destacar, entre otros, a PINO, G., “*Assenza di un obbligo generale di sorveglianza (...)*”, op. cit.; y DEL FEDERICO, C., “*ISP liability e attività di hosting: l'inadeguatezza del quadro normativo odierno*”, *Giustizia Civile*, núm. 5, 2015; pág. 3 y ss.

⁶⁵² Por otro lado, el apartado 2 puntualiza que “*Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.*” De ello se deriva que la exención de responsabilidad sólo se aplica en los casos en que la memorización sea automática, intermedia y transitoria, lo que determina la ajenidad del prestador al contenido transmitido, mientras que el incumplimiento de tal requisito, implica el nacimiento de la responsabilidad.

⁶⁵³ Se trata ésta de una de los extremos cuya traslación a la normativa nacional deja la Directiva a la discrecionalidad del legislador de cada Estado, y que ha sido acogida en el caso italiano.

lo exija una autoridad judicial o administrativa con poderes de vigilancia; siendo en el caso concreto de Italia la ya mencionada *Autorità di Garanzia per le Comunicazioni* (AGCom).

A continuación, el artículo 15 del texto en cuestión, relativo esta vez a “Responsabilità nell’attività di memorizzazione temporanea – caching”, se establece la exoneración del ISP que cuya función se concentre en la memorización automática, intermedia y temporal de la información con la finalidad exclusiva de hacer mas eficaz su transferencia sucesiva a los destinatarios a su solicitud, aunque sólo en el caso de que se den los siguientes requisitos: “a) *non modifichi le informazioni*; b) *si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni*; c) *si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore*; d) *non interferisca con l’uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull’impiego delle informazioni*; e) *agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l’accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l’accesso alle informazioni e’ stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un’autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.*” Queda con ello evidenciado como, a este tipo de proveedor se le exige una conducta más activa en lo que respecta a la información y actuación del cliente, por ser mayor que en el caso anterior su implicación con la transferencia y el contenido de la misma; previendo además la necesaria actuación del proveedor para eliminar la información en el momento en que tenga conocimiento de la retirada del mismo en la página que lo albergaba o cuando así lo dispone una autoridad judicial o administrativa de vigilancia⁶⁵⁴. A ello se une, como ocurría en el caso del artículo precedente, la previsión del apartado 2, en el que se dispone la potestad de la autoridad judicial o administrativa con funciones de vigilancia de exigir al proveedor, a través de

⁶⁵⁴ En este sentido subraya DI GENOVA que “*A tale scopo rileva il momento dell’effettiva conoscenza da parte del prestatore, ovvero della comunicazione del soggetto che ha preteso la rimozione dei contenuti. Per non incorrere in responsabilità, il provider deve provvedere a cancellare le informazioni presenti nelle copie cache, nel caso in cui siano state rimosse dal sito d’origine sia da titolari del sito stesso che, eventualmente, da un organo giurisdizionale o da un’autorità amministrativa*” (DI GENOVA, M., op. cit.; pág. 21).

procedimiento ordinario o de urgencia, que actúe para impedir o poner fin a las conductas dañosas⁶⁵⁵.

En tercer lugar, el artículo 16 del Decreto es el encargado de la “Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – hosting”. Al respecto, establece la exoneración de responsabilidad de aquel tipo de prestador cuyo servicio consiste en la memorización de contenidos por *encargo* del usuario, cumpla con los siguientes requisitos: “a) *non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.*” A lo que se añade la puntualización del apartado 2, que determina la imputación de la responsabilidad al prestador en los casos en que el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o el control del ISP.

Con respecto a los referidos requisitos, surgen algunas cuestiones en la doctrina. Así, en el caso del apartado a), como ha señalado FERRARESE, “*Il richiamo alle azioni risarcitorie induce a ritenere che la disciplina sia di portata generale, distinguendo il profilo dell'illecito penale da quello civile, con le rispettive gradazioni del livello di conoscenza. Nel primo profilo si parla di “effettiva conoscenza”, mentre nel secondo si utilizza l'espressione “essere al corrente di”, per cui risulta palese l'esclusione di un riferimento alla mera conoscibilità, coerentemente con l'esclusione dell'obbligo di sorveglianza previsto dall' art. 17. In caso di azione penale, dunque, rileverà l'effettiva conoscenza “del fatto che l'attività o l'informazione è illecita”, mentre nell'ambito*

⁶⁵⁵ Cabe señalar, en este punto, la asimilación a la figura del caching provider que ha hecho la jurisprudencia italiana de los buscadores de internet. Este es el caso de la Sentencia del Tribunal de Roma, de 22 de marzo 2011, por el “ofrecimiento” en el buscador Yahoo! italia de enlaces que dirigían a portales de descarga y visionado ilícitos de la película cuyos derechos pertenecían a la demandante. De modo inicial, la titular de los derechos reclamó la retirada de tales links, sin aportar la identificación de los mismos ni las URLs, extremos que fueron requeridos por el buscador, sin éxito. Los jueces concluyeron al respecto la responsabilidad del buscador por incumplimiento de su deber de eliminación de los contenidos una vez estado en conocimiento de la ilicitud de los mismos, entendiéndolo suficiente para tal conocimiento las advertencias de la titular. Tal y como ha discutido parte de la doctrina, el Tribunal, con tal conclusión, habría *agravado* la obligación impuesta a este tipo de proveedor en el artículo 15 del D. Lgs., por cuanto éste solo exige la comunicación a la autoridad en el momento en que se tenga conocimiento del ilícito. En este sentido vid. MULA, D., “Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo”, *Quaderni Diritto mercato tecnologia*, núm. 2, año III, abril/junio 2013; pág. 149 y ss. El pronunciamiento, no obstante, ha sido reafirmado en segunda instancia, en la Sentencia del mismo Tribunal, de 11 de julio de 2011, en la que, sin embargo, se dispone la insuficiencia de una mera señalación del ilícito por parte de la demandante, sin la pertinente individualización de los contenidos vulneradores.

della responsabilità civile, sarà sufficiente che esso sia al corrente “di fatti o circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione”^{656 657}. De igual modo, resalta DEL FEDERICO que “Risultano, inoltre, fortemente discutibili il concetto di «manifesta illiceità» e quello di «conoscenza», essendo entrambi i termini vaghi e non essendo, tra l’altro, chiarito con quali modalità vengano a sussistere tali requisiti in capo al provider.”⁶⁵⁸ Sobre esta última cuestión, acerca del concepto de “conoscenza effettiva” ha arrojado cierta claridad la jurisprudencia italiana, subrayando el Tribunal de Florencia que es “necessario ai fini della valutazione di responsabilità dell’I.S.P, non può essere dimostrato unilateralmente dalla parte che assume la lesione, ma è necessario che un organo giurisdizionale competente ne dichiari la effettiva illiceità dei dati o ne ordini la rimozione”⁶⁵⁹, a pesar de existir un parecer diverso en otros pronunciamientos anteriores de la jurisprudencia de mérito⁶⁶⁰.

Es, a modo de cierre del precepto, el apartado 3 el que se encarga, al igual que en los predecesores, de reafirmar la potestad de los órganos judiciales o administrativos – en este caso sin precisar que se habrán de tratar de órganos administrativos con funciones

⁶⁵⁶ FERRARESE, M.R., “La responsabilità civile degli internet provider: un’analisi degli artt. 14 – 17 del d.lgs. N. 70/2003”, *Rivista Jei-Jus e Internet*, jei.it, abril, 2008; pág. 7 y ss.

⁶⁵⁷ Sobre esta cuestión, sostiene DI GENOVA, “Nell’ipotesi dei servizi hosting si differenzia la responsabilità penale, per la quale è richiesta l’effettiva conoscenza delle attività o delle informazioni illecite da intendersi in senso rigoroso in conformità ai principi dell’imputabilità penale, e quella civile, rispetto alla quale si impone la valutazione di colpa per negligenza del prestatore a fronte dell’allegazione della conoscenza sostanziale di fatti o circostanze che rendano manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione, senza che ciò possa implicare l’esecuzione di un controllo approfondito sui contenuti veicolati, in assenza di specifiche segnalazioni da parte di soggetti terzi”. (DI GENOVA, M., op. cit.; pág. 22.) En la misma línea, vid. SICA, S., “Le responsabilità civili”, en TOSI, E. (Dir.), *Commercio elettronico e servizi della società dell’informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.

⁶⁵⁸ DEL FEDERICO, C., op. cit.; pág. 8.

⁶⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Florencia, de 25 de mayo de 2012. (Disponible en: <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/06/5118693.pdf>)

⁶⁶⁰ En el sentido contrario, las Sentencias del Tribunal de Roma, IX Sezione civile, sez. specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, de 20 de marzo de 2011 y de 16 de junio de 2011 (Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2011/04/26/ordinanza-about-elly-qual-e-la-responsabilita-del-fornitore-di-servizi-on-line> con nota de IASELLI, M., “Ordinanza “About Elly”: qual è la responsabilità del fornitore di servizi on line?”, nota a Sentenza Tribunale Roma, ordinanza 22/03/2011, *Altalex*, abril 2011; y <http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/sentenza.php?num=3555>, respectivamente). En esta corriente jurisprudencial se aboga por reconocer la “validez” del reclamo de parte para el inicio del proceso. Destacar en esta línea, la Sentencia del Tribunal de Milán, de 9 de junio de 2011, núm. 7680, donde se dispone que “Premesso che, anche per i soggetti rientranti nel campo delle esenzioni di responsabilità stabilite dal d.lgs. n. 70 del 2003, l’informazione sulla presenza di diritti di terzi determina comunque l’insorgenza di obblighi di attivazione per il prestatore dei servizi, ancor prima della ricezione della parte dell’autorità giudiziaria o amministrativa dell’ordine di rimozione del contenuto illecito, deve ritenersi che nel caso in specie la sostanziale inattività della parte convenuta rispetto alla segnalazione della presenza di numerosi contenuti audiovisivi in violazione del diritto d’autore, eseguita con diffida da RTI, sia comportamento idoneo a determinare un positivo riscontro circa la colposa responsabilità di IOL per l’indebita riproduzione di contenuti (...)”. (Disponible en: http://www.academia.edu/1474321/11-07-2011_-_Tribunale_di_Milano_-_Sentenza_7_giugno_2011_n._7680)

de vigilancia – para reclamar al intermediario la actuación para impedir y poner fin a las conductas infractoras.

A modo de cierre del régimen contemplado en la norma, el artículo 17 consagra la ausencia de una obligación general de vigilancia o control para los tres tipos de prestador recogidos en los artículos 14, 15 y 16, con respecto a la información que memorizan o transmiten, así como tampoco de realizar una búsqueda o investigación acerca de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de una conducta ilícita⁶⁶¹. Sin embargo, el apartado 2 del precepto establece, por un lado, una obligación de información o notificación a la autoridad judicial o administrativa con funciones de vigilancia por parte del prestador cuando tenga conocimiento de “*presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione*”; y, de otro, está compelido a entregar sin dilación “*le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite*” cuando la autoridad competente se lo solicite.

En sentido inverso, el apartado 3 del artículo 17 dispone, de forma positiva y directa, la previsión de responsabilidad civil de los ISP⁶⁶², en el marco de sus servicios, cuando, tras la solicitud de la autoridad judicial o administrativa con funciones de vigilancia, no haya actuado con prontitud para impedir el acceso al contenido infractor, o bien si, teniendo conocimiento, por un tercero, del carácter ilícito o perjudicial del contenido inserto en un servicio al que da acceso, no ha procedido a advertir o informar de ello a la autoridad competente⁶⁶³. Tal previsión ha sido objeto de cierto debate en la doctrina,

⁶⁶¹ Al respecto, tal y como señala MULA, existe acuerdo en la doctrina en destacar que “un obbligo generale di sorveglianza, oltre ad essere specificatamente escluso della disciplina in esame, comunque contrasterebbe con l'impossibilità materiale e tecnica, per i providers, di operare un monitoraggio continuo sulle informazioni trasmesse”. Sobre esta cuestión, vid. DI CIOMMO, F., “Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line: a proposito della sentenza Google/Vivi Down”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 26, núm. 6, 2010, págs. 829-857.

⁶⁶² De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal de Catania, Sez. IV Civile, de 29 de junio de 2004, núm. 2886, la responsabilidad que, en virtud de tal precepto, se configura como una “*responsabilità soggettiva: colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illicità e, al tempo stesso di rimuoverlo; dolosa quando egli sia consapevole anche della antigiuridicità della condotta dell'agente e, ancora una volta, ometta di intervenire*”. Ello porque, como concluye el Tribunal, “*La regola accolta è, dunque, quella in forza della quale il provider sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta da quest'ultimo.*” (Texto de la Sentencia disponible en: <http://www.interlex.it/testi/giurisprudenza/ct040629.htm>)

⁶⁶³ Existe una corriente jurisprudencial que aboga por la aplicación combinada, en estos supuestos, de los artículos 158 l.d.a. y el 2055 C.c., como es el caso de la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Roma, de 20 de marzo de 2011, Sez. IX, en altalex, con Comentario de IASELLI, M., “Ordinanza "About Elly": qual è la responsabilità del fornitore di servizi on line?”, op. cit., (disponible en:

ya que, tal y como señala PINO, “*Questa previsione, parzialmente ereditata dalla direttiva, è però destinata a suscitare notevoli controversie interpretative e applicative: ci si può chiedere, infatti, quando e a quali condizioni sia possibile affermare che il prestatore abbia avuto conoscenza del carattere «illecito o pregiudizievole per un terzo»; è necessaria una messa in mora formale? Occorre notificare una sentenza passata in giudicato? È sufficiente una e-mail anche anonima?. Su questo punto, forse, il legislatore delegato avrebbe potuto dire qualcosa in più, magari sfruttando l’esperienza maturata in altri ordinamenti*”⁶⁶⁴.

Como se deduce de todo lo anterior, el marco de exoneración de responsabilidad articulado en el Decreto legislativo, y en la Directiva, le es de aplicación a los ISP que actúan de intermediarios en el entorno telemático o de la red. De las tipologías de proveedor incluidas en este régimen, solo se integran en el objeto de este trabajo doctoral los previstos en el artículo 16, es decir, los proveedores de servicios de hosting. Es por ello que, a continuación, nos centraremos en el breve análisis de tal categoría, de una manera más detallada, haciendo mención a una tipología concreta de estos, los proveedores de servicios de almacenamiento y *streaming* en la nube, como subtipo especialmente vinculado a las utilizaciones ilícitas de contenidos de autor en la Red⁶⁶⁵.

Sobre esta cuestión, es preciso señalar en primer lugar que existe una particularidad en el ordenamiento jurídico italiano con respecto a la figura del “hosting”, derivada de la creación jurisprudencial de la figura, inexistente en la legislación europea e italiana, del proveedor de hosting “activo”^{666 667}. Se trata éste de un híbrido entre proveedor de

<http://www.altalex.com/documents/news/2011/04/26/ordinanza-about-elly-qual-e-la-responsabilita-del-fornitore-di-servizi-on-line>

⁶⁶⁴ PINO, G., “Assenza di un obbligo generale di sorveglianza (...)”, op. cit.; pág. 836.

⁶⁶⁵ Cabe brevemente recordar, en este punto, que tanto la Directiva analizada como el régimen configurado en el Decreto legislativo italiano comentado son de aplicación horizontal a la totalidad de los intermediarios de internet, que se encuadren en las tres categorías articuladas, sin existir ninguna previsión específica para la problemática relativa a los derechos de propiedad intelectual en línea.

⁶⁶⁶ Al respecto, resalta el Tribunal de Milán, Sez. Spec. P.I.I., en su Sentencia de 9 de septiembre de 2011 que “*L’evoluzione della rete informatica mondiale sembra però aver superato nei fatti tale figura di prestatore del servizio, che all’epoca in cui detta direttiva veniva elaborata delineava tale soggetto come del tutto estraneo rispetto alle informazioni memorizzate sia a livello di gestione dei contenuti che di regolamento contrattuale con i destinatari del servizio. In effetti la situazione attuale rende evidente che le modalità di prestazione di tale servizio – ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe – si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria, mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire “accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione”, finendo nell’individuare (se non un vero e proprio content*

hosting y la figura del “content provider” que, como señala DEL FEDERICO se deriva de *“del fatto che oggi il provider non è completamente neutro rispetto all’organizzazione e alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti, organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione di tali contenuti”*⁶⁶⁸, y se vincula con los deberes de control sobre la información que establece el art. 17 D. Lgs., lo que determina, en conjunto, esa distinción que han buscado hacer los Tribunales italianos. Como se pone de relieve en algunos pronunciamientos judiciales, esta novedosa categoría de hosting activo se aparta de la posición neutral de su homólogo previsto en la Directiva, tomando parte en la transmisión de la información, el indexado y la organización de la misma, por lo que queda excluido del régimen básico de exoneración y pasaría a ser imputable dentro del marco general de la responsabilidad civil⁶⁶⁹.

Como definición de hosting activo, de acuerdo con TESCARO, éste es *“quello che commette illeciti direttamente, alla pari di qualsiasi altro soggetto di diritto (salva solo la particolarità dell’utilizzo del mezzo tecnico della rete), il quale, pertanto, in linea di principio, deve poter essere chiamato a rispondere della propria attività anti-giuridica, ai sensi dall’art. 2043 c.c. oppure anche di previsioni speciali, non esplicitamente riferite al provider, di cui eventualmente ricorrono tutti i presupposti applicativi”*⁶⁷⁰.

provider, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità) una diversa figura di prestatore di servizi non completamente passiva e neutra rispetto all’organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (cd. hosting attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti”. (Documento completo consultado en Revista Federalismi.it, núm. 12, junio 2014

⁶⁶⁷ Se señala por parte de TOSI, que *“Tuttavia, nell’elaborazione giurisprudenziale più recente è emersa la necessità – in relazione, soprattutto, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale con particolare riferimento agli audiovisivi, ma non solo – di individuare una figura soggettiva atípica – l’ISP attivo – al fine di poter escludere l’applicabilità del beneficio di irresponsabilità di cui al d. Lg. 70/2003 e conseguentemente censurare le condotte tecniche agevolative – si ribadisce, non meramente automatiche e passive – del’ISP attivo, in regime di coresponsabilità, per il fatto illecito del soggetto autore del contenuto contra ius”*. (TOSI, E., “La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelli reti di comunicazione elettronica tra diritto d’autore online e responsabilità civile degli internet service provider”, en FINOCCHIARO, G. y DELFINI, F. (Dir.), *Diritto dell’informatica*, Utet Editore, 2014.)

⁶⁶⁸ DEL FEDERICO, C., “ISP liability e (...)”, op. cit.; pág. 12.

⁶⁶⁹ Sobre este punto, vid. TOSI, E., “La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo! Italia” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale”, *Rivista di diritto industriale*, 2012, núm. 1; pág. 17 y ss.

⁶⁷⁰ De acuerdo con este mismo autor, en contraste, el proveedor pasivo es *“quello che, pur tenendo una condotta — a seconda dei casi, attiva od omissiva — che sembra comunque dover fornire un qualche apporto causale all’illecito posto in essere da un destinatario del servizio, si limita a compiere una «attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo», e può, proprio per questo motivo, avvalersi della speciale disciplina di favore di cui al d.lg. n. 70 del 2003”*. (TESCARO, M., “Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di Responsabilità civile dell’internet provider”, *Giur. merito*, fasc.12, 2013, pág. 2584B)

Con el objetivo de encuadrar esta nueva figura, es preciso comenzar mencionando la Sentencia del Tribunal de Roma, de 16 de diciembre 2009, sobre el caso RTI vs. Youtube⁶⁷¹, en la que se fijan como criterios básicos para su reconocimiento, en primer lugar la necesidad de llevar a cabo una valoración caso por caso⁶⁷². Así, determina el Tribunal que *“ritenuto che del resto della normativa - vedi dlgs. n. 70/2003 – e la giurisprudenza sta ormai orientandosi nel senso di una valutazione caso per caso della responsabilità dell provider che seppur non è riconducibile ad un generale obbligo di sorveglianza rispetto al contenuto non ritenendosi in grado de operare una verifica di tutti dati trasmessi che si risolverebbe in una inaccettabili responsabilità oggettiva, tuttavia asoggeta il provider a responsabilità quando non si limiti a fornire la connessione alla rete, ma eroghi servizi aggiuntivi (per es. caching, hosting) e/o predisponga un controllo delle informazioni e, soprattutto quando, consapevole della presenza di materiale sospetto si astenga dall’accertarne la illecità e dal rimuoverlo o se consapevole dell’antigiuricità ometta di intervenire”*⁶⁷³. En segundo lugar, el citado pronunciamiento destaca como elementos propios de este tipo de proveedor su labor de control y gestión de la información por él hospedada, con fines publicitarios, al permitir la asociación de cada publicidad a un contenido concreto, además de la presencia en la plataforma de mecanismos gestionados por la misma de remoción de los contenidos infractores, algo, además presente en el contrato de servicio⁶⁷⁴; lo que determina que, de

⁶⁷¹ Sobre la misma, en profundidad, vid. BUGIOLACCHI, L., *“(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell’illecito)”*, Rivista *Responsabilità civile e previdenza*, 2010. De modo básico, la problemática central del caso es la presencia de videos correspondientes al programa televisivo “Grande Fratello”, de cuyos derechos de explotación era titular RTI, en el portal de Youtube.

⁶⁷² Sobre esta cuestión, sostiene IMPERADORI que *“l’approccio case by case cui è costretta la giurisprudenza nazionale rischia di far cadere nuovamente gli intermediari in una situazione di incertezza, in cui essi non siano in condizione di prevedere sino a che punto possano intervenire sui contenuti ospitati. Nel medio termine, una situazione di questo tipo determinerebbe una riduzione dei servizi offerti dai provider e un netto rallentamento nell’evoluzione del web.”* (IMPERADORI, R, “La responsabilità dell’Internet Service Provider per violazione del diritto d’autore: un’analisi comparata”, Trento Law and Technology research Group, Unitn-eprints, 2014; pág. 168. Disponible en: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004377>)

⁶⁷³ Derivado de tal encuadre, la Sentencia de apelación que confirma tal pronunciamiento, de fecha de 11 febrero de 2010 y las de los Tribunales de Catania, Bari y Trani, de 29 de junio de 2004, 13 de junio de 2006 y 14 de octubre de 2008, respectivamente, concluye que la reserva de los poderes de eliminación de contenidos implica un evidente control sobre los mismos, que deriva en responsabilidad. Tales pronunciamientos determinan, además, la existencia de una responsabilidad por culpa en los casos en que exista conocimiento por parte del proveedor de la existencia de material sospechoso y no actúa para confirmarlo y eliminarlo, y de una responsabilidad dolosa, en los supuestos en que tenga constancia de la ilicitud de los contenidos y no los elimine.

⁶⁷⁴ Al respecto, dice textualmente la Sentencia que *“ritenuto che, a fronte di una condotta così palesemente e reiteratamente lesiva dei diritti non è sostenibile la tesi delle resistenti su una assoluta*

acuerdo con la doctrina mayoritaria, los jueces articulen una responsabilidad análoga a la del editor⁶⁷⁵.

Posicionamiento análogo ha mostrado el Tribunal de Milán, Sez. Prop. Int. e Ind., en su pronunciamiento de 3 de junio de 2006, confirmado por la Sentencia de 20 de marzo de 2010, que enfrentaba a Sky Italia y un portal de enlaces a contenido audiovisual⁶⁷⁶, al que se condena por su labor activa en la puesta a disposición del público de contenidos protegidos. Esta postura se confirma y perfila en mayor medida en la Sentencia de 7 de junio de 2011, núm.7680, del mismo Tribunal⁶⁷⁷, en la que los jueces han clasificado como “hosting activo” al proveedor demandado, al entender que reúne los elementos definitorios de tal figura, añadiendo como característica demostrativa de tal labor activa el servicio de recomendación de videos o videos “correlativos”, que ofrecía el portal on demand en cuestión, con lo que concluye, unido a la presencia de los restantes elementos ya enunciados, la responsabilidad del proveedor^{678 679}; posicionamiento

irresponsabilità del provider che si limiterebbe a svolgere l'unica funzione di mettere a disposizione gli spazi web sui quali gli utenti gestirebbero i contenuti dagli stessi caricati e sulla legittimità di avere un ritorno economico – escludendo il fine commerciale – connesso al proprio servizio in mancanza di un obbligo di controllare i contenuti illeciti e disabilitarne l'accesso; tali asserzioni infatti sono smentite dagli stessi scritti difensivi delle convenute nonché dalla documentazione prodotta in giudizio relativa alle indicazioni resumibili sui siti Youtube e Google riguardante le “regole” stabilite dal provider, che consentono l'esclusione di contenuti pedopornografici, prevedono l'accettazione dell'utente di ogni aggiornamento deciso da Youtube, il diritto di controllare i contributi, l'assoluta discrezionalità nell'interrompere in maniera temporanea o permanente la fornitura del servizio “in qualsiasi momento, senza previo avviso ed a sua esclusiva discrezione”, nonché il diritto di risolvere il contratto con l'utente quando la fornitura non è più “vantaggiosa dal punto di vista commerciale”.

⁶⁷⁵ Sobre ello, vid. TOSI, E., “La tutela della Proprietà Intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider”, en BASSAN, F. e TOSI, E., *Diritto degli audiovisivi*, Giuffrè Editore, 2012; pág. 101 y ss.; y Tribunale di Roma 15 dicembre 2009, Sez. Spec. Proprietà Int. e Ind., en *Rivista Diritti della Informazione e informatica*, núm 4, 2010, con comentario de GUIDOBALDI, L., “Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza”.

⁶⁷⁶ El mencionado portal web, denominado “tvgratis.net”, sito en Italia, ofrecía un listado ordenado de enlaces a contenidos audiovisuales, mayoritariamente deportivos, ofrecidos de manera gratuita en una página web china, cuyos derechos de explotación correspondían en el territorio italiano a la demandante. Dejando a un lado el difícil encuadre de esta tipología de contenidos audiovisuales, no encuadrados en el marco de las creaciones de autor, el Tribunal concluyó la responsabilidad del portal de enlaces por colaborar en la comisión del ilícito con la página emisora de los contenidos, uniendo comentarios en lengua italiana y desarrollando, en definitiva, un comportamiento activo en la función de hosting.

⁶⁷⁷ La Sentencia corresponde al caso que enfrenta a RTI e Italia Online, siendo la primera la titular por cesión de derechos de explotación de determinados contenidos audiovisuales y, la segunda, un portal online de visionado de videos on demand. La base de la problemática enjuiciada es el ofrecimiento en el mencionado portal, IOL, de fragmentos de videos correspondientes a las creaciones sobre las que recaen los derechos de RTI, a los que vienen vinculados anuncios publicitarios, mediante el sistema “ad words”. Sobre este tema, en profundidad, vid. BELLAN, A., “Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet”, *Diritto industriale*, 2012.

⁶⁷⁸ En concreto, la Sentencia concluye que “*sussiste la responsabilità del prestatore di servizi, e nella specie la violazione del diritto d'autore su brani di filmati tratti da programmi televisivi, diffusi in rete tramite il servizio di "hosting" (con il quale il titolare di una piattaforma telematica consente la condivisione di contenuti audio/video inviati dagli utenti e la visualizzazione degli stessi da parte di terzi)*

compartido en lo sucesivo por otros Tribunales, como es el caso del de Turín⁶⁸⁰, que considera al demandado clasificable dentro de una nueva categoría de proveedor que participa del contenido llevando a cabo una manipulación del mismo.

ove si tratti di "hosting" attivo, ovvero quando il prestatore di servizi predisponga una organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, anche in stretta connessione con la visualizzazione dei messaggi pubblicitari, ed abbia altresì un potere di controllo sui contenuti stessi (anche se su segnalazione) e di eventuale loro rimozione, ponendo così in essere attività che vanno ben oltre la mera fornitura all'utente di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi (quale si verifica nell'"hosting" passivo)".

⁶⁷⁹ Se trata ésta de una postura mantenida y reafirmada en sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Milán, cabiendo destacar, asimismo, la Sentencia de 9 septiembre de 2011, núm.10893, en la que se encuadran de nuevo los requisitos o elementos definitorios de la figura del host provider activo, en este caso reconociéndolos en el caso de un buscador online, como es Yahoo!. Este pronunciamiento judicial concluye que *“l'evoluzione della rete informatica mondiale sembra, però, aver superato nei fatti tale figura di prestatore del servizio, che all'epoca in cui detta direttiva veniva elaborata delineava tale soggetto come del tutto estraneo rispetto alle informazioni memorizzate sia a livello di gestione dei contenuti che di regolamentazione contrattuale con i destinatari del servizio. In effetti la situazione attuale rende evidente che le modalità di prestazione di tale servizio — ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe — si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria, mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire “accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione”, finendo nell'individuare (se non un vero e proprio content provider, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità) una diversa figura di prestatore di servizi non completamente passiva e neutra rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (c.d. hosting attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti. [...] Yahoo! Italia s.r.l. ha predisposto un servizio, visibile come link sotto ogni video pubblicato in rete, che consente al visitatore di segnalare al prestatore del servizio l'eventuale illiceità del contenuto immesso dall'utente e consente alla redazione di verificare la segnalazione stessa e di provvedere alla eventuale rimozione [...] Anche la predisposizione di tale servizio da parte della convenuta Yahoo! Italia s.r.l. pare confermare che essa, assumendosi direttamente un autonomo onere di controllo — sia pure successivo all'immissione dei contenuti — sulla liceità del materiale pubblicato, si ponga su di un piano diverso da quello del semplice fornitore di hosting, che sarebbe tenuto alla rimozione del contenuto solo dietro ordine dell'autorità in base all'art. 16 d.lg. 70/03”* (Texto disponible en: http://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=26215&content=in+tema+di+responsabilità+dell'hosting+provider+per+violazione+diritto+d'autore&content_author=) (Fecha última consulta: 2 enero 2017).

⁶⁸⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal de Turín, de 5 mayo de 2014, en la que se enfrentan Delta TV Programs y YouTube, confirmada en el pronunciamiento del 23 de junio del mismo año, en la que el Tribunal sostiene que *“Nell'ottica di un equo bilanciamento di interessi va sottolineato che è il gestore della piattaforma (qui YouTube) che, con la propria attività imprenditoriale, crea o amplifica l'occasione di lesione a diritti dei terzi; e appare quindi ragionevole porre a suo carico — nei limiti di un apprezzabile sacrificio — i costi per la tutela, anche preventiva, di questi diritti.”*, concluyendo que *“Un tale provvedimento non si pone in contrasto col divieto di imporre agli intermediari un obbligo di vigilanza preventivo e generale. Esso infatti ha quale presupposto una violazione già verificatasi attraverso il caricamento di dati sulla piattaforma YouTube; non richiede all'intermediario un monitoraggio generale, ma un intervento specifico, mirato su contenuti ben determinati. Esso poi è agevolmente praticabile sulla base degli strumenti tecnologici oggi disponibili, e si sostanzia in un intervento ragionevolmente esigibile, tenuto conto della effettiva attività svolta dall'intermediario YouTube, delle sue modalità operative, dei mezzi di cui dispone. In definitiva, si ritiene che una inibitoria così strutturata realizzi un ragionevole punto di equilibrio fra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e le esigenze di una moderna società dell'informazione: ai titolari dei primi è fatto carico di individuare le violazioni attraverso una attività di monitoraggio, e di segnalarle in modo formale e specifico all'intermediario; a quest'ultimo si richiede una collaborazione efficace ed effettiva, proporzionata all'importanza dell'attività che egli svolge sui dati presenti sulla sua piattaforma (e agli utili che ne trae), per porre fine alle violazioni e impedirne la reiterazione.”* (vid. “Tribunale Torino (ord.), 23/06/2014 [Dritto d'autore -

Tal corrente jurisprudencial, sin embargo, ha sido rebatida recientemente, como se puede desprender de la Sentencia de la Corte de apelación de Milán, de 7 de enero de 2015, núm. 29⁶⁸¹, sobre el caso que enfrentaba a Yahoo! y RTI, por cuanto niega que los elementos individuados como determinantes de una pretendida conducta activa, impliquen la existencia de una nueva tipología de proveedor excluido del régimen de responsabilidad articulado por la Directiva y la norma de transposición italiana⁶⁸², estableciendo de modo preciso que *“In conclusione, deve ritenersi che, ragionando sulla base delle argomentazioni contenute nelle decisioni delle Co"Alfa" europee, tutte nel senso sopra riferito, la nozione di hosting provider attivo risulti oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal s i addice ai servizi di "ospiti talita' in rete" in cui il pre statore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall'utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore.”*⁶⁸³

Publicazione illegale di contenuti audiovisivi online - Onere per l'hosting provider di impedire la reiterazione della violazione del diritto su contenuti già segnalati dal titolare]”, en *Marchi e brevetti*, 2014; consultado en: <http://www.marchiebrevevettiweb.it/giurisprudenza/merito/2837-tribunale-torino-ord-23-06-2014-diritto-d-autore-pubblicazione-illegale-di-contenuti-audiovisivi-online-onere-per-l-hosting-provider-di-impedire-la-reiterazione-della-violazione-del-diritto-su-contenuti-gia-segnalati-dal-titolare.html>; última consulta octubre 2014).

Sobre la cuestión, también, vid. BASSINI, M., “La rilettura giurisprudenziale (...), op. cit.; pág. 31 y ss.

⁶⁸¹ Al respecto, vid. IODICE, A., “Violazione del diritto d'autore in internet”. Note critiche a corte di appello di milano 7.1.2015”, *Persona e danno*, febrero 2015. (Disponible para consulta en: https://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=47116&catid=234&Itemid=486&contentid=47116&mese=02&anno=2015; fecha última consulta: 30 diciembre 2016).

⁶⁸² En concreto, establece la Corte que *“Da tutto quanto sopra deriva che l'attività di hosting provider che fornisce ai suoi utenti un servizio di accesso a Internet, anche se avesse in ipotesi una serie di funzionalità collegate e fornisce informazioni di carattere generale ai suoi utenti, nel caso in cui si mantenesse comunque entro i limiti sopra descritti, non sarebbe solo per questo in grado di mutare il particolare regime di esonero dalla responsabilità, come indicato dalla Corte di Giustizia anche nel caso C- 324/09 con riguardo ai servizi resi da eBay (che appaiono essere di gran lunga più sofisticati di quelli di semplice proiezione di video, essendo uno spazio di televendita), in quanto ciò che conta è che l'attività esercitata dal provider corrisponda al tipo descritto dalle norme in materia.”* (En: <http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/sentenza.php?num=4458>; fecha última consulta 10 diciembre 2016).

⁶⁸³ Texto de la Sentencia: <http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/sentenza.php?num=4458>

A mayor abundamiento, el Tribunal sentencia que *“questa Corte, alla luce di quanto sopra rilevato, ritiene per tanto che già il testo della legge applicabile al caso concreto sia idoneo a far assumere che le attuali tecnologie avanzate, in mancanza di altri elementi in grado di fare intravedere una vera e propria manipolazione dai dati immesi da parte dell'hosting provider, non sono da sole in grado de determinare il mutamento della natura del servizio di hosting provider di tipo passivo (sicondo la classificazione utilizzata dalla giurisprudenza nazionale richiamata dalla sentenza appellata), in servizio di hosting provider di tipo attivo, in ragione della mera presenza i) di sofisticate tecniche di intercettazione del contenuto dei file caricati attraverso un motore di ricerca, e ii) delle più svariate modalità di gestione del sito e iii) del particolare interesse del gestore a conseguire vantaggi economici.”* (opinione della Corte 24.)

(Texto disponible en: <https://www.personaedanno.it/attachments/article/47116/Scansione123416.pdf>)

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte di Appello di Milano, núm. 95, del año 2015, ha señalado que *“la nozione di hosting provider attivo è di per sé fuorviante “e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di “ospitalità in rete” in cui il prestatore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall’utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore”*. Siguiendo este razonamiento, la Sentencia del Tribunale di Torino, núm. 1928, de 7 de abril de 2017, ha dictaminado que *“In tal senso, può convenirsi che un hosting che diviene “attivo” (ovverosia che partecipa all’elaborazione dei contenuti che ospita o trasmette) perde la sua neutralità (da intendersi quale connotato essenziale ed esiziale della qualifica di hosting provider), e, in quanto, tale non può più definirsi hosting ai sensi dell’articolo 16 del D.Lgs. 70/2003, con conseguente venir meno del beneficio di cui alle clausole di deroga previste dal combinato disposto degli articoli 16 e 17 del cennato D.Lgs. 70/2003, di modo che il suo status di responsabilità ricade inevitabilmente nell’alveo delle comuni regole della responsabilità civile. Dunque deve ritenersi che allorquando l’hosting provider ex art. 16 del D.Lgs. 70/2003 (corrispondente all’articolo 14 della c.d. E-commerce Directive ovverosia la direttiva 2000/31/CE) interviene modificando o partecipando all’elaborazione del contenuto ospitato dovrà affermarsi altresì il venir meno delle clausole di deroga delle responsabilità, con la conseguenza che troveranno applicazione le ordinarie regole di responsabilità civile.”*

Se subraya en este reciente pronunciamiento judicial que, a efecto de determinar el abandono del rol neutral por el proveedor y, por ende, su exclusión del régimen de exoneración previsto, *“solo un intervento che modifichi il video caricato da terzi è idoneo a far venir meno l’esenzione di responsabilità ex artt. 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003. Viceversa, un intervento che valorizzi quel video - inserendolo in un indice, della pubblicità pertinente alla sua tipologia, oppure rendendolo visibile accanto a video similari - non comporta il venir meno della neutralità, poiché non incide affatto sul contenuto del video (e, nel caso in esame, dell’opera tutelabile ex legge n. 633/1941)”*.

Partiando de esta base, el Tribunal analiza las funciones desempeñadas por la plataforma de compartición de videos enjuiciada⁶⁸⁴ –en este caso, Youtube – y concluye que “*attività non costituiscono affatto elaborazioni idonee a manipolare, alterare o comunque a incidere sui contenuti ospitati, trasmessi e visualizzati sulla piattaforma gestita dalle parti convenute*”, eliminando así cualquier categorización de la misma como proveedor activo, considerando así que se encuentra cubierta, como ISP de hosting, dentro de la exención de responsabilidad recogida en la normativa.

No obstante lo anterior, el cambio de rumbo en la concepción de los hosting provider actuales, parece contar con el apoyo de parte de la doctrina actual, entendiendo que “*Si tratta di una lettura che merita approvazione nella misura in cui mantiene distinti due piani in realtà diversi: un piano "soggettivo", che attiene al livello di "intensità" del rapporto che corre tra il prestatore di servizi e il contenuto pubblicato dall'utente, un rapporto che non scalfisce la neutralità del provider fintantoché –precisa la Corte- l'attività non sconfini nella partecipazione all'elaborazione del contenuto stesso; un piano "oggettivo", che riguarda invece le opportunità tecniche di interazione fra prestatore, utente e terzi e che va tenuto distinto da quello soggettivo*”⁶⁸⁵. Por el contrario, VOZZA⁶⁸⁶ considera que “*Appare, dunque, legittimo che in giurisprudenza si*

⁶⁸⁴ Tales funciones son elencadas por el Tribunal, destacando que “*La Difesa attrice sostiene, inoltre, che nel caso in esame vi siano una serie di indici dai quali dovrebbe inferirsi il ruolo di hosting attivo svolto da You Tube (v. fra l'altro pag. 54 e seguenti della comparsa conclusionale di parte attrice). Fra questi, in particolare, vengono menzionate le seguenti attività svolte dalla piattaforma You Tube: 1) l'indicizzazione e la catalogazione dei contenuti; 2) l'abbinamento dei contenuti a una determinata pubblicità affine ai contenuti stessi; 3) la conclusione di accordi con gli utenti terzi che hanno caricato i video per la spartizione dei proventi pubblicitari sulla base delle visualizzazioni; 4) la possibilità di consentire all'utente di rendere visibile il video solo ai propri contatti, così escludendo che il contenuto caricato possa essere visibile a tutti gli utenti del sito You Tube e celando così un eventuale illecito autoriale.*”

⁶⁸⁵ En conclusión, este sector doctrinal, con el que nos mostramos de acuerdo, sostiene que “*Questo consente di escludere la configurabilità in radice di un hosting "attivo", così come lo avevano immaginato diverse corti di merito nelle decisioni che hanno contraddistinto la giurisprudenza domestica. Infatti, secondo questa impostazione, o il rapporto che il provider esercita con il contenuto traccato nella sua elaborazione, e in questo caso si parla di un vero e proprio content provider, oppure tale rapporto, nonostante la complessità oggi raggiunta dai servizi dell'informazione e l' "attività" del provider, rimane altro, e in tal caso l'applicabilità della disciplina prevista per l'hosting provider (attivo o passivo) non può essere revocata in discussione. Tertium, allora, non datur.*” BASSINI, M. y POLLICINO, O., “Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider”, *Diritto 24*, enero 2015.
(Disponibile en: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2015-01-27/evoluto-ma-non-attivo-corte-d-appello-milano-travolge-piu-recente-giurisprudenza-hosting-provider-090142.php>; fecha última consulta: 3 enero 2017).

⁶⁸⁶ En opinión de la citada autora, “*È allora evidente che la fruibilità di tali smisurati spazi digitali di memoria da parte degli utenti postuli la predisposizione di sistemi di indicizzazione, categorizzazione/organizzazione (da qui anche l'analogia con i motori di ricerca), selezione dei*

*sia progressivamente consolidato un trend secondo cui il fornitore di hosting, pur non giungendo a configurare un vero e proprio content provider, si porrebbe però come soggetto che svolge una prestazione di servizi non completamente neutra e passiva rispetto all'organizzazione ed alla gestione dei materiali immessi dagli utenti: si tratta della figura atipica del c.d. provider "attivo", di costruzione giurisprudenziale prettamente italiana"*⁶⁸⁷.

No obstante lo anterior, la Sentencia del Tribunal de Roma, sez. IX, de 27 de abril de 2016, núm. 8437⁶⁸⁸, mantiene el reconocimiento de la categoría de hosting activos, para los que emplea también el adjetivo "sofisticados", tipología en la que incluye al portal online norteamericano demandado por violación de los derechos de autor, por entender que cumple los siguientes requisitos: "(i) il provider in questione è "una moderna impresa globale", un "aggregatore" che organizza e mette a disposizione degli utenti contenuti audiovisivi provenienti da diverse fonti; (ii) i contenuti non sono "casualmente immessi dagli utenti ma catalogati ed organizzati in specifiche categorie"; (iii) esiste un "intervento diretto anche nei contenuti"; (iv) la possibilità di scegliere, all'interno del programma, la parte che interessa collegandola ai "video correlati"; (v) esistono dei "termini di servizio" che vietano il caricamento di contenuti lesivi dei diritti d'autore altrui e che prevedono specifiche modalità di denuncia di tali contenuti; (vi) il modello di business attribuisce ai contenuti "un ruolo determinante per il successo pubblicitario e di conseguenza economico" dell'attività di Break.", a lo que se añade el hecho de que seleccione los contenidos y clasifique los contenidos y la existencia en su organización de un equipo editorial⁶⁸⁹. En definitiva el fallo, como señala IASELLI, determina que "Nel caso di diffusione abusiva di video in rete si

contenuti, quasi sempre collegati con servizi pubblicitari, generatori di profitti, che rendano possibile la ricerca al loro interno. Un tale complesso di attività, che sempre più di frequente caratterizza il modello di business implementato dagli hosting provider, potrebbe far perdere loro quelle caratteristiche di "neutralità", di azione meramente tecnica e passiva sulle informazioni, sulle quali si fonda il regime privilegiato delineato dalla Direttiva 2000/31." (VOZZA, V., "La Responsabilità Civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo. Nota alla sentenza Tribunale di Torino 7 aprile 2017, n. 1928", *Danno e Responsabilità*, núm. 1/2018, Editorial Wolters Kluwer Italia; págs. 99 y 100, respectivamente)

⁶⁸⁷ Postura compartida, asimismo, por BUGIOLACCHI, L., "Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio - case by case. (Commento a Trib. Milano 25 maggio 2013)", *Responsabilità civile e previdenza*, 2013.

⁶⁸⁸ Texto consultado en: [http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/14/0000073465/Tribunale di Roma sez IX sentenza n 8437 16 depositata il 27 aprile.html](http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/14/0000073465/Tribunale%20di%20Roma%20sez%20IX%20sentenza%20n%208437%20depositata%20il%2027%20aprile.html) (Fecha última consulta: 2 junio 2016).

⁶⁸⁹ IASELLI, M., "Abusiva diffusione di video in rete: "Break" è responsabile in qualità di provider", *Altalex*, mayo 2016; comentario a la Sentencia Tribunale, Roma, sez. IX, sentenza 27/04/2016 n° 8437. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2016/05/06/abusiva-diffusione-di-video-in-rete>

*configura la responsabilità civile e risarcitoria del provider che inteso come “aggregatore” che organizza e mette a disposizione degli utenti contenuti audiovisivi provenienti da diverse fonti sia venuto a conoscenza dell’illiceità dei dati immessi in rete.”*⁶⁹⁰

Una visión análoga la encontramos en la Sentencia del Tribunale di Roma, Sez. IX Civile, de 5 de octubre de 2016, en la que se condena a La Repubblica.it por albergar en su portal web videos correspondientes a programas de televisión sin el debido consentimiento de los titulares (aunque en este caso se trata de derechos conexos), y ello porque en la fundamentación jurídica se entiende que no puede acogerse a la exoneración de responsabilidad reconocida a los proveedores de servicios de hosting al quedar probado que “elige y gestiona” los contenidos que muestra en su portal, por lo que lo introduce en la categoría de proveedor activo⁶⁹¹.

Llegados a este punto y, a pesar de que, como ha quedado patente, aún no existe una solución unánime a la problemática de la responsabilidad del intermediario en el caso del “hosting provider” *tradicional*, nos encontramos en la actualidad con una novedosa tipología de los mismos, de uso cada vez más extendido entre los usuarios de la red: los servicios de “cloud computing”⁶⁹². En concreto, su relación con la problemática de la *piratería* de creaciones de autor en línea es muy estrecha, al ser uno de los principales mecanismos de almacenamiento, compartición y visionado ilícitos a través de internet. Existen diversas tipologías de servicios *cloud*, siendo la categoría destinada al almacenamiento y compartición de contenidos, ofrecida a los usuarios finales, la que más interesa a este respecto. Así, como señala MONTAGNANI⁶⁹³, “*la terza categoria è quella dei servizi SaaS (Software as a Service), che mirano ad offrire applicazioni software che non sono collocate sul computer dell’utente, ma che al contrario vengono mantenute sul sistema di un fornitore di SaaS e risultano accessibili all’utente tramite Internet, come nel caso di Gmail, Facebook, Dropbox.*”; dentro de éstos, a su vez, se

⁶⁹⁰ IASELLI, M., “Abusiva diffusione (...)”, op. cit.

⁶⁹¹ Sobre la cuestión puntualiza CASSANO que “*la responsabilità va affermata secondo le comuni regole della responsabilità civile e la conseguente violazione dei diritti connessi di cui agli articoli 78 ter e 79 LDA*”. (CASSANO, G., “La tutela dei prodotti audiovisivi in internet: Il caso Mediaset-La Repubblica.it”, *Altalex*, Sez. Civile, 27 octubre 2016.)

⁶⁹² Estos servicios “en la nube” se encuadran dentro de la iniciativa del “Mercado único digital” de la Comisión Europea, en el seno del programa “Horizonte 2020”, con la base de que “The development of the cloud computing market and the efficient delivery of cloud services particularly depend on the ability to build economies of scale. The establishment of a Digital Single Market will unlock the scale necessary for cloud computing to reach its full potential in Europe.” Al respecto: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/cloud> (Fecha última consulta: 2 enero 2017).

⁶⁹³ MONTAGNANI, M.L., “Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete”, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 3, 2014; pág. 178.

pueden diferenciar aquellos que ofrecen el espacio de almacenamiento en abierto o en lo que se puede denominar la “*nube pública*”, de acceso general de los usuarios, (por su nomenclatura en inglés, *cloud-based services*) y aquellos que ofrecen servicios de almacenaje individual, en espacios reservados para cada usuario, (llamados *locker services*). Pertenecientes a la primera categoría de servicios, se pueden diferenciar dos subtipos principales, aquellos servicios basados en la reproducción en streaming, del tipo “iTunes”, “Spotify”, “Youtube” y “Netflix”, entre otros muchos, y los que actúan como cyberlocker, es decir a modo de carpeta colgada en la red – sin ocupar, por tanto, espacio en disco – en la que los usuarios pueden almacenar archivos, permitiendo su difusión a través de una dirección de internet (o URL) que se puede compartir por diversas vías a través de la red, y, de modo principal, la descarga o visionado en línea de la obra.

Por sus características y la función que desempeñan estos servicios de la sociedad de la información, se equiparan en gran medida a los servicios de hosting, por lo que su régimen de responsabilidad civil también es coincidente. De este modo, se puede concluir que esta clase de proveedores son responsables de manera indirecta por la compartición ilícita, en el marco de sus servicios, de contenidos de autor, en la medida en que no actúen con prontitud para eliminar tal información cuando tengan conocimiento de su existencia y, por ende, no cumplan con los requisitos que impone la normativa para la aplicación de la exoneración de responsabilidad.

Sin embargo, el control y la monitorización por parte de estos intermediarios de la información almacenada por sus usuarios resulta altamente complicada, en primer lugar, por la elevada cantidad de información que se gestiona por estos prestadores en sus servidores y, en segundo, sobre todo en el caso de los cyberlockers de adscripción y acceso personal del cliente, en los que el control de los archivos es mucho más complejo y puede afectar al derecho a la intimidad, privacidad y secreto de las comunicaciones⁶⁹⁴.

Ante tal problemática la inmensa mayoría de estos portales han optado por el recurso al sistema notificación y eliminación de los contenidos vulneradores, establecido en la

⁶⁹⁴ Al respecto señala MONTAGNANI que “*I cyberlocker hanno infatti la finalità dichiarata di conservare i materiali caricati dagli utenti, più che di permetterne la condivisione, e ciò si evince anche dal fatto che non presentano un motore di ricerca interno. Questa diversità rende più complesso lo svolgimento dell’attività di monitoraggio da parte dei titolari dei diritti, che hanno difficoltà a rinvenire l’esatta localizzazione dei contenuti caricati e conservati dagli utenti nelle porzioni di nuvola individuale, cui accedono peraltro a seguito del rilascio di una password da parte del cyberlocker*” (MONTAGNANI, M.L., “Primi orientamenti (...)”, op. cit.; pág. 182.)

normativa norteamericana ad hoc (*Digital Millennium Copyright Act*, o DMCA), procedimiento denominado “*notice & take down*”⁶⁹⁵. Este sistema, no obstante, ha producido desiguales respuestas en la jurisprudencia italiana y estadounidense, no implicando en algunos casos la exoneración de responsabilidad del prestador. Así, por un lado, como se ha evidenciado en el repaso jurisprudencial anterior, este mismo sistema de identificación y eliminación de contenidos ha implicado en algunos casos el reconocimiento por los jueces de la condición de proveedor activo, determinando así la inaplicación de la exención de responsabilidad prevista en la legislación, llegando hasta el punto de la calificación del prestador como proveedor de contenidos⁶⁹⁶ sujeto, por tanto, al régimen general de responsabilidad civil, como en el caso “Vividown” contra “Google”⁶⁹⁷. Tal posicionamiento, ha sido fruto de una nueva mutación, aún en el ámbito penal, en virtud de la Sentencia de la Corte de Casación italiana, sobre el caso mencionado de “Vividown”, de 3 de febrero de 2014, núm. 3672⁶⁹⁸, en el que se retorna a la postura de consideración de neutralidad del proveedor en el marco de los servicios de alojamiento de vídeos en línea, apartando de nuevo la corriente de encuadramiento como “hosting” activo, o incluso proveedor de contenidos, de tales prestadores⁶⁹⁹. Al respecto, en el marco de estos servicios, como señala ZARZACA, “*Sostanzialmente il provider non avrebbe alcun controllo sulle informazioni archiviate e non contribuirebbe in alcun modo alla loro selezione, alla loro ricerca o alla*

⁶⁹⁵ Se trata éste de un mecanismo en línea establecido en la propia plataforma, mediante el cual el usuario o el titular afectado puede “denunciar” ante el prestador la existencia de contenidos ilícitos para su remoción. El sistema puede venir pre-establecido mediante una opción disponible en el propio portal, o se activaría mediante el recurso a un diverso método de contacto con el gestor, comunicándole la vulneración e identificando el contenido concreto.

⁶⁹⁶ Como subraya MARANI, el Tribunal concluye que “(...) *il gestore o il proprietario di un sito web (c.d. content provider) che ponga in essere anche solo una delle attività di raccolta, elaborazione, selezione, utilizzo, diffusione o organizzazione di dati sensibili è da ricondurre nella posizione di chi tratti i dati in questione. E ciò sminuendo la distinzione che sovente viene effettuata tra il proprietario o il gestore del sito ed il c.d. host provider, ovvero il mero intermediario dei dati di cui si discorre.*” (MARANI, S., “Internet non è una “zona franca”. Condannati i dirigenti di Google”, *Altalex*, aprile 2010; comentario a la Sentencia Tribunale, Milano, sez. IV penale, sentenza 12/04/2010 n° 1972. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2010/04/26/internet-non-e-una-zona-franca-condannati-i-dirigenti-di-google>; fecha última consulta: 3 enero 2017)

⁶⁹⁷ Así, la Sentencia de 24 de febrero de 2010, del Tribunal de Milán, sez. IV de lo penal, núm. 1972 (Disponible en: http://www.giurcost.org/casi_scelti/Google.pdf), condenaba a la plataforma Google Video por el almacenamiento de un video con un contenido altamente ofensivo y vulnerador de la protección de datos de un menor. La relevancia de tal pronunciamiento, pese a ser ajeno a la temática de propiedad intelectual, reside en la categorización que hace el Tribunal de la vinculación al contenido publicado por los usuarios en su portal, determinando la condición de verdadero proveedor de contenidos del prestador.

⁶⁹⁸ Texto íntegro de la Sentencia consultado en: <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2014/02/20140203134136948.pdf>

⁶⁹⁹ Vid. FRANCESCHELLI, V., “Sul controllo preventivo del contenuto dei video immesi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown”, *RDI*, 2010.

creazione del file destinate a contenerle; tali dati sarebbero invece ascrivibili al destinatario del servizio che li carica su una piattaforma. Nel caso específico, Google Italia avrebbe quindi agito como “mero Internet host provider”, cioè como un soggetto che si sarebbe limitato a fornire una piattaforma all’interno della quale gli utenti possono caricare liberamente i loro filmati.”⁷⁰⁰ Por otro lado, en el sentido opuesto, se ha reconocido por los Tribunales la ausencia de deber de control preventivo, por parte del proveedor, por la gravosidad y complejidad que tal sistema implicaría, pudiendo afectar a las libertades de acceso a la cultura y de pensamiento⁷⁰¹, por lo que la obligación del prestador surge, de acuerdo con los jueces, en el momento en que los contenidos vulneradores son señalados, de forma individualizada, por el titular pretendidamente afectado, incurriendo en responsabilidad cuando, tras ser advertido, no actúe para eliminarlos⁷⁰². Sin embargo, como se ha evidenciado *ut supra*, tal corriente no es pacífica en la jurisprudencia más reciente, pues la mencionada Sentencia del Tribunal de Roma, de 27 de abril de 2016, retoma la calificación de hosting activo para un portal de videos en streaming⁷⁰³ (Break.com), al que aleja por tanto de la exoneración

109 ZARZACA, P., “La sentenza di assoluzione della cassazione nel caso vivi down”, *LeggiOggi.it*, febrero 2014. (Disponible en: <http://www.leggioggi.it/2014/02/11/la-sentenza-di-assoluzione-della-cassazione-nel-caso-vivi-down/>; fecha última consulta: 4 enero 2017).

⁷⁰¹ En concreto, la Sentencia, ya comentada, del Tribunal de Roma, de 16 de junio de 2011, y más recientemente en la Sentencia de la Corte d’appello de Milán, de 7 de enero de 2015 (Cfr. “La responsabilità degli Internet service provider”, *Marchi e brevetti*, julio 2016. Disponible en: <http://www.marchiebrevettiweb.it/component/content/article/50-casi-della-pi/6625-la-responsabilita-degli-internet-service-provider.html>)

⁷⁰² La sentencia en cuestión dispone que “*l’informazione sulla presenza di diritti di terzi determina comunque l’insorgenza di obblighi di attivazione per il prestatore dei servizi, ancora prima della ricezione della parte della autorità giudiziaria o amministrativa dell’ordine di rimozione del contenuto illecito*”, añadiendo el Tribunal que “*debe ritenersi che nel caso in specie la sostanziale inattività della parte convenuta rispetto alla segnalazione della presenza di numerosi contenuti audiovisivi in violazione del diritto d’autore, eseguita da RTI con diffida sia comportamento idoneo a determinare un positivo riscontro circa la colposa responsabilità di IOL - quantomeno a partire dalla data di ricezione di detta diffida e per i programmi ivi indicati per l’indebita riproduzione di contenuti*”. (Fuente: *Rivista di diritto industriale*, fasc. 06, 2011 (Disponible en: <https://www.iusexplorer.it/Riviste/ArticoloRivista?idDocMaster=2995048&idDataBanks=126&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&pagina=1>)

⁷⁰³ Como subraya BIXIO, “*L’analisi di tali realtà esclude che possano essere definite come “semplici piattaforme”, trattandosi piuttosto di “moderne imprese globali”, che organizzano e mettono a disposizione degli utenti, con diverse modalità, contenuti provenienti da diverse fonti. Le valutazioni del Tribunale trovano nella significativa consistenza delle suddette attività, gli estremi per ricondurle al generico concetto di impresa, suscettibile, pertanto, dei normali regimi di responsabilità previsti dall’ordinamento.*” (BIXIO, M. L., “Il Tribunale di Roma ridefinisce il ruolo degli Internet Service Provider”, *Diritto mercato tecnologia*, abril 2016; Disponible en: <http://www.dimt.it/2016/04/29/il-tribunale-di-roma-ridefinisce-il-ruolo-degli-internet-service-provider/>)

del artículo 16 D. Legls., imputándole la responsabilidad civil por conocimiento efectivo, al que se llega, de acuerdo con el Tribunal “*de cualquier modo*”⁷⁰⁴.

Sobre el novedoso concepto del proveedor activo que, como se ha dicho, es de creación y desarrollo jurisprudencial, se debe destacar que encontramos ya un reconocimiento reciente por parte del legislador europeo. En este sentido, como se puso de relieve *ut supra*, se recoge tal categoría en la ya analizada Propuesta de Directiva 2016 sobre los derechos de autor en el mercado único digital, defendiéndose, en el marco del Considerando 38, que aquellas plataformas en línea cuya conducta o labor vaya más allá del simple alojamiento de contenidos compartidos por sus usuarios, y actúen “*optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas, o promocionándolas*”, estarán obligadas a suscribir los contratos de licencia con los titulares de los derechos y no podrán quedar amparadas por la exención de responsabilidad consagrada por la Directiva 2000/31/CE, al apartarse del status de mero alojador. A este nuevo tipo de proveedor, además, se le impone el deber de instaurar mecanismos que *ab initio* vigilen que los contenidos subidos por sus usuarios no vulneren los derechos de autor, habiendo de adoptar unos elevados niveles de transparencia y facilitar a los titulares información completa y suficiente sobre el uso de sus obras en el seno de su servicio de la sociedad de la información, promoviéndose, asimismo, la consecución de acuerdos tendentes a una remuneración justa y suficiente a los tenedores de los derechos por los usos de sus obras. En este sentido, se pronuncia ALAI en un reciente informe, donde defiende que “*en los casos en que las obras y otras prestaciones protegidas por derechos conexos son alojadas, las condiciones para la aplicación del status de alojador (artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE) enumerando –de forma no exhaustiva– los hechos o los actos (v. gr. optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas, o promocionándolas) que conducen a la conclusión de que este proveedor de servicios desempeña un “papel activo”, impidiendo por tanto la aplicación de tal status y sujetando la prestación del servicio de la sociedad de la información a la autorización y/o remuneración de los derechos de autor y conexos,*

⁷⁰⁴ Destaca IASELLI en su comentario a la Sentencia que, según el Tribunal, “*Perché la conoscenza sia “effettiva” è sufficiente un’indicazione specifica della denominazione dei programmi, tramite diffida o altro mezzo. Nella fattispecie il dies a quo deve partire dalle diffide inviate ante causam per i soli programmi ivi indicati specificamente (“grande fratello”, “striscia la notizia” e “zelig”) e dall’atto di citazione per tutti gli altri; non essendo idonea invece la indicazione generica di “tutti i programmi di RTP”.* (IASELLI, M., “Abusiva diffusione (...)”, op. cit.). Con ello, se evidencia la exigencia que hace el Tribunal de una actividad por parte del proveedor de verificación y control continuo de los contenidos mediante su propio motor interno de búsqueda.

como sucede con cualquier otra persona cuya actividad afecte al derecho de comunicación al público;

2-Especificar (artículo 13) que los servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten el acceso a un gran número de obras o prestaciones protegidas no pueden –ni siquiera cuando estén calificados como alojadores (artículo 14 de la Directiva 2000/31/EC)- limitarse a adoptar un papel meramente reactivo (obligación de retirada una vez que son advertidos de la existencia de contenido ilegal) sino que deben, por el contrario, ser más proactivos adoptando “medidas adecuadas y proporcionadas” ”. Y ello, puntualiza, “mediante la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos de autor y derechos conexos para el almacenamiento y puesta a disposición del público del material protegido, así como actuando con transparencia en la rendición de cuentas en cumplimiento de tales acuerdos; o, en ausencia de un acuerdo, adoptando las medidas (“tecnologías eficaces”) para evitar –ex ante- que las obras y otras prestaciones protegidas sean puestas a disposición del público”⁷⁰⁵.

Se ha de tener presente que todo ello se propugna, en gran medida, en aras a la eliminación del “value gap”, fenómeno del que son principales causantes este tipo de plataformas de alojamiento de contenidos, cuya función va más allá del mero intermediario que no participa del proceso. Así se señala desde ALAI, cuando se concluye que *“han intentado sacar ventaja de la incertidumbre que rodea al status de ciertos proveedores de servicios para quedarse con gran parte del valor vinculado al atractivo de las obras”⁷⁰⁶.*

Retomando la línea de estudio reativo al devenir jurisprudencial tras este inciso, se debe destacar una última sentencia, en este caso referente a una plataforma de almacenamiento y visionado en streaming de contenidos en la nube (“Megavideo”), que quizá marca una tendencia a seguir en el régimen de responsabilidad civil de este tipo de portales web. El pronunciamiento en cuestión, del Tribunal de Roma, de 15 de julio de 2016, núm. 14279⁷⁰⁷, determina la exclusión de este tipo de plataformas de la

⁷⁰⁵ ALAI, Informe “sobre las propuestas europeas...”, op.cit.; pág. 1

⁷⁰⁶ ALAI, Informe “sobre las propuestas europeas...”, op.cit.; pág. 2

⁷⁰⁷ Otro de los elementos más relevantes de este pronunciamiento judicial, unido al ya comentado de la clasificación de los servicios de streaming como proveedores de contenidos, aspecto principal para la temática de esta tesis, es la determinación de la indemnización del daño que recoge el fallo. En esto se alinea, de nuevo, con la postura del Tribunal de Roma, en la sentencia de 27 de abril del mismo año, fijando el criterio de valoración en el precio consensuado del contenido emitido en euro/minuto,

categoría de prestadores de “hosting”, clasificándolas como proveedores de contenidos⁷⁰⁸. Por ello, de acuerdo con LA ROSA, se resuelve que *“Megavideo, lungi dal fornire un servizio di mero stoccaggio di dati, utilizzava i contenuti di RTI a fini commerciali, non solo per alimentare il proprio business di vendita di spazi pubblicitari*

permettendo, asimismo, el reconocimiento del daño moral, algo que la legislación de derecho de autor italiana reservaba a los autores. Sobre este último punto, subraya el Tribunal, que *“La condotta integra la fattispecie di reato di cui all'art. 171 ter LDA (lett. a, comma 1, lett. b, comma 2), in quanto la società convenuta, a chiari fini di ottenere un arricchimento patrimoniale (mediante pubblicità, abbonamenti) diffondeva in pubblico e comunicava al pubblico opere dell'ingegno destinate al circuito televisivo ed oggetto di diritti di esclusiva.*

In ordine alla richiesta di risarcimento del danno patrimoniale, premesso che, come emerge dalla perizia espletata, non è stato possibile quantificare il fatturato della società convenuta in ordine all'attività contestata per la mancanza della relativa documentazione amministrativa e contabile, si ritiene che il danno possa liquidarsi in via equitativa utilizzando, come parametro, il c.d. "prezzo del consenso" e, cioè, la somma di denaro che l'utilizzatore avrebbe dovuto pagare per il tempo e secondo le modalità di utilizzazione dei filmati.” Así, se señala por la doctrina que *“(…) il Tribunale romano, oltre al danno patrimoniale, pur ritenendo non sussistente la violazione di un diritto morale d'autore (…), accoglie la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale nella forma del danno morale, avendo la società convenuta posto in essere una condotta in astratto sussumibile in una fattispecie di reato.”* (En “I Giudici di Roma confermano il principio della “conoscenza effettiva” dell’illecito da parte del provider”, Marchi e Brevetti, julio 2016. Texto disponible en: <http://www.marchiebrevevetiweb.it/29-diritto-di-autore/7000-i-giudici-di-roma-confermano-il-principio-della-conoscenza-effettiva-dell-illecito-da-parte-del-provider.html>).

⁷⁰⁸ En concreto, en su argumentación, la Sentencia concluye que *“Nel caso di specie, non si può inquadrare l'attività svolta dalla società convenuta in quella svolta dalla figura del c.d. “hosting provider”, (...).*

La Megavideo, tramite la piattaforma in oggetto, organizzava con diverse modalità e metteva a disposizione degli utenti contenuti audiovisivi provenienti da diverse fonti, prevedendo l'offerta gratuita di contenuti per un periodo limitato di tempo al giorno ovvero a pagamento, tramite il pagamento di abbonamenti e, comunque, a fronte di una intensa raccolta di pubblicità in grado di generare ricavi anche significativi ove si consideri che la raccolta pubblicitaria online riguardava tutte le inserzioni diffuse su internet e parametrata a seconda dell'origine geografica del cliente che richiedeva la visione dei filmati.

È evidente, quindi, che il mercato dell'ascolto, in parte a pagamento, ed il mercato pubblicitario erano fonte di cospicui ricavi, i quali erano strettamente collegati ai contenuti dei filmati a disposizione, avendo questi il ruolo di attrarre i clienti, al fine di far acquistare gli abbonamenti e di determinare il successo pubblicitario e, quindi, di assicurare il successo economico conseguente alla gestione della piattaforma.

Non una semplice piattaforma di condivisione dunque, ma un portale che consente una facile e svariata scelta, con una semplice consultazione, di numerosissimi filmati e/o frammenti di filmati in massima parte opera di terzi non casualmente immessi dagli utenti, ma catalogati ed organizzati in specifiche categorie a cui sono collegati preselezionati messaggi pubblicitari, il tutto regolamentato da una serie di regole di utilizzo del sito i c.d. "termini di servizio" (come sopra già visto).

Si ritiene, pertanto, che un sistema così meticolosamente organizzato ed in continua evoluzione è del tutto incompatibile con la figura del semplice hosting, rappresentando un sofisticato content-provider che fornisce contenuti di intrattenimento digitale, distribuendo i diversi video nelle rispettive categorie indicate nell'home page e collegando ad essi i diversi messaggi pubblicitari, cercando di fidelizzare i clienti tramite l'offerta di abbonamenti per evitare il limite temporale di visione dei video presenti sulla piattaforma.

Accertato che l'attività svolta dalla convenuta non possa ricondursi nell'ambito del mero hosting (definito "hosting passivo" dalla giurisprudenza) che si limita ad attivare il processo tecnico che consente l'accesso alla piattaforma di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo fine di rendere più efficiente la trasmissione, trattandosi invece di una complessa organizzazione di sfruttamento pubblicitario ed economico (abbonamenti) dei contenuti immessi in rete e dettagliatamente organizzati, si ritiene l'inapplicabilità in relazione a questa attività dell'art. 16 del suddetto D.Lgs. n. 70/2003 e la relativa esenzione da responsabilità, considerandosi, invece, provata la sussistenza della responsabilità della società convenuta nella violazione dei diritti di esclusiva di cui la società attrice era titolare in virtù della LDA.”

ma anche per la vendita agli utenti di abbonamenti per l'accesso illimitato ai contenuti stessi.”⁷⁰⁹. Esto conduce, en la misma línea que en el caso de la Sentencia del Tribunal de Roma de abril de 2016, a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil, a título de culpa, en el proveedor, derivada de la intervención que éste tiene en el tratamiento de la información, en los casos en que no actúe para eliminar el contenido infractor⁷¹⁰.

A pesar de su escasez, sin embargo, cabe mencionar algunos otros pronunciamientos judiciales anteriores en materia de cyberlockers en el territorio italiano, entre los que puede destacar la ordenanza del Tribunal de Roma, “sezione per il riesame dei provvedimenti di sequestro”, de 2 de mayo de 2013, en materia penal, mediante la cual se anula parcialmente la orden de secuestro preventivo impuesta a “Rapidgator” (como titular del portal web rapidgator.net, por la violación de los derechos de autor en su seno, al almacenar y hacer accesibles al público de la red contenidos protegidos, subidos por sus usuarios). Al respecto, el Tribunal, encuadrando como “cyberlocker” y no como proveedor de contenidos a la página, entendiéndolo desproporcionado el bloqueo general de todo el portal, en el que también se encuentran almacenados contenidos del todo lícitos de los usuarios⁷¹¹, teniendo presente, además, que no se recurrió de manera previa al mecanismo de “notice&takedown” articulado por el proveedor, siguiendo la normativa norteamericana. En conclusión, como señala SCIALDONE, “Il

⁷⁰⁹ LA ROSA, A., “Sentenza Megavideo, video-sharing non autorizzato è illecito”, en *Key4biz*, julio 2016. (Fuente: <https://www.key4biz.it/megavideo-a-la-rosa-la-sentenza-conferma-video-sharing-illecito-se-non-autorizzato/165521/>) (Fecha última consulta: 6 enero 2017).

⁷¹⁰ Resulta aquí interesante mencionar que, como paliativo a tal imputación de responsabilidad, se ha propuesto desde la doctrina la inclusión de una serie de cláusulas contractuales en el marco de la relación entre usuario e ISP, que exoneren de responsabilidad a éste último por las conductas ilícitas de los primeros; los cuales, pese a proponerse originariamente para el caso de los proveedores de acceso a la red, entendemos aplicables por analogía a esta tipología de proveedor de servicios en la nube. En concreto, propone GATTEI el inserimento de las siguientes: “l'utente riconosce che il provider non svolge alcun servizio di regolamentazione o di controllo dei messaggi inviati da terzi; l'utente garantisce che il materiale (messaggi, immagini, files, etc.) da lui inviato sul server del provider è di pubblico dominio oppure è materiale di cui possiede tutti i diritti necessari affinché possa essere inviato sul server del provider; l'utente riconosce il diritto del provider di riprodurre tale materiale, di metterlo a disposizione degli altri utenti, di memorizzarlo sulle proprie macchine ed eventualmente di rimuoverlo senza preavviso e senza nessuna motivazione; ed infine, il provider non si assume nessuna responsabilità sul materiale inviato da terzi, né sull'uso che tale materiale possa essere fatto dagli altri utenti.” (GATTEI, C., “Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider”, *Interlex*, Diritto tecnologia informazione, noviembre 1998. Disponible en: <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm#autore>).

⁷¹¹ Al respecto, el Tribunal realiza un paralelismo con las taquillas de un centro escolar, entendiendo que la medida afectaría de modo injusto a aquellos usuarios que hacen un uso legal del servicio, a causa de aquellos que cometen el acto ilícito. En concreto, sostiene el Tribunal que “Per fare un esempio, è come se, essendo stata rinvenuta, in ipotesi, all'interno di uno degli armadietti riservati ai singoli utenti di una struttura aperta al pubblico (come potrebbe essere una scuola, una palestra, una piscina e simili), merce di provenienza furtiva, si decidesse di chiudere la struttura stessa, al fine di impedire la circolazione della refurtiva, laddove è di tutta evidenza che basterebbe cancellare l'iscrizione del titolare dell'armadietto, unico possessore della chiave di accesso”.

ragionamento seguito dal Tribunale di Roma nel provvedimento in commento appare essere, dunque, del seguente tenore: laddove un fornitore di servizi di hosting adotti una precisa policy (anche in ottemperanza a normative afferenti un diverso ordinamento giuridico) atta a reprimere l'uso illecito dello spazio messo a disposizione del singolo utente, al fine della valida emissione di un provvedimento di sequestro (se del caso, mediante ordine di inibizione diretto ai provider) dovrà tenersi conto non soltanto della circostanza che il sito sia stato utilizzato per commettere l'illecito, ma altresì che non siano stati esperiti i rimedi che esso mette a disposizione degli interessati per eliminare le conseguenze pregiudizievoli delle condotta del titolare dell'archivio virtuale”⁷¹².

Sin embargo, tal postura tendente a la limitación del bloqueo de “cyberlockers” en los órganos judiciales italianos no es unánime, habiéndose ordenado por la Procura di Roma, con fecha 18 de noviembre de 2013 el oscureamiento en todo el territorio de portales tales como “dupload.org”, “movshare.net”, “nowdownload.ch”, “nowvideo.ch”, “topvideo.tv”, “upshared.com”, “usefile.com” y “videopremium.tv”, incluso de la totalidad de una red social⁷¹³ rusa, “VKontakte”, contra la que existían numerosas denuncias por ser marco de compartición masiva de contenidos protegidos por el derecho de autor por parte de sus usuarios⁷¹⁴.

⁷¹² SCIALDONE, M., “Cyberlocker e diritto d'autore: il Tribunale di Roma annulla il sequestro di Rapidgator”, *Diritto Mercato Tecnologia*, junio 2013. (Disponibile para su consulta en: <http://www.dimt.it/2013/06/03/cyberlocker-e-diritto-dautore-il-tribunale-di-roma-annulla-il-sequestro-di-rapidgator/>)

⁷¹³ Para un análisis en profundidad de la responsabilidad de las redes sociales en esta materia, vid. RICCIO, G. M., “Social networks e responsabilità civile”, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 26, núm. 6, 2010; pág. 864 y ss.

⁷¹⁴ Pese a que el hecho determinante de la orden de bloqueo en Italia haya sido la denuncia por la compartición ilegal de la película de Checco Zalone “Sole a catinelle”, se destaca, en general, sobre esta red social que, “*A differenza di Facebook, VKontakte è costantemente al centro di polemiche e cause legali relative alla violazione del copyright. Oltre che come strumento di comunicazione, il social network viene infatti utilizzato spesso per la condivisione e la distribuzione in streaming di materiale protetto dal diritto d'autore: film, software e soprattutto musica. In Russia, VKontakte è reduce da una recente vittoria in tribunale contro l'etichetta discografica locale Soyuz (il giudice ha deciso che il social network non è responsabile dell'attività dei suoi utenti). Altri processi, in passato, erano finiti in modo più favorevole alle case discografiche. Secondo alcuni media, sarebbero in corso trattative tra i dirigenti di VKontakte e le major per trovare una formula per la regolarizzazione e la distribuzione di musica sul sito*”. (Fuente: <http://www.lastampa.it/2013/11/28/tecnologia/checco-zalone-oscura-il-facebook-russo-i5dZEP0mJ3r7h8dv09sKwN/pagina.html>; fecha última consulta: 6 enero 2017).

Como consecuencia de ello, la plataforma ha comenzado el desarrollo de una estrategia antipiratería, teniendo como novedad base principal la identificación de los contenidos que permita su monitorización y rastreo en el caso de compartición ilícita. Sobre este punto, vid. “Russia’s Facebook prepares to make peace with USTR over piracy”: <https://torrentfreak.com/russias-facebook-prepares-to-make-peace-with-ustr-over-piracy-140308/>; y “VKontakte, pronta la strategia antipirateria del Facebook ruso”: <http://www.dimt.it/2014/03/11/vkontakte-pronta-la-strategia-antipirateria-del-facebook-russo/>.

Esta tendencia en las redes sociales de avanzar en la línea de protección de los contenidos protegidos parece ser general, como se manifiesta en la inversión realizada por Facebook en tecnología de rastreo de

A la vista de la manifiesta indefinición y ausencia total de una uniformidad en la postura jurisprudencial italiana en lo que respecta a la imputación de responsabilidad civil a los proveedores de hosting y de servicios en la nube por los usos ilícitos de contenidos protegidos compartidos en su seno, cabe ahora hacer una especial mención al caso de las páginas de enlaces directos y torrent⁷¹⁵. Se evidencia en este punto, la preeminencia en este campo de la persecución penal de tales conductas, seguida de la vía administrativa. Así, en este punto se pone de manifiesto la diferente tendencia en la materia con respecto a España donde, como se ha puesto de relieve con anterioridad en este trabajo, existen numerosos pronunciamientos judiciales de la jurisdicción civil sobre este tipo de portales web⁷¹⁶.

Al respecto, pese a no ser el objeto de esta tesis el estudio de la responsabilidad penal, se hace necesario mencionar sendos pronunciamientos relativos a los portales “*The pirate bay*” y “*Coolstreaming*”, por su notoriedad e implicaciones en la materia. Se trata de las Sentencias de la Suprema Corte di cassazione, sezione III penale, de 29 de septiembre de 2009, núm. 49437 y la de la Corte de Cassazione IV sez. penale, núm. 15158, del 10 de abril de 2008, respectivamente. En ambos casos el Tribunal falla condenando a los gestores de los portales por vulneración del artículo 171 ter, entendiéndose que incurrir en “*nell'attività penalmente illecita di diffusione nella rete*

compartición ilícita por sus usuarios. Acerca de tal iniciativa, vid. “Facebook, gli “indicatori sociali” contro i contenuti pirata”: <http://www.dimt.it/2013/12/03/facebook-gli-indicatori-sociali-contro-i-contenuti-pirata/>).

⁷¹⁵ Sobre este tipo de proveedores en línea, cabe destacar la cuestión surgida en parte de la doctrina acerca de los posibles puntos en común y distinciones entre tales páginas de enlaces y los motores de búsqueda. Sobre ello, destaca PROSPERETTI que “*La differenza tra un motore di ricerca ed un sito che presenta un indice di link è solamente nella modalità di acquisizione dei link stessi, che, per quanto riguarda il sito che indicizza i link, possono essere varie: i siti attualmente funzionanti li ottengono per contribuzione dagli utenti e per ricerca diretta; alcuni hanno anche funzioni automatiche non dissimili da quelle dei motori di ricerca in senso proprio. La normativa e la giurisprudenza sembrano considerare il problema assegnando una sorta di salvacondotto ai servizi di search engine e a servizi specialistici, quali la ricerca immagini, forniti dai motori di ricerca medesimi mentre, non risulta, almeno in casi giurisprudenziali espressi, che simili principi siano stati estesi a siti di linking. Per tali siti, in sostanza, la qualificazione giuridica è ancora fluida, alla ricerca di una collocazione, appunto, tra i motori di ricerca e le tecnologie di diffusione al pubblico delle opere*”. (PROSPERETTI, E., “La circolazione dei contenuti mediante link ad opere protette tra diritto d’autore, responsabilità del prestatore e concorrenza”, *Quaderni Diritto Mercato Tecnologia*, núm. 2, 2013; pág. 49).

⁷¹⁶ No obstante esto, es necesario subrayar la reciente tendencia, que empieza a despuntar también en España, de persecución penal de la actividad concretas de páginas de enlaces a contenidos protegidos por los derechos de autor, si bien con mayor éxito en los casos en que los gestores de la plataforma sean los propios administradores del contenido. Sobre esta cuestión, como se ha envidenciado con anterioridad en este trabajo, también es marcada la tendencia en el marco español al recurso del derecho administrativo, por medio de un procedimiento ad hoc articulado entorno a un ente de tal naturaleza (en el caso de España la “Comisión de Propiedad Intelectual” y en el de Italia la “AGCom”), encargado de la persecución de tales conductas ilícitas, no es sustitución de la vía jurisdiccional, pero si como medida disuasoria y como mecanismo más rápido y eficaz para la remoción de los contenidos vulneradores.

*Internet di opere coperte da diritto d'autore, senza averne diritto*⁷¹⁷. De manera clara, en la primera sentencia se concluye que “Sarebbe possibile predicare l'estraneità del sito web - o, più precisamente, del suo titolare - alla diffusione dell'opera solo nel caso estremo in cui la sua attività fosse completamente agnostica, ove ad es. anche l'indicizzazione dei dati essenziali fosse decentrata verso la periferia. In tal caso si vi sarebbe solo una comunità di utenti (un social network) che condividono un protocollo di trasferimento di dati ed i quali tutti indicizzano i dati stessi consentendo la reperibilità delle informazioni essenziali. In questa evenienza il materiale messo in comune e reso disponibile per il trasferimento potrebbe essere il più vario (coperto, o meno, da diritto d'autore) e la responsabilità penale sarebbe solo degli utenti che operano l'uploading e prima ancora l'indicizzazione dei dati.

Tutto ciò considerato in generale sull'astratta configurabilità del reato di cui all'art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis), cit., deve rilevarsi, con riferimento al caso di specie, che nell'ordinanza impugnata è detto che le "chiavi" per accedere agli archivi degli utenti che posseggono l'opera coperta dal diritto d'autore si trovano nel sito web denominato www.thepiratebay.org; quindi l'attività di indicizzazione e il risultato della stessa (i cd. file di tracciamento) sono nel sito. Ciò consente - sotto il profilo del fumus - di escludere che dagli atti emerga il decentramento anche dell'attività di indicizzazione, essenziale per la diffusione dell'opera, e di affermare invece la sussistenza di una condotta riferibile al menzionato sito web - e più precisamente agli attuali indagati quali titolari e gestori dello stesso - e rilevante sul piano penale a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis), cit.”^{718 719}.

⁷¹⁷ Sentencia de la Suprema Corte de cassazione, sezione III penale, de 29 de septiembre de 2009, núm. 49437.

⁷¹⁸ En esta Sentencia de la Suprema Corte de cassazione ya citada, se puntualiza la ilicitud del comportamiento de compartición por los usuarios en el marco de una plataforma p2p, pero también, vinculada a la misma, la de los sujetos que, mediante el enlazado desde un portal web, hacen posible el acceso a tales contenidos. En concreto, el Tribunal dispone que “Se poi si considerano in particolare più sofisticate tecnologie di tale trasferimento di file - quale quella che frammenta l'opera in modo da coinvolgere più utenti nell'attività di uploading (a mezzo dei cd. file torrent) - si ha in realtà che, sotto il profilo giuridico appena considerato, non cambia nulla. La diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore avviene sempre da utente ad utente tramite un più sofisticato protocollo peer-to-peer che, frammentando l'attività di uploading, ha l'effetto di velocizzarla e di evitare le "code" di attesa nel caso in cui tale attività sia operata da un unico utente. Questa possibile frammentazione dell'attività di uploading comporta che la messa in rete dell'opera è riferibile non più ad un determinato utente, ma ad una pluralità di essi che concorrono tutti diffondendo una parte dell'opera coperta da diritto d'autore. Portando al limite questa frammentazione si può anche ipotizzare che il singolo utente diffonda un frammento dell'opera che, preso in sé, non sia sufficientemente significativo sotto il profilo strettamente giuridico, sì da non potersi considerare di per sé solo coperto da diritto d'autore. Ma, ricomponendo i frammenti secondo le istruzioni di tracciamento che sono nel sito web, si ha il trasferimento dell'opera intera (o di parti di essa), la cui diffusione è ascrivibile innanzi tutto ai singoli utenti. Mentre l'attività di

Esisten, en cualquier caso, asimismo, algunos pronunciamientos en el marco de la jurisdicción civil italiana tendentes a la declaración de ilicitud de la conducta de compartición y organización de enlaces a obras protegidas. Es el caso de la Ordenanza del Tribunal de Roma, de 5 de junio de 2013 y la Sentencia del Tribunal de Milán, sez. spec. prop. ind. e int., de 20 de marzo de 2010, núm. 3639, “SKY vs. Tv Gratis e Telecom Italia. En esta última, se concluye que *“La condotta del gestore di un sito Internet che, attraverso lo stesso, fornisca una serie di link aventi come scopo quello di facilitare la visione di materiale protetto da diritto d’autore illecitamente diffuso da terzi è rilevante sotto il profilo del concorso con l’illecita diffusione di suddetto materiale in termini di consapevole agevolazione, in quanto specificatamente destinata a consentire con evidente e maggiore facilità all’utente italiano la possibilità di usufruire di tali contenuti.”*⁷²⁰

indicizzazione e di tracciamento, che è essenziale perché gli utenti possano operare il trasferimento dell’opera (che in tal caso va da una pluralità di utenti autori dell’uploading verso una potenziale pluralità di utenti ricettori del downloading) è ascrivibile al (gestore del) sito web e quindi rimane l’imputabilità a titolo di concorso nel reato di cui all’art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis), cit.”.

⁷¹⁹ De manera específica, por tanto, el problema objeto de tal Sentencia es la responsabilidad de la propia plataforma que vincula la conducta basada en *subir* contenidos a la red (“upload”) con la de descargar (“download”). A este respecto, la Corte concluye que el proveedor/gestor de la página no sería responsable de la actividad ilícita en el caso de que se limitase a permitir la comunicación entre los que comparten los contenidos y quienes los descargan, como ocurre en el caso de una plataforma p2p. Sin embargo, no se puede llegar a la misma conclusión, de acuerdo con el Tribunal, cuando se lleva a cabo una ordenación y sistematización de los contenidos subidos por los usuarios, de forma que tal información, como determina la Corte *“anche se ridotte al minimo ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il downloading di quell’opera piuttosto che un’altra sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad esempio attraverso un motore di ricerca”*. En este caso, por tanto, *“L’attività di trasporto, a quel punto, non è più «agnostica», ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d’autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente a utente, ma l’attività del sito web è quella che permette lo svolgimento di tutte le operazioni e, per questo nella lettura della Cassazione, esiste un apporto causale alla condotta illecita che può essere inquadrato giuridicamente nel concorso di persone, in base al quale l’attività di concorso nel reato può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione o contributo, di ordine materiale o psicologico, a tutte o solo alcune della fasi dell’illecito. Nessun decentramento così, malgrado la tecnologia peer to peer, della condotta illegale di diffusione di opera coperta da copyright”* (<http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/Norme%20e%20Tributi/2009/12/cassazione-sentenza-diritto-autore.shtml>, 22 diciembre 2009. Fecha última consulta 7 enero 2017).

⁷²⁰ Como pone de relieve al respecto SAETTA, *“Nel caso di specie, continua il tribunale, l’utente italiano, tramite il suddetto sito era indirizzato direttamente e con facilità alla visione del materiale protetto ma illecitamente offerto dai siti cinesi, a mezzo della fornitura dell’elenco dei siti cinesi stessi e delle partite da essi diffuse, nonché dalla possibilità di provvedere alla sincronizzazione delle immagini con un commento in lingua italiana, commento offerto ponendo a disposizione dell’utente sia le istruzioni tecniche per la sincronizzazione tra audio e video che l’elenco delle radio che trasmettevano i commenti medesimi. A ciò si aggiungeva l’indicazione necessaria per procurarsi il software necessario alla visione e le istruzioni tecniche alla sua installazione. In tal senso appare evidente che l’apporto del sito in questione è senz’altro definibile come agevolatore rispetto alla condotta dei siti cinesi, in quanto in assenza dell’apporto del sito indicato sarebbe stato senz’altro molto più difficile, ai limiti dell’improbabilità, per un normale utente scovare il sito cinese in questione, e ugualmente sarebbe stato molto più complesso e difficile per un utente riuscire a vedere le partite.”* (SAETTA, B., “Calcio e

Asimismo un posterior pronunciamiento del Tribunal de Roma, de 19 de agosto de 2011, en el caso “Rojadirecta”⁷²¹, ordenaba ya el bloqueo del portal, que ofrecía la reproducción en streaming de contenidos deportivos en el territorio italiano; tal fallo es reafirmado en un caso posterior, frente al mismo sitio web, por el Tribunal de Milán, Sezione Specializzata Impresa, del 13 de enero de 2016, confirmando la decisión del mismo Tribunal, de fecha 18 de noviembre de 2015, en el que se declara de modo expreso la ilicitud de tal conducta, y se condena al propio proveedor de acceso a una multa por cada día de retraso en tal retirada del sitio web de su servidor⁷²².

Todo ello permite concluir, por tanto, que en materia de portales web de enlaces conducentes a contenidos protegidos no autorizados, la jurisprudencia italiana imputa la responsabilidad civil al gestor del portal por tales vulneraciones del derecho de autor en base a dos criterios determinantes⁷²³: de un lado, “*l’aver agevolato l’utente a usufruire di contenuti protetti abusivamente pubblicati*”; y, de otro, “*l’aver consapevolmente contribuito, con il proprio operato, all’illegittima condotta posta in essere dall’autore principale*”⁷²⁴.

Se debe, en definitiva, y de forma muy simplificada, concluir que, se evidencia por todo lo expuesto la responsabilidad civil del sujeto que comete de forma directa la acción vulneradora de los derechos de autor en red, siendo en definitiva, quien comparte sin autorización el contenido protegido, por lo que debe responder en aplicación del régimen general de responsabilidad civil instaurado en el Codice civile italiano. Sin

responsabilità da link”, en *Internet e Diritto*, mayo 2010. (Disponible en la dirección web: <http://brunosaetta.it/diritto-autore/calcio-e-responsabilita-da-link.html>).

⁷²¹ De este análisis jurisprudencial se puede inducir que, en el marco de la jurisdicción civil y penal, la mayor parte de los pronunciamientos judiciales tienen por objeto demandas relativas a los derechos conexos, siendo en su mayoría las productoras y licenciatarias las que emprenden las acciones legales. De modo concreto, se evidencia que, en Italia, la mayoría de estos casos tienen por objeto contenidos audiovisuales de índole deportiva, contenidos que no se pueden considerar protegidos por los derechos de autor, al no poder incluirse en la categoría de creaciones intelectuales.

⁷²² En concreto el Tribunal concluye que tal bloqueo “*debe comprendere ogni attività di disabilitazione dell’accesso al sito internet in questione, sia ai DNS sia agli indirizzi IP associati*”.

⁷²³ En este punto se equipara recientemente la jurisprudencia española, la cual en la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de La Coruña, n. 247/16, de 22 de noviembre de 2016, contra “Rojadirecta” en territorio español, también ha condenado a los gestores de la plataforma por vulneración de los derechos de autor – en este caso derechos conexos o afines a los mismos – determinando su responsabilidad por los perjuicios ocasionados, cuya determinación deriva a un procedimiento civil posterior.

⁷²⁴ Siguiendo la conclusión de RIZZIO, “*sulla base di tale filone interpretativo, nella fattispecie in esame il linking configurerebbe una violazione del diritto d’autore in mera virtù della sua forma di contributo agevolatore dell’illecito*”. (RIZZO, G., “Linkare contenuti protetti illegittimamente pubblicati: il sottile confine tra libertà d’informazione e violazione del diritto d’autore”, *mmllex.it*, mayo 2016, en http://www.mmllex.it/linkare-contenuti-protetti-illegittimamente-pubblicati-il-sottile-confine-tra-liberta-dinformazione-e-violazione-del-diritto-dautore-3/#_ftn2; fecha última consulta: 7 enero 2017).

embargo, la anonimidad de la red y la escasez de patrimonio de tales sujetos han hecho derivar la imputación de la responsabilidad en los sujetos intermediarios, en aquellos casos en que de su actividad e implicación en la gestión de la información se derive su participación. Se ha visto, no obstante lo anterior, que la jurisprudencia italiana no es homogénea en tal extremo, por lo que no es posible reconocer un patrón común que sienta el régimen de responsabilidad imputable a éstos en función de su conducta.

Por otro lado, en lo que respecta, a los portales de almacenamiento de contenidos o cyberlockers, inicialmente se llega a la conclusión de su similitud con los proveedores de servicios hosting, lo que implica su responsabilidad en los casos en que tenga un comportamiento *activo* en relación con la información, llegándose en algunos casos a su consideración de proveedores de contenidos, por parte de los Tribunales, en algunos casos. Así, se alcanza la conclusión, como en el caso anterior de que, la falta de adaptación de la legislación vigente a las nuevas tipologías de servicios de la sociedad de la información en internet, y la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes hasta el momento, provocan la total indeterminación del régimen de responsabilidad civil aplicable a estas figuras.

Por último, en lo tocante a las páginas de enlaces, tanto directos como torrent, en la mayoría de los casos parece haber acuerdo, en la jurisprudencia italiana, acerca de su carácter vulnerador de los derechos de autor⁷²⁵, pese a ser pocos los casos enjuiciados por esta vía, prevaleciendo la jurisdicción penal. No obstante, como se pondrá de manifiesto a continuación, en el caso de Italia, como en España, se ha apostado por el recurso a la vía administrativa en lo referente al bloqueo y sanción de las conductas relativas al file-sharing online, tanto para con las plataformas o portales web como con sus usuarios.

6.4.1. Breve repaso a la regulación de la responsabilidad civil en la L.d.a.

La normativa hasta ahora analizada en materia de responsabilidad civil obedecía a una aproximación general del ordenamiento jurídico europeo e italiano sobre los servicios

⁷²⁵ En oposición al caso español, cuyos pronunciamientos judiciales sobre esta tipología de actividades mantienen la disparidad, no existiendo unanimidad en la imputación de responsabilidad, ni en el ámbito penal ni en el civil.

de la sociedad de la información, de aplicación por tanto, no sólo a la problemática concreta de la violación de los derechos de autor en línea.

Es en la Ley de derecho de autor italiana (L.d.a.) donde encontramos una previsión específica sobre la materia. Así, el Capítulo III dedicado a “Difese e sanzioni giudiziarie”, en su Sección I de “*Difese e sanzioni civili*”, dedica los artículos 156 a 167 a las normas relativas a los derechos de explotación económica⁷²⁶.

De manera inicial, el artículo 156 reconoce la potestad de los titulares de los derechos de ejercitar las acciones civiles en los casos en que tema la violación de su derecho de explotación o pretenda la cesación de una violación ya acontecida, tanto contra el sujeto directamente responsable de la misma como de un intermediario mediante cuyos servicios se haya cometido, con la pretensión del reconocimiento de su derecho y la orden de interrupción de la vulneración, con la determinación por el juez de la indemnización por tales violaciones y/o por el retraso en la ejecución del mandato de cesación⁷²⁷. Tales acciones, como precisan los apartados 2 y 3 de la norma, se regularan por lo dispuesto en los siguientes preceptos y por el Codice di procedura civile, respetando lo establecido en el D.lgs. de 9 de abril 2003, núm. 70, ya analizado.

A continuación, de manera general, el artículo 158 reconoce la posibilidad de recurso a la vía jurisdiccional civil a aquel sujeto cuyos derechos de explotación económica hayan sido vulnerados, con el fin de, además de obtener el resarcimiento del daño⁷²⁸, “*sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione*”⁷²⁹, por parte del causante.

⁷²⁶ Los artículos 168 a 170 de la Ley se destinan al ejercicio de los derechos morales, problemática que queda fuera del ámbito objetivo de la presente tesis doctoral.

⁷²⁷ En concreto, el párrafo 2º del artículo 156.1 establece que, “*Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*”.

⁷²⁸ El precepto reenvía al articulado del Codice civile para la determinación del resarcimiento, reconociendo la potestad del juez de liquidar el daño atendiendo al lucro cesante del artículo 2056 C.c., o recurriendo a una suma a tanto alzado sobre a base de la cuantía que habría debido desembolsar en causante en el caso de que hubiese recabado la preceptiva autorización del titular de los derechos; a ello se une la indemnización de los daños no patrimoniales, de acuerdo con el artículo 2059 C.c.

En concreto dispone el artículo 158 al respecto que “*2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056, comma 2, codice civile anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto.*”

3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 del codice civile.”

⁷²⁹ Sobre tal retirada o destrucción, precisa el artículo 160 que “*La rimozione o la distruzione non può essere domandata nell'ultimo anno della durata del diritto. In tal caso, deve essere ordinato il sequestro dell'opera o del prodotto sino alla scadenza della durata medesima. Qualora siano stati risarciti i danni*”

Se precisa en el artículo 161 que, en el marco del ejercicio de las acciones civiles reconocidas, se reconoce a la autoridad judicial el poder de ordenar la “*descrizione, l'accertamento, la perizia od il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione*”, pudiéndose, asimismo, recurrirse a los procedimientos de instrucción preventiva⁷³⁰.

Se reconoce, por otro lado, en el artículo 163 la potestad del titular de los derechos de solicitar la ejecución por parte del juez de la inhibitoria de la actividad dañosa, incluyéndose la llevada a cabo por el intermediario; para estos casos, se reconoce la posibilidad del órgano judicial de imponer una cuantía a por cada violación o inobservancia sucesiva, o de darse una dilación en el cumplimiento del mandato⁷³¹.

derivati dalla violazione del diritto, il sequestro può esser autorizzato anche ad una data anteriore a quella sopraindicata.”

⁷³⁰ Precisa el apartado 3 del precepto que “*L'Autorità giudiziaria può anche ordinare, in casi particolarmente gravi, il sequestro dei proventi dovuti all'autore dell'opera o del prodotto contestato.*”

De modo general, es el artículo 162 el que determina como se debe articular el procedimiento previsto en el precepto anterior, de acuerdo con el Codice di procedura civile (C.p.c.). “*162. 1. Salvo quanto diversamente disposto dalla presente legge, i procedimenti di cui all'articolo 161 sono disciplinati dalle norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari di sequestro e di istruzione preventiva per quanto riguarda la descrizione, l'accertamento e la perizia.*

2. La descrizione e il sequestro vengono eseguiti a mezzo di ufficiale giudiziario, con l'assistenza, ove occorra, di uno o più periti ed anche con l'impiego di mezzi tecnici di accertamento, fotografici o di altra natura. Nel caso di pubblici spettacoli non si applicano le limitazioni di giorni e di ore previste per atti di questa natura dal codice di procedura civile.

3. Gli interessati possono essere autorizzati ad assistere alle operazioni anche a mezzo di propri rappresentanti e ad essere assistiti da tecnici di loro fiducia.

4. Alla descrizione non si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 693 del codice di procedura civile. Ai fini dell'articolo 697 del codice di procedura civile, il carattere dell'eccezionale urgenza deve valutarsi anche alla stregua dell'esigenza di non pregiudicare l'attuazione del provvedimento. Si applica anche alla descrizione il disposto degli articoli 669-octies, 669-undecies e 675 del codice di procedura civile.

5. Decorso il termine di cui all'articolo 675 del codice di procedura civile, possono essere completate le operazioni di descrizione e di sequestro già iniziate, ma non possono esserne iniziate altre fondate sullo stesso provvedimento; resta salva la facoltà di chiedere al giudice di disporre ulteriori provvedimenti di descrizione o sequestro nel corso del procedimento di merito.

6. Descrizione e sequestro possono concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati o distribuiti dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non siano adibiti ad uso personale, ovvero si tratti di opere diffuse con qualunque mezzo. Il verbale delle operazioni di sequestro e di descrizione, con il ricorso ed il provvedimento, deve essere notificato al terzo cui appartengono gli oggetti sui quali descrizione o sequestro sono stati eseguiti entro quindici giorni dalla conclusione delle operazioni stesse a pena di inefficacia.”

⁷³¹ El artículo en cuestión añade en los siguientes epígrafes las siguientes precisiones para dos supuestos de vulneración concretos: “*3. Ove in sede giudiziaria si accerti la mancata corresponsione del compenso relativo ai diritti di cui agli articoli 73 e 73-bis, oltre alla liquidazione dello stesso può essere disposta l'interdizione dall'utilizzo dei fonogrammi per un periodo da un minimo di quindici giorni ad un massimo di centottanta giorni.*

4. Ove in sede giudiziaria si accerti l'utilizzazione di fonogrammi che, ai sensi dell'art. 74, arrecano pregiudizio al produttore fonografico, oltre alla interdizione definitiva dal loro utilizzo, può essere comminata una sanzione amministrativa da un minimo di euro 260,00 ad un massimo di euro 5.200,00.”

En cuanto a los sujetos a los que la norma reconoce legitimación activa para el ejercicio de estas acciones, aparte del cesionario del derecho de explotación, el artículo 165 reconoce la potestad del autor de la obra, incluso tras la cesión del derecho en cuestión, de intervenir en el procedimiento, en defensa de sus intereses; a lo que añade el artículo 167 que los derechos patrimoniales reconocidos por esta ley pueden ser hechos valer en juicio *“da chi si trovi nel possesso legittimo dei diritti stessi”*, así como *“da chi possa agire in rappresentanza del titolare dei diritti”*.

Por último, el artículo 166 reconoce la posibilidad de que, como parte de la condena, se imponga por el juez, a instancia de parte o de oficio, la obligación de publicar la sentencia en uno o varios diarios, a cargo de la parte condenada.

6.4.2. El procedimiento administrativo de la AGCom.

Como se ha hecho evidente a la luz de lo estudiado a lo largo de este epígrafe, la problemática de la utilización ilícita de contenidos en red, en el ámbito italiano, ha sido objeto, principalmente de procedimientos judiciales de naturaleza penal. Sin embargo, en la actualidad se observa una tendencia creciente a la persecución por vía administrativa de tales conductas, tendente al bloqueo de los portales web, eliminación de los contenidos infractores y sanción de los sujetos implicados.

Tal procedimiento se encuentra articulado en el, ya analizado, Reglamento *“In materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70”*, recogido en la *“Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013”* de la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom).

De modo inicial, el objeto de tal norma queda delimitado, a título general, en su artículo 1, dedicado a definir los conceptos básicos. Así, en el apartado g) destinado al concepto de *“gestor de sitio web”*, nos encontramos con una especial mención a los portales de enlaces cuando precisa que se considera por tal, al objeto de esta norma, *“il prestatore di servizi della società dell’informazione, diverso da quelli di cui agli articoli 14, 15 e 16 del Decreto, che, sulla rete internet, cura la gestione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (link o torrent) alle stesse, anche caricati da terzi”*. Siguiendo con la citada delimitación, el Reglamento define

específicamente la “obra digital” como “*un’opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d’autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica*”; para después enfocar los conceptos de “link”, “torrent”, “uploader”, “downloading”, “streaming” y “procedimiento de notice and take down”⁷³². Es ya, sin embargo, en el artículo 2 en el que la finalidad concreta su finalidad y ámbito de aplicación, estableciendo como tales, por un lado, la promoción del desarrollo de la oferta legal de creaciones digitales y la educación sobre el correcto disfrute de las mismas y, por otro, la fijación de un procedimiento para la inspección y cesación de las violaciones de derechos de autor y conexos, de cualquier forma realizadas, en el entorno de las redes de comunicación electrónicas. En este mismo precepto, en su apartado 3, se introduce una salvedad de gran importancia, cuando se exceptúa del ámbito de la norma a los usuarios finales que disfrutaban de las obras digitales en la modalidad de descarga (“*downloading*”) o visionado en streaming, así como a las plataformas de intercambio de archivos de tipo p2p⁷³³.

Es ya el Capítulo III, dedicado a “*Procedure a tutela del diritto d’autore online ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70*”, el que delinea el procedimiento contra los usos ilícitos en línea de las obras. Así, en primer lugar, el art. 5 concreta que, sin perjuicio de los mecanismos de gestión de estas problemáticas estructurados por las propias páginas a través de sistemas de “*notice and take down*”, la Autoridad administrativa actuará a instancia de parte por medio del procedimiento articulado en esta norma.

⁷³² El artículo 1, en sus apartados v) a bb) define tales conceptos como del siguiente modo:

“v) “*link*”: *collegamento ipertestuale all’opera digitale di cui alla lettera p*);

z) “*torrent*”: *codice alfanumerico di collegamento attraverso il quale gli utenti sono posti nella condizione di interagire ai fini della fruizione delle opere digitali di cui alla lettera p*);

aa) “*uploader*”: *ogni persona fisica o giuridica che carica opere digitali su reti di comunicazione elettronica rendendole disponibili al pubblico anche attraverso appositi link o torrent ovvero altre forme di collegamento*;

bb) “*downloading*”: *trasferimento di opere digitali su un proprio terminale o su uno spazio condiviso attraverso reti di comunicazione elettronica*;

cc) “*streaming*”: *flusso di dati audio/video trasmessi da una sorgente a una o più destinazioni attraverso reti di comunicazione elettronica e riprodotti in tempo reale sul terminale dell’utente*;

dd) “*procedure di notice and take down*”: *procedure finalizzate alla rimozione di contenuti illeciti dalle reti di comunicazione elettronica*”.

⁷³³ En concreto determina el apartado 3 del art. 2 que “*Il presente regolamento non si riferisce agli utenti finali che fruiscono di opere digitali in modalità downloading o streaming, nonché alle applicazioni e ai programmi per elaboratore attraverso i quali si realizza la condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica.*”

El procedimiento en cuestión, como dispone el artículo 6, se inicia con la instancia a la Autoridad – en la forma exigida por la misma – para la retirada de contenidos, que puede ser presentada por un sujeto legitimado en el momento en que tenga constancia de que una obra digital se encuentra disponible en una página web en vulneración del Derecho de autor; estableciéndose, no obstante, en el apartado 3 del precepto, la incompatibilidad de tal reclamo en el caso de que se encuentre ya iniciado un proceso ante un órgano jurisdiccional con el mismo objeto y entre las mismas partes.

Las instancias presentadas podrán ser archivadas en vía administrativa por la Dirección en determinados supuestos tasados por la norma⁷³⁴, de lo contrario, activará el procedimiento del artículo 7, para lo cual dispone del plazo de siete días desde la recepción de la solicitud de parte.

Como se adelantaba en la norma, es el artículo 7 el que fija del procedimiento de instrucción que lleva a cabo la Dirección de la Autoridad administrativa, que se inicia con la comunicación de tal órgano de la incoación del mismo a los prestadores de servicios a este fin individuados, además de, en el caso de que hayan podido ser identificados, al uploader – como sujeto que ha efectuado el acto de *subida* a la web del contenido infractor – y al gestor del sitio web. En esta notificación de inicio del procedimiento se habrá necesariamente que especificar las creaciones digitales concretas pretendidamente vulneradoras, las disposiciones legales presumiblemente infringidas y se concretará el responsable del proceso, a quien se le podrán presentar las contra-alegaciones, además de la fijación de la fecha término del procedimiento⁷³⁵. En la misma, asimismo, se le comunica a los sujetos destinatarios la posibilidad de cumplir de manera expontánea con la solicitud de retirada presentada por el sujeto reclamante, en cuyo caso, en el momento en que tal

⁷³⁴ Según el apartado 4 del artículo 6, la Dirección archivará las solicitudes cuando sean: “a) *irricevibili per mancata osservanza delle prescrizioni di cui al comma 2 o per difetto di informazioni essenziali*; b) *improcedibili ai sensi del comma 3*; c) *inammissibili in quanto non riconducibili all’ambito di applicazione del presente regolamento*; d) *manifestamente infondate*; e) *ritirate prima delle decisioni dell’organo collegiale di cui all’articolo 8.*”

La comunicación de esta decisión se determina en el apartado 5 del mismo precepto, que dispone que “*La Direzione dà notizia al soggetto istante delle archiviazioni disposte ai sensi del comma 4, lettere a), b), c) e d), e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, di cui all’articolo 7, comma 1, delle archiviazioni disposte ai sensi del comma 4, lettera e). Delle suddette archiviazioni la Direzione informa periodicamente l’organo collegiale.*”

⁷³⁵ El artículo 1.1. establece, literalmente que “*La comunicazione di avvio del procedimento contiene l’esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della Legge sul diritto d’autore, l’indicazione delle disposizioni che si assumono violate, una sommaria esposizione dei fatti e dell’esito degli accertamenti svolti, l’indicazione dell’ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, nonché del termine di conclusione del procedimento.*”

extremo sea comunicado a la Dirección, ésta procederá a la archivación del procedimiento, notificándolo al reclamante.

Por su parte, el apartado 4 recoge la posibilidad de que los sujetos instados – esto es, tanto los prestadores de servicios, el uploader como los gestores del portal web – puedan contestar a los hechos alegados, remitiendo sus alegaciones en el plazo de cinco días a la Dirección⁷³⁶. Superado este trámite y en cumplimiento del plazo dispuesto, a excepción del caso en que los reclamados hayan aceptado la solicitud de remoción, la Dirección trasladará el caso al órgano colegiado, proponiendo, o bien la archivación, o bien la adopción de las medidas dispuestas en el artículo 14.3 y 16.3 del Decreto lgs.

De forma específica, el artículo 8 se ocupa de recoger las medidas de tutela de los derechos de autor en el marco de la problemática perseguida. En tal sentido, dispone que en función de su valoración, el órgano colegiado podrá archivar las actuaciones en el caso de que no reconozca la existencia de una vulneración, o bien exija a los sujetos reclamados que actúen para impedir o poner fin a la violación, pudiendo adoptar las siguientes medidas previstas en el Reglamento, que deberán ser acatadas, en el plazo de tres días tras la notificación, por los prestadores de servicios.

Las mencionadas medidas son recogidas por los apartados 3, 4 y 5 del mismo art. 8, y se refieren a tres supuestos diversos. La primera de ellas tiene por objeto el mandato de eliminación selectiva de las obras vulneradoras del servidor que las almacene, cuando este sito en territorio italiano, al prestador de servicios de hosting, de acuerdo con el art. 16 del D. Lgs.; previendo de modo expreso, la posibilidad de mandato del órgano colegiado de la inhabilitación de acceso al contenido por parte de los prestadores, cuando se trate de violaciones de carácter masivo. La segunda de las medidas contempladas tiene como objeto el mandato a los prestadores de servicios de “mere conduit”, de acuerdo con el art. 14 D. Lgs., de bloquear el acceso al portal infractor, cuando éste se encuentre alojado en un servidor fuera del territorio nacional. En tercer lugar, la norma establece la redirección automática del portal o sección inhabilitadas a una página de advertencia siguiendo un modelo determinado por la Autoridad, en los casos de adopción de las medidas del último párrafo del apartado 3 (para el caso de vulneraciones masivas) y del apartado 4⁷³⁷.

⁷³⁶ Tras lo anterior, el apartado 5 puntualiza que, *“In presenza di esigenze istruttorie ovvero alla luce della complessità del caso, la Direzione può disporre una proroga dei termini di cui all’articolo 6, comma 7, e al comma 4 del presente articolo. Qualora sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione, la Direzione può altresì chiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni utili all’istruttoria, ai sensi dell’articolo 1, comma 30, della legge 31 luglio 1997, n. 249”*.

⁷³⁷ Determina literalmente el precepto que *“Qualora adottate le misure previste ai commi 3, secondo periodo, e 4, l’organo collegiale ordina ai prestatori di servizi, ai sensi dell’articolo 71, comma 2-quater,*

Este procedimiento ante el órgano colegiado no podrá exceder del plazo de treinta y cinco días, a contar desde el momento de recepción de la solicitud inicial del artículo 6, debiendo notificarse la decisión del mismo y las medidas adoptadas a los sujetos de ambas partes; previéndose sanciones en el caso de incumplimiento de las mismas⁷³⁸.

De manera paralela a este general, el Reglamento articula, en su artículo 9, un procedimiento abreviado para los casos en que la Dirección, en su análisis previo, concluya la existencia de una grave lesión de los derechos de explotación de una obra digital o bien se detecte una violación de carácter masivo, cuya principal particularidad es la notoria reducción de los plazos⁷³⁹. Los criterios a los que debe recurrir la Dirección para decidir la pertinencia al recurso de esta modalidad abreviada son la reiteración de las violaciones, la significativa cantidad de obras difundidas ilícitamente, la novedad de la creación con respecto al mercado, el valor económico de los derechos vulnerados y la entidad del daño causado; el fomento, incluso indirecto, de la utilización de contenidos por medios infractores, el carácter engañoso de la información mostrada al usuario, induciéndole a la creencia de la licitud del servicio. Asimismo, la facilitación de orientación acerca de los mecanismos técnicos para el acceso ilegal a los contenidos, el ánimo de lucro en la oferta de las obras, deducible del propio carácter oneroso de la actividad así como de la presencia de publicidad en la página o, por último, la presentación de la instancia inicial por parte de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor.

Cabe señalarse, a modo de cierre, que el Reglamento contiene la posibilidad de interposición de recurso frente a los pronunciamientos y medidas tomadas en el citado

lettera a), del Codice, di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina internet redatta secondo le modalità indicate dall'Autorità le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi."

⁷³⁸ Al respecto dispone el apartado 7 que *"In caso di inottemperanza agli ordini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 l'Autorità applica le sanzioni di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249, dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'articolo 182-ter della Legge sul diritto d'autore."*

⁷³⁹ En concreto, acerca de la alteración de los mismos, el artículo 9.1. dispone que:

"a) l'archiviazione in via amministrativa e l'avvio del procedimento, di cui all'articolo 6, comma 7, hanno luogo entro tre giorni dalla ricezione dell'istanza;
b) la trasmissione delle controdeduzioni, di cui all'articolo 7, comma 4, può avere luogo entro tre giorni dalla comunicazione dell'avvio del procedimento;
c) la trasmissione degli atti all'organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine di cui alla lettera b);
d) i provvedimenti di cui all'articolo 8, commi 1, 2, 3, 4 e 5, sono adottati dall'organo collegiale entro dodici giorni dalla ricezione dell'istanza;
e) l'ottemperanza agli ordini di cui all'articolo 8, commi 2, 3, 4 e 5 ha luogo entro due giorni dalla notifica dell'ordine stesso." Con la particularidad, en tal caso, de que se omite la medida de redirección del portal bloqueado, recogida en el art. 7.5.

procedimiento, tanto en el marco del general como en el del abreviado, ante la jurisdicción administrativa⁷⁴⁰.

Como ya se ha puesto de manifiesto en capítulos anteriores de este trabajo, son numerosas y diversas las críticas que se han realizado desde la doctrina, llegando, como ya se ha comentado, a poner en duda la sujeción a Derecho y la constitucionalidad de la norma, hasta el punto de encontrarse inmersa en un procedimiento judicial. Sin embargo, en aras de evitar una innecesaria reiteración, conviene destacar que algunas voces especializadas han tachado de superfluo tal procedimiento administrativo, atendiendo al reducido número de solicitudes de actuación que recibe de media por año⁷⁴¹, que, conforme a esta doctrina, podrían ser asumidas por la 21 secciones de Propiedad Intelectual existentes en los órganos jurisdiccionales del país, sin necesidad de la duplicidad de costes que implica este procedimiento paralelo⁷⁴².

⁷⁴⁰ En concreto, deriva el artículo 17 a tal efecto, “*ai sensi dell’articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, e degli articoli 133, comma 1, lettera l), e 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*”

⁷⁴¹ De acuerdo con los datos publicados por la AGCom, en el año 2016 ha recibido 104 instancias, de las cuales 60 han sido objeto de pronunciamiento final por el órgano colegiado. Fuente: <https://www.ddaonline.it/interventi.html>

⁷⁴² En este sentido señala LAPROVITERA que “*Tuttavia, nonostante i buoni propositi, a distanza di un anno dall’emanazione del provvedimento i risultati non hanno dato ragione all’Agcom: al 27 marzo 2015, sono state 209 le istanze di intervento ricevute, che hanno dato vita a 134 procedimenti, visto che negli altri casi sono state ritirate prima o archiviate. Più o meno 11 al mese. Poche, a maggior ragione se pensiamo che in Italia sono 21 le sezioni specializzate in proprietà intellettuale che operano presso i Tribunali*”, a lo que añade que “*È stato inoltre fatto notare come l’attività amministrativa possa costituire un inutile doppione rispetto all’attività svolta in tale ambito dalla magistratura ordinaria, andando a creare una giustizia parallela.* (LAPROVITERA, F., “*Pirateria online: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*”, *Altalex*, marzo 2016; disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2016/03/03/pirateria-online>) . Esta postura es compartida por SCORZA, quien señala que “*Resta però un dato di fatto incontrovertibile e che non può non indurre – probabilmente la stessa Autorità – a qualche riflessione. Poco più di duecento procedimenti in un anno è un carico di lavoro che le 21 sezioni specializzate di proprietà intellettuale operanti presso i Tribunali italiani avrebbero, obiettivamente, potuto amministrare e smaltire agevolmente giacché si tratta di numeri che rappresentano – purtroppo per lo stato di salute della giustizia italiana – una goccia nell’oceano di giudizi e procedimenti, anche d’urgenza, introdotti ogni anno davanti ai nostri Tribunali.*”. Sobre la cuestión, destaca el mismo autor, que “*Naturalmente i giudici ordinari non sarebbero, probabilmente, riusciti ad “amministrare giustizia” alla velocità media con la quale l’Authority ha affrontato e risolto i cinquantotto procedimenti nei quali è arrivata sino a pronunciare un provvedimento finale ma questo, forse, non basta a giustificare il rischio al quale le nuove regole espongono la libertà di informazione online, i costi di un sistema di “giustizia parallela” che grava in parte sui cittadini essendo rappresentato dall’attività dell’Authority e, in parte, sugli internet service provider chiamati ad attuare tecnicamente i blocchi disposti dall’Agcom e, comunque, a gestire i procedimenti promossi dai titolari dei diritti.*” (SCORZA, G., “*Diritto d’autore online: un anno di Regolamento Agcom. Numeri, tempi e costi della “giustizia parallela”*”, *Ilfattoquotidiano.it*, abril 2015; fuente: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/04/01/diritto-dautore-online-anno-regolamento-agcom-numeri-tempi-costi-giustizia-parallela/1556410/>).

6.4.3. Notas generales acerca de la responsabilidad del usuario final.

A modo de apunte final, a la vista de todo lo expuesto, es preciso hacer referencia a la responsabilidad del usuario o “*downloader*”, como sujeto que se descarga los contenidos compartidos en red de forma ilícita. Sobre tal conducta la L.d.a. no recoge previsión alguna de responsabilidad civil, excluyéndose asimismo, cuando el usuario se limita a la descarga del contenido sin llevar a cabo compartición, la responsabilidad penal. Con respecto a la responsabilidad administrativa, si bien el Reglamento de la AGCom ya estudiado excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los “*downloaders*” o usuarios finales de la descarga, la L.d.a. sí califica la ilicitud de su conducta, castigándola con la pena de multa, graduada en función de la gravedad de los hechos, incluso en los casos en que se lleve a cabo de forma gratuita y para uso personal.

Siguiendo este esquema, el usuario que se limita a descargar de la red los contenidos compartidos ilegalmente⁷⁴³ incurriría en responsabilidad administrativa en aplicación del artículo 174 ter L.d.a., que prevé que “*Chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, (...) è punito, (...) con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.*” La norma establece, en caso de reincidencia o por la gravedad de la violación atendiendo a su extensión, el aumento de la sanción administrativa hasta los 1032 euros. Tal procedimiento sancionador, es configurado por la Ley núm. 689, que lo articula entorno a dos fases, una de ellas a través de un procedimiento administrativo contencioso y, la segunda, con un proceso *puramente* jurisdiccional⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Una postura a favor de la exclusión de responsabilidad del usuario que descarga para uso personal contenidos de la red se puede encontrar en FRANCESCHELLI, V., “Musica in rete tra priateria ed uso personale (la libera circolazione delle idee in internet è cosa troppo seria per lasciarla al diritto penale)”, *Rivista diritto industriale*, 2007, 2, spec. 89 y 91.

⁷⁴⁴ En concreto, como señala MANFREDI, “*La fase amministrativa è regolata dall’articolo 18 della legge n. 689: dopo che l’organo che ha accertato la violazione ha provveduto a contestarla al trasgressore, questi ha trenta giorni di tempo per pervenire scritti diffensivi e documenti alla autorità amministrativa competente a decidere in via definitiva, la quale, se ritiene infondata la contestazione, provvede ad archivarla; altrimenti, emana ordinanza-ingiunzione con cui irroga la sanzione pecuniaria e l’eventuale sanzione accesoria*” (MANFREDI, G., “Il controllo giudiziale degli atti amministrativi di enforcement”, en UBERTAZZI, L. C. (Dir.), *AIDA*, XXI-2012, Giuffrè Editore; pág. 361).

En contraste, en el caso de que el usuario no se limite a la descarga – “download” – sino que también lleve a cabo actos de compartición⁷⁴⁵ – “upload” – la norma determina la realización de un delito del artículo 171-ter⁷⁴⁶ 2. a) bis, en aquellos casos en que se encuentre presente el ánimo de lucro y exista un fin de uso personal, cabiendo también la aplicación del artículo 171 a-bis) que no requiere el ánimo de lucro para la aplicación del tipo penal⁷⁴⁷. La aplicación de tales preceptos, con especial referencia al primero de ellos, a la conducta de compartición de archivos en el marco de las redes p2p, así como, en el caso de que no exista un fin de lucro, en la de *subida* de archivos a un portal web, ha sido rechazada por una mayoría de la doctrina y la jurisprudencia⁷⁴⁸. En este sentido, la Sentencias de la Corte di Cassazione de 22 de noviembre de 2006 y 9 de noviembre de

⁷⁴⁵ Tal conducta es la propia del funcionamiento de las plataformas p2p, en la que el intercambio de archivos se realiza, por medio del programa, mediante las carpetas compartidas de los usuarios, en las que la descarga se produce de entre los archivos presentes en los ordenadores de los usuarios, que actúan a la vez como “uploader” y “downloader”.

⁷⁴⁶ No sería por tanto de aplicación, en ausencia del ánimo de lucro, lo dispuesto en el artículo 171-ter.1: “1. È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 *chiunque a fini di lucro*:

a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento;

b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati; (...)”, ni tampoco el artículo 171-ter, apartado 2 a-bis), que dispone que “2. È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 *chiunque: (...)a-bis) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa; (...)”.*

⁷⁴⁷ Así lo destaca ZICCARDI, cuando concluye que“(…) l'articolo 171, lett. a-bis), prevede una sanzione a tutti gli effetti di natura penale (la multa) per coloro che immettono illecitamente in un sistema di reti telematiche (upload) un'opera protetta, quand'anche tale condotta sia dettata da finalità estranee al lucro”. (ZICCARDI, G., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Tomo II, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 2012; pág. 58)

⁷⁴⁸ Otra doctrina, no obstante, aboga por la inclusión de la conducta del “uploader”, tanto en el caso de ánimo de lucro como en su ausencia, en el marco de la responsabilidad penal. Tal es el caso de JORI, quien sostiene que “È possibile, in particolare, individuare tre differenti fattispecie soggette, ciascuna, a specifica disciplina: a) la semplice ricezione (c.d. download), (...), b) l'immissione (c.d. “upload”), senza diritto, di contenuti autoriali in un sistema di reti telematiche, determina l'illecito di cui all'articolo 171, lett. a-bis, l.d.a., soggetto alla sanzione penale della multa; c) l'immissione (c.d. “upload”), senza diritto e a fini di lucro, da contenuti protetti dalla legge sul diritto d'autore in un sistema di reti telematiche, infine, comporta la violazione dell'articolo 171-ter, 2º comma, lett. a-bis, l.d.a., e la applicazione delle sanzioni penale della reclusione e della multa”. (JORI, M. G., *Diritto, nuove tecnologie e comunicazione digitale*, Giuffrè Editore, 2013; pág. 26). Sin embargo existen voces que, pese a calificar de desproporcionada la aplicación del tipo penal a las conductas de compartición de archivos en red, la entiende acorde con la tendencia actual de la legislación a nivel europeo. Este es el caso de ZICCARDI, quien sostiene que “Con riferimento a quanto disposto dall'articolo 171-ter, 2º comma, lett. a-bis), in sostanza, l'impianto normativo vigente appare in perfetta sintonia con i più recenti orientamenti a livello Comunitario e la scelta di sanzionare penalmente violazioni del diritto d'autore commesse attraverso condotte di file sharing detatte da fini di lucro appare certamente condivisibili”, a pesar de sostener, no obstante, el carácter desproporcionado del régimen de responsabilidad y nivel sancionatorio previsto para el uploader frente al usuario que descarga. (ZICCARDI, G., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, op. cit.; pág. 57 y 58 y ss.)

2007, sez. III, núm. 149 se han posicionado en la no inclusión de tales usos en el ámbito sancionador penal, determinando, como señala CORRIAS que *“per fine di lucro deve intendersi lo scopo di guadagno economicamente apprezzabile o de incremento patrimoniale che non può identificarsi con un qualsiasi vantaggio di genere; in particolare non coincide né con il risparmio di spesa derivante dall’uso di copie non autorizzate di opere, all di fuori di un’attività economica da parte dell’autore del fatto”*⁷⁴⁹. Esta postura jurisprudencial viene apoyada por la doctrina especializada, por cuanto, como subraya DE CATA, *“Il file-sharing, caratterizzato dalla gratuità della diffusione ha evidenziato in materia di proprietà intellettuale il contrasto cui si è fatto cenno tra coloro secondo i quali in Internet, in quanto luogo libero di scambio culturale, la tutela dei diritti di privativa e dominicali dovrebbero subire un’attenuazione e coloro che, lamentando le potenzialità offensive del nuovo médium, invocano un rafforzamento della tutela della legge”*⁷⁵⁰. Así, como defiende ZICCARDI, *“la nuova legge sul diritto d’autore, così come formulata, è diventata una normativa che limita fortemente, anche penalmente, l’accesso alla cultura, allo studio, alla ricerca ed alla progettazione di nuove tecnologie”*⁷⁵¹.

En lo que respecta al usuario de la Red que participa de la utilización ilícita de los contenidos de autor, por el carácter masivo de tales conductas, surge el dilema actual de la posición del punto de equilibrio entre su derecho a la protección de datos personales y los derechos de autor. La problemática se origina en los crecientes intentos por parte de los titulares de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual por identificar a los usuarios que llevan a cabo los actos ilegítimos online, siendo cada vez más común el recurso a técnicas de rastreo de las identidades de estos usuarios. Con ello se plantea la posible vulneración que tales mecanismos pueden suponer en el derecho a la privacidad, cuya definición, se aparta del concepto del derecho “a ser dejado solo”, defendido por S.D.WARREN y L.D.BRANDEIS⁷⁵², para pasar a ser, como señala RODOTA, *“un diritto a controllare l’uso che altri fanno delle informazioni che mi riguardano”*⁷⁵³.

⁷⁴⁹ CORRIAS LUCENTE, G., “La tutela penale”, en AA.VV., *La tutela dell’opera de’arte contemporanea*, CORRIAS LUCENTE, G. (Dir.), Gangemi Editore, 2008; pág. 29, nota 69.

⁷⁵⁰ A ello añade el mismo autor que *“In effetti, Internet non è solo un mezzo di potenziale offesa alle altrui posizione giuridiche, ma anche strumento culturale il cui uso è connesso alle libere circolazione delle idee e alla fruizione della cultura. Per quanto riguarda la musica in Rete, una cosa è la pirateria, certamente illecita, mentre cosa ben diversa è l’uso personale”*. (DE CATA, M., “La responsabilità civile dell’internet service provider”, Giuffrè Editore, 2010; pág. 44).

⁷⁵¹ ZICCARDI, G., “La tutela penale del diritto d’autore”, *Draft v. 1.0*, [ziccardi.org](http://www.ziccardi.org), 2002; pág. 11. Texto disponible en: <http://www.ziccardi.org/pubs/autore.pdf>

⁷⁵² WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D., *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890.

⁷⁵³ RODOTA, S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Feltrinelli Editore, 2006; pág. 100.

Sobre la cuestión, señala CASO, a nuestro parecer, acertadamente, que todo este tipo de estrategias tendentes a la inculpación directa de los usuarios suponen la “*privatizzazione della tutela del copyright*”, en concreto sobre la cuestión del rastreo e identificación de los sujetos, añade que “*Il fatto che qualsiasi navigazione Web implichi l’esposizione del proprio indirizzo IP a chi è in possesso di tecnologie che ne consentono il tracciamento, non fa della stessa navigazione un’attività pubblica. Anzi, è vero esattamente il contrario: si tratta di un’attività privata eminentemente protetta dalla privacy*”⁷⁵⁴. La conclusión a la que llega este autor, compartida por quien escribe, es que “*L’acquisizione di informazioni relative all’identificazione degli utenti delle reti P2P si basa su tecnologie, costruite da privati, particolarmente invasive che conferiscono ad altri privati (le industrie dell’intrattenimento) un inedito potere di sorveglianza che può portare alla disintegrazione non solo della privacy, ma anche della libertà di pensiero*”⁷⁵⁵, posición que se debe hacer extensible al rastreo de los datos de usuarios en la red en confrontación con un derecho de naturaleza patrimonial.

Sobre esta cuestión, la L.d.a., en su artículo 156 bis), prevé que “*Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, (...)Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l’identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge*”. Se trata de una disposición legal de

Según el autor, asimismo, es preciso subrayar que, “*Senza una forte tutela del "corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo diventa così evidente che: la privacy è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale*”. Yendo más allá, RODOTA destaca “*“Non metteremo la mano su di te”. Questa era la promessa della Magna Charta: rispettare il corpo nella sua integralità: "Habeas corpus". Questa promessa sopravvive ai mutamenti tecnologici. Ogni trattamento di singoli dati dev'essere considerato come se si riferisse al corpo nel suo insieme, ad una persona che deve essere rispettata nella sua integrità fisica e psichica. E' nata una nuova concezione integrale della persona, alla cui proiezione nel mondo corrisponde il diritto al pieno rispetto di un corpo che ormai è, al tempo stesso, "fisico" ed "elettronico". In questo nuovo mondo la data protection adempie alla funzione di assicurare quell'"habeas data" che i tempi mutati esigono, diventando così, com'è avvenuto con l'habeas corpus, un elemento inscindibile dalla civiltà.*” (RODOTA, S., “Privacy, libertà, dignità”, *Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 6ª Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali Wrocław (PL), 14, 15, 16 settembre 2004. Texto completo disponible en: <http://www.privacy.it/rodo20040916.html>).

⁷⁵⁴ CASO, R., “Il conflitto tra *copyright* e *privacy* nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato”, *Rivista Diritto dell’internet*, 2007, n. 471; pág. 8.

⁷⁵⁵ CASO, R., “Il conflitto tra *copyright* (...)”, op. cit.; pág. 9.

desigual aplicación jurisprudencial en Italia, tal y como pone de relieve RESTA⁷⁵⁶, con una preeminencia, no obstante, de los fallos tendentes a la denegación de la identificación del usuario final a través de su dirección IP. Así, es posible encontrar en el ordenamiento jurídico italiano una mayoría de Sentencias que rechazan la aplicación del mencionado artículo 156 bis), como son los pronunciamientos del Tribunal de Roma de 22 de noviembre de 2007, 17 de marzo de 2008 y 15 de abril de 2010, entre otros. Como contrapunto, existe un número, aunque reducido, de fallos que admiten el requerimiento de identificación sustentado en el precepto mencionado, como es el caso de los pronunciamientos del Tribunal de Roma de 18 de agosto de 2006, 27 de septiembre de 2006, 9 de febrero de 2007, 26 de abril de 2007, por citar algunos⁷⁵⁷.

Esta era la postura tomada, en primera instancia, por el Tribunal de Roma, en su ordenanza de 26 de junio de 2006, confirmada el 22 de septiembre de ese mismo año, en el conocido caso “Peppermint”, en la que se afirmaba que *“il modo in cui i suddetti dati sono state recuperati dalla società incaricata dalla PG appare dunque affidabile, accettabile e soprattutto lecito, posto che colui il quale utilizza un programma di file sharing manifesta, per ciò solo, la volontà di accettare che il proprio indirizzo IP sia conoscibili da tutti gli altri utenti che utilizzano il medesimo programma”*.

Sin embargo, tal posicionamiento cambió en la revisión del pronunciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Roma, sez. IX de lo civil, con la ordenanza de 16 de julio de 2007, tras la intervención del Garante della Privacy italiano⁷⁵⁸, que se personó en la

⁷⁵⁶ Al respecto, sostiene RESTA que *“Nel campo della proprietà intellettuale è accolto – sia pure in maniera non incontestata e con soluzioni diversificate a livello nazionale – l’assunto per cui la vittima di un illecito possa ottenere dal provider l’ostensione del registro dei dati di traffico e gli ulteriori dati identificativi del responsabile di una violazione”* (RESTA, G. “Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato”, *Il diritto della informazione e dell’informatica*, anno XXX, fasc. 2, 2014, Milán, Giuffrè Editore; pág. 199).

⁷⁵⁷ La máxima común en los mencionados pronunciamientos es que *“Il titolare de diritti d’autore ha diritto di ottenere in via di urgenza ex art. 156 bis) L.d.a. dal provider, in capo al quale sussiste la legittimazione passiva nel relativo procedimento, l’ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari di indirizzi IP che sulla base dei dati raccolti in Rete appaiono autori di condote illecite attraverso piattaforme di peer-to-peer. L’esercizio di tale diritto non è precluso della vigente disciplina in materia di privacy e trattamento dei dati personali. È applicabile alla fattispecie l’articolo 24 del Codice Privacy che consente il trattamento dei dati personali senza il consenso dell’interessato quando sia necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria”*.

⁷⁵⁸ Con fecha 18 de mayo de 2007, el Garante della Privacy hace público un comunicado que establece que *“Con riferimento alla vicenda degli utenti italiani, ai quali la società Peppermint ha chiesto un risarcimento danni per aver condiviso via Internet file musicali nei siti cosiddetti “peer to peer” (P2P), l’Autorità ha deciso di costituirsi in giudizio presso il Tribunale di Roma nelle cause intentate dalla Peppermint nei confronti di gestori telefonici allo scopo di identificare alcune migliaia di utenti. La decisione del Garante nasce dalla volontà di verificare se nella vicenda siano stati rispettati tutti i diritti di protezione dei dati personali.*

Nei mesi scorsi diversi utenti italiani che utilizzano sistemi di file sharing si sono visti recapitare, dopo che l’autorità giudiziaria aveva imposto ad alcuni gestori telefonici la comunicazione dei loro dati

causa. Tal y como subraya FRANCESCHELLI⁷⁵⁹, la intervención del Garante tuvo un papel decisivo en la decisión tomada por el Tribunal de Roma, el cual, en su pronunciamiento de 14 de julio de 2007 concluye que *“Infatti, dall’esame complessivo di tale articolata disciplina, oltre al citato divieto assoluto di trattamento, emerge come unica eccezione a tale divieto l’uso e la comunicazione dei dati relativi alle comunicazioni solo per la tutela di valori di rango superiore e che attengono alla difesa di interessi della collettività ovvero alla protezione dei sistemi informatici, di conseguenza l’eccezione al divieto di trattamento dei dati è ristretto a specifiche ipotesi delittuose senza alcun altra possibilità di estensione a ipotesi diverse da queste. In particolare, si ricava l’impossibilità di utilizzazione e trattamento di tali dati per ragioni di carattere contenzioso civile, come viceversa sostenuto dalle odierne ricorrenti sulla base dell’art. 24, 1 comma, D.Lgs. 196/2003.”*⁷⁶⁰ El Tribunal, por último, termina fallando que *“La prevalenza sulla riservatezza, quale valore fondamentale della persona, è stata recentemente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza 3721/2006 in relazione alla legittimità costituzionale dell’art. 132 D.Lgs. 196/2003 ed alla possibilità di conservazione dei dati di traffico delle comunicazioni tra privati per un tempo maggiore rispetto a quello previsto dalla stessa norma. ritenendo la legittimità della norma in considerazione della necessità del contemperamento e bilanciamento del diritto alla riservatezza solo per esigenze di tutela di beni della collettività prevalenti minacciati dai gravi illeciti penali.*

identificativi, raccomandate da parte della casa discografica Peppermint con richieste di risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore.

L'Autorità Garante ha inoltre deciso di richiedere a diverse società interessate e a gestori telefonici tutti gli elementi utili per una piena valutazione del caso”.

(Fuente: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/1406297>)

⁷⁵⁹ Vid. FRANCESCHELLI, V., *Convergenza. La “convergenza” nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2009; pág. 214 y ss.

⁷⁶⁰ A ello la ordenanza añade, acerca de la legitimidad de los datos recabados por los demandantes, que *“A ciò deve aggiungersi che il possesso dei dati parziali avuto dalle ricorrenti sui presunti autori delle violazioni lamentate, ossia i codici IP e GUID, sempre in virtù della disciplina dettata dal D.Lgs. 196/2003 risulta illecito, trattandosi di dati acquisiti in assenza di autorizzazione dell'autorità Garante per la privacy (in base all'art. 37) e del consenso informato dei diretti interessati (art. 13 e 23).*

Dunque, la norma dell'art. 24 D.Lgs. 196/2003 non può operare in senso favorevole alle ricorrenti per entrambi i motivi testè illustrati, con l'ulteriore rilievo che la connotazione illecita dell'acquisizione dei citati codici IP e GUID da parte delle ricorrente determina la completa inutilizzabilità di tali dati anche in sede giudiziale ai sensi dell'art. 11, II comma. del medesimo decreto, sicché gli stessi non possono costituire la base indiziaria (seri elementi) richiesta dall'art. 156 bis L.A. per la valutazione del Giudice in ordine alla fondatezza della domanda, e ciò rappresenta esso stesso un elemento ostativo per l'accoglimento dell'istanza cautelare in esame in quanto, in base alle specifiche norme richiamate (artt. n. 23 e 37 D.Lgs. 196/2003), le ricorrenti non potevano compiere le attività di acquisizione e conservazione (quindi il trattamento) dei dati posti dalle stesse a fondamento della richiesta cautelare, quali “seri elementi” di prova. della fondatezza della domanda.”

Tutto ciò esclude, quindi, la possibilità di applicazione dell'art. 156 bis L.A. e dell'art. 24 del D.Lgs. 196/2003 al trattamento dei dati personali relativi alle comunicazioni elettroniche e telematiche tra privati per finalità connesse alla tutela dei diritti soggettivi dei privati^{761 762}.

Partiendo de lo anterior, se debe concluir, en la línea en que lo hace ATTANASIO que “Viene così riconosciuta la prevalenza del diritto alla riservatezza, quale valore fondamentale della persona umana, sulla necessità di repressione delle violazioni al diritto d'autore”, además, como continúa el autor, resulta acertado destacar que “L'acquisizione tramite el file sharing di opere protette dai diritti di proprietà intellettuale, non giustifica l'obbligo di discovery al provider, poiché nel bilanciamento tra el diritto di proprietà intellettuale ed il diritto alla riservatezza, la prevalenza del primo sul secondo è giustificata unicamente se unita alla lesione di interessi della collettività protetti dal diritto penale. L'esecuzione dell'obbligo di discovery si risolverebbe, inoltre, in una comunicazione di dati personali senza alcun consenso da parte dei consumatori”⁷⁶³. Como señala el citado autor, esta postura del juez nacional y del Garante dei dati personali es acorde con la normativa de la Unión y con la jurisprudencia comunitaria, tratándose el derecho a la privacidad de un derecho constitucional de gran relevancia en el ámbito de los derechos de la personalidad, mientras que los derechos de autor (en concreto los de explotación económica) tienen una esencia principalmente comercial.

No obstante la conclusión anterior, se debe poner de relieve, asimismo, que la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se circunscribe a la noción de que “l'articolo 15 n. 1 della Direttiva 2002/58 offre agli Stati membri la possibilità di prevedere deroghe all'obbligo di garantire la riservatezza dei dati personali, ed

⁷⁶¹ Texto de la Ordenanza disponible en: <http://www.ictlex.net/?p=580>

⁷⁶² Del tenor de tal pronunciamiento, como destaca SENOR, se desprende que “A livello nazionale, invece, a parere del Tribunale la tutela delle comunicazioni tra privati assurge a rango costituzionale ai sensi degli artt. 2 e 15 Cost. ed il divieto assoluto di trattamento può essere derogato solo per la tutela di valori di rango superiore e che attengano alla difesa di interessi della collettività ovvero alla protezione di sistemi informatici. L'unica eccezione al divieto di trattamento è infatti rappresentata, secondo il Giudicante, dall'accertamento, dalla prevenzione e dalla repressione di illeciti penali di particolare gravità - art. 407, 2 co., lett.a), c.p.p. - e quelli in danno di sistemi informatici o telematici.” Al respecto de esta postura, la citada autora subraya la ausencia, en tal argumentación del Tribunal, de una referencia directa a lo dispuesto en el artículo 122 del D. Lgs. 196/2003 y una mayor profundización al sí referenciado artículo 132 del mismo texto normativo. (SENOR, M. A., “Caso Peppermint: la riservatezza delle comunicazioni prevale sul diritto d'autore”, *Altalex*, marzo 2010; fuente: <http://www.altalex.com/documents/news/2010/03/24/caso-peppermint-la-riservatezza-delle-comunicazioni-prevale-sul-diritto-d-autore>)

⁷⁶³ ATTANASIO, F., “Il difficile bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore ed il diritto alla riservatezza nelle reti *peer to peer*: orientamento italiano e comunitario”, *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, anno VIII, núm. 1/2009, Edizioni NetPol; pág. 131-132.

*attraverso il rinvio all'art. 13.1 della direttiva 95/46 esprime la volontà del legislatore comunitario di non escludere dal suo ambito di applicazione la tutela anche civilistica del diritto di proprietà, inteso in senso comprensivo della proprietà intellettuale*⁷⁶⁴, como se deriva de la Sentencia del TJUE de 29 de enero de 2008, C-275/06, situándose a niveles paralelos, como principios generales del Derecho comunitario, el derecho a la propiedad – al que pertenece como señala el Tribunal, la propiedad intelectual – y los derechos a la tutela judicial efectiva, y al respeto de la vida privada y la protección de datos. En cualquier caso, como resalta el Tribunal de Roma en la analizada sentencia de 16 de julio de 2007, la dirección de IP de cada usuario de la Red, así como la hora de conexión, constituyen un dato personal en el sentido de la Directiva 2002/58, existiendo un mandato en el derecho italiano dirigido al intermediario de internet de eliminar o despersonalizar los datos del tráfico, permitiéndose la conservación temporal de la información, de manera excepcional y para una serie de finalidades específicas, entre las que no se encuentra la tutela del Derecho de autor⁷⁶⁵. Aún con ello, el TJUE en sus Sentencias de 24 de noviembre de 2011, C-70/10 (caso “Scarlet”), y de 16 de febrero de 2012, C-360/10 (caso “SABAM”), han determinado la no oposición de la legislación europea a la previsión de los derechos nacionales de los Estados miembros a regular la posibilidad de los jueces de reclamar los datos identificativos del sujeto responsable de una violación, incluso en el ámbito de la jurisdicción civil⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Vid. AA.VV., UBERTAZZI, L.C. (Dir.), *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, XVII, Giuffrè Editore, Milán, 2008; pág. 917.

⁷⁶⁵ En este sentido, vid. AIDA. *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, op. cit.; pág. 916 y ss.

⁷⁶⁶ Tal postura ya se encontraba presente en Sentencias del TJUE tales como las de 7 de marzo de 2011, C-607/11, 13 de octubre de 2011, C-431/09 y 432/09 y, destacando de entre ellas por su relevancia, la Sentencia de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, en el conocido como caso “SGAE”, teniendo como parte a la mencionada Sociedad de Gestión de derechos de autores y editores española. En este sentido, como señala JIMÉNEZ GARCÍA, “*En materia de protección de la propiedad intelectual se ha determinado que la normativa de la UE no se opone a la aplicación de una normativa nacional, que, a efectos de la identificación de un abonado a internet o de un usuario de internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su caushabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho. A tal efecto se ha estimado que la legislación en cuestión resultaba proporcionada en la medida en que exige que existan indicios reales de la vulneración de un derecho de propiedad intelectual sobre una obra, que los datos solicitados puedan facilitar la investigación de la vulneración del derecho de autor y que el fin perseguido sea más importante que el daño o perjuicio que se puedan causar a la persona afectada o a otros intereses contrapuestos*”, siguiéndose, con ello, la línea marcada por la STJUE de 19 de abril de 2012, C-416/10. (JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La ciberseguridad en el marco internacional. El sistema del Convenio de Budapest de 2001 sobre la ciberdelincuencia adoptado en el Consejo de Europa”, en AA.VV., *La protección y seguridad de la persona en internet. Aspectos sociales y jurídicos*, JORDÁ CAPITÁN, E. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dirs.), Editorial Reus, Madrid, 2014; pág. 62).

En la misma línea reseñada, una última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2018, caso *Benedik vs Eslovenia* (ref. 62357/14), en la que se analizaba la posible vulneración del derecho a la intimidad (protegido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH) y el derecho a la protección de datos, por la identificación de un usuario de la Red que empleaba una dirección IP dinámica para la compartición de archivos en una plataforma P2P. Se debe subrayar, además, que la identificación se llevó a cabo por la policía directamente con el proveedor de los servicios de internet, en el marco de una investigación de un posible delito de tenencia y compartición de pornografía. En este caso, el Tribunal Europeo opta por una tutela amplia de la privacidad de los usuarios en internet, protegiendo de manera especial las “expectativas legítimas de privacidad y anonimato” en línea, entendiendo que se vulneró el derecho a la intimidad del ciudadano al identificársele asociando sus datos de usuario en el proveedor intermediario con una dirección IP de tipo anónimo. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal enfoca en gran medida su argumentación en la diferenciación entre las direcciones de IP estáticas (que como su propio nombre indica, son fijas y se asocian a un equipo identificándolo y permitiendo asociar a tal dato la identidad de su propietario) y las dinámicas (que son volátiles y cambiantes, por lo que, al contrario de las anteriores, no se asocian de manera permanente con ningún equipo y van variando, de modo que, de forma pública, no identifican a ningún usuario).

Por otra parte, la caracterización como dato personal de la IP dinámica ya ha sido admitida por la jurisprudencia del TJUE, el cual, en su sentencia sobre el asunto C-582/14, *Patrick Breyer vs Bundesrepublik Deutschland*, de 19 de octubre de 2016, concluyó que *“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que una dirección IP dinámica registrada por un proveedor de servicios de medios en línea con ocasión de la consulta por una persona de un sitio de Internet que ese proveedor hace accesible al público constituye respecto a dicho proveedor un dato personal, en el sentido de la citada disposición, cuando éste disponga de medios legales que le permitan identificar a la persona interesada gracias a la información adicional de que dispone el proveedor de acceso a Internet de dicha*

persona.” (ap. 49)⁷⁶⁷. Partiendo de ello, en el referido pronunciamiento del TEDH de 24/04/2018 se concluye la existencia de una protección reforzada de la privacidad del usuario en los casos en que se emplee este tipo de dirección IP, a pesar de que se haya empleado en el marco de una plataforma P2P donde se hace pública tal dirección⁷⁶⁸. Y dando un paso más en la protección brindada a la privacidad del usuario, el TEDH amplía la tutela a todos los usuarios del equipo y no sólo al que figure como contratante del servicio de internet. Así en el ap. 117 de la citada sentencia dictamina que “*In the present context, the applicant was no doubt the user of the Internet service in question (see paragraph 56 above) and it was his online activity that was monitored by the police. The Court further observes that the applicant used the Internet by means of what would appear to be his own computer at his own home. It is of little significance that the applicant’s name was not mentioned in the subscriber information obtained by the police. Indeed, it is not unusual for one household to have a single subscription to the Internet service used by several members of the family. The fact that they are not personally subscribed to the Internet service has no effect on their privacy expectations, which are indirectly engaged once the subscriber information relating to their private use of the Internet is revealed.*”⁷⁶⁹. Se pone de manifiesto, así, el alto grado de protección de los derechos a la privacidad y protección de datos de los usuarios en la red por parte de los Tribunales Europeos, tutelando ampliamente lo que se ha venido a llamar “legítimas expectativas de privacidad y anonimato”, que implican el

⁷⁶⁷ En esta sentencia, el TJUE aporta una definición previa de IP dinámica y estática de gran interés, concluyendo que “*Por otro lado, de la resolución de remisión y de los autos a disposición del Tribunal de Justicia se deriva que los ordenadores de los usuarios de Internet reciben de los proveedores de acceso a Internet una dirección IP «estática» o una dirección IP «dinámica», es decir, una dirección IP que cambia con ocasión de cada nueva conexión a Internet. A diferencia de las direcciones IP estáticas, las direcciones IP dinámicas no permiten relacionar, mediante ficheros accesibles al público, un ordenador concreto y la conexión física a la red utilizada por el proveedor de acceso a Internet.*” (ap. 16)

⁷⁶⁸ Al respecto se subraya en la STEDH, en su apartado 117, que “*The Court has previously acknowledged the anonymity aspect of online privacy (see Delfi AS, cited in paragraph 105 above, see also paragraph 12 of the Constitutional Court’s decision, cited in paragraph 29 above), relating to the nature of the online activity, in which the users participate without necessarily being identifiable. This anonymity conception of privacy is an important factor to be taken into account in the present assessment. In particular, it has not been argued that the applicant had ever disclosed his identity in relation to the online activity in question (see in this connection the dissenting opinion of Judge Jäder Pensa, cited in paragraph 33 above) or that he was for example identifiable by the particular website provider through an account or contact data. His online activity therefore engaged a high degree of anonymity (see Delfi AS, cited in paragraph 105 above, § 148), as confirmed by the fact that the assigned dynamic IP address, even if visible to other users of the network, could not be traced to the specific computer without the ISP’s verification of data following a request from the police.*”.

⁷⁶⁹ Texto completo de la sentencia en inglés accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-182455"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Fecha última consulta 30 mayo 2018)

reconocimiento de un ámbito privado, aún en el espacio abierto de internet, en aquellas situaciones en que el usuario cuente con expectativas de anonimato en su conducta.

Esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo consideramos que choca frontamente con la ya comentada del TJUE, que, como se recordará, considera ajustado al Derecho de la Unión el establecimiento de previsiones normativas en las legislaciones de los Estados miembros que permitan la identificación de usuarios online sin su autorización, en el marco de procedimientos civiles, mediante la información recabada por los intermediarios de los servicios de internet. Pues bien, para el TEDH, según esta reciente sentencia, que comentamos, sólo se podría considerar acorde a Derecho este tipo de regulación cuando se limitara a los casos de direcciones IP de tipo fijo, con identificación pública y directa de sus usuarios.

6.5 Apuntes entorno a la indemnización del daño moral

6.5.1 Estado de la cuestión

Como se ha tenido ocasión de ir desgranando en los capítulos y epígrafes precedentes, las creaciones intelectuales y, más en concreto, sus autores, han venido afrontando desde la época romana ataques de diversa índole, derivados principalmente de su condición de *objeto* inmaterial, lo que facilita su apropiación y uso no consentido. Sin embargo, si bien tales problemáticas, como se ha dicho, han sido una constante en el tiempo, es ahora con la revolución digital cuando se han incrementado exponencialmente las vulneraciones a los derechos de autor y conexos, tanto en su número como en su tipología, dando lugar a amplios debates en la doctrina científica, intensa litigiosidad en vía judicial y a través de los órganos administrativos creados *ad hoc*. En este sentido, como se ha evidenciado en profundidad *ut supra*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado respuesta en estos últimos años a múltiples cuestiones prejudiciales en materia de Propiedad Intelectual, con el objeto de clarificar en muchas ocasiones determinados conceptos de la normativa y, en otros, solucionar problemas de interpretación de los preceptos.

Al respecto, ha quedado, creemos, sobradamente probado en el estudio realizado hasta ahora, que la Propiedad Intelectual, como rama del Derecho vinculada al desarrollo intelectual de la sociedad y a la creación cultural, se ha visto especialmente afectada por la evolución de las nuevas tecnologías, que han supuesto un notorio cambio en la forma

de creación y explotación de las obras, modificando así los contornos de los derechos de autor. En este sentido, se ha evidenciado la mayor vulnerabilidad y fragilidad que muestran hoy en día los elementos base de esta rama del Derecho, alterando las categorías que lo configuran: es el caso del desdibujado de los conceptos de original y copia; la mutación de los derechos de explotación económica, como el de reproducción y comunicación pública, con la creación dentro de éste de la modalidad de “puesta a disposición”; amén de la reformulación de la excepción de copia privada, con la inclusión ya de su vertiente digital y su correspondiente compensación a los titulares de los derechos.

No obstante lo anterior, existen otras problemáticas asociadas a estos derechos de autor surgidas al margen del cambio tecnológico, que han dado lugar a opiniones y posiciones contrapuestas en la doctrina científica y en los tribunales de justicia a nivel nacional, y que consideramos indispensable recoger en esta tesis doctoral. Entre ellas merece ser destacada la cuestión de la indemnización por daño moral derivado de las vulneraciones de los derechos de autor, que ha venido suscitando controversia en España, por la oscura redacción del precepto que lo regula en nuestro Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), tras la reforma operada en el año 2006. En concreto, la centraremos la atención en el problema de la posible acumulación del daño moral en el marco de la indemnización por daños y perjuicios, cuando se opta por una de las vías alternativas y excluyentes que prevé el TRLPI a tal efecto en su artículo 140, en concreto la relativa a la llamada “regalía hipotética”. Precisamente, el TJUE se ha pronunciado en tiempos recientes sobre este punto, en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo español, clarificando con su fallo el debate interpretativo existente a este respecto en nuestro país, determinando así la forma en que habrán de dirimirse estos conflictos de ahora en adelante.

De este modo, a lo largo de los siguientes apartados se analizará brevemente la configuración de la figura del resarcimiento del perjuicio en materia de derechos de autor en la normativa española y europea para, a continuación, centrarnos en el caso “*Liffers*”, núcleo de este epígrafe, a base del análisis y comentario del supuesto controvertido, el devenir del procedimiento desde su inicio en la jurisdicción española, la postura y argumentación del Abogado General, para cerrar con la fundamentación jurídica de la resolución del TJUE en este caso.

6.5.2 El resarcimiento del perjuicio moral a nivel europeo y español.

Para encontrar la regulación actual sobre la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito de las vulneraciones de los derechos de autor es necesario remitirse, por un lado, a nivel europeo, a la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y por otro, ya en el ordenamiento español, al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso de la norma europea, el tratamiento de la cuestión se recoge de manera genérica en algunos de sus Considerandos y ya de forma específica en el artículo 13 del texto, dedicado a los “daños y perjuicios”, dentro de la Sección 6, titulada “Daños y perjuicios y costas procesales”. De modo inicial, en su apartado 1, el mencionado precepto introduce el mandato de que *“Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.”*

Dentro de este mismo apartado se detallan, a continuación, las dos vías alternativas que se prevén para la reclamación del resarcimiento por parte del sujeto afectado, que habrá de ser apreciado por los órganos judiciales. La primera opción, recogida en la letra a), determina que para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, siguiendo esta vía, se *“tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor”*, añadiendo *ex profeso*, también, *“cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho”*. La segunda alternativa la prevé el apartado b) del mismo precepto, en la que se concreta que *“podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.”*

De la simple lectura de ambos apartados del art. 13.2 de la Directiva 2004/48 se puede desprender, atendiendo estrictamente a su literalidad, que es ciertamente en la vía recogida en la letra a) donde se hace mención expresa a la posibilidad de incluir en el

resarcimiento del daño los perjuicios de naturaleza moral sufridos por el titular del derecho, mientras que en la letra b) no aparece referencia alguna a este extremo. Con ello, podría llegarse fácilmente a la conclusión de que es sólo la primera opción prevista en el precepto la que admite la acumulación de estos otros elementos lesivos, como el daño moral, para la cuantificación de la indemnización.

Por otro lado, en transposición de esta disposición europea al ordenamiento jurídico español, se incorporó en el TRLPI el artículo 140 titulado “Indemnización”, dentro del Libro III “De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley”, Título I “Acciones y Procedimientos”. Sin embargo, la redacción de la norma española difiere en rasgos generales con el precepto referencial de la Directiva, al que ya se ha hecho mención, estableciendo a título general, en su apartado 1. Que: *“La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho”*. A ello, incorpora una previsión no incluida en el precepto europeo, que hace referencia a la posibilidad de tener presente a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria *“los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”*.

Por su parte, ya centrados en el apartado 2 del precitado art. 140 TRLPI, es apreciable que su morfología y contenido se asemejan extremadamente a su *homólogo* de la Directiva 2004/48, diferenciando las mismas dos vías alternativas, opcionales para el sujeto perjudicado, con el objeto de la cuantificación del daño inferido.

Al igual que ocurría en el artículo 13 de la Directiva, el apartado a) prevé la modalidad que tiene en cuenta *“Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita”*. Dentro de éste, se hace referencia también, de modo expreso, a la posible inclusión del daño moral, regulándolo de manera mucho más pormenorizada que en la norma comunitaria, y del que destaca que podrá ser indemnizado incluso en el caso de que no resulte probada la existencia del perjuicio patrimonial, precisando además que *“Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”*.

Sin embargo, el apartado b), encargado de la precisión de la segunda vía reparadora alternativa, es mucho más escueto. Establece que, el perjudicado podrá optar por

reclamar atendiendo a “*La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión*”. En este caso, como se pone de evidencia, no se hace mención alguna a la posibilidad de incorporar a tal valoración el daño moral, como sí se hacía en el apartado a), lo que permite interpretar que su acumulación queda estrictamente limitada a la primera de las formas de cuantificación del daño⁷⁷⁰, algo que ya era calificado de “*despropósito*” por un sector de la doctrina especializada⁷⁷¹.

6.5.3 La interpretación del TJUE: El asunto C-99/15 “Liffers”

La problemática acerca de la correcta interpretación del artículo 140.2 del TRLPI, e incluso del propio artículo 13 de la Directiva, por la similitud existente entre ambos preceptos, ha sido objeto de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata de la Sentencia del caso “Liffers”, asunto C-99/15, de fecha 17 de marzo de 2016, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español el 12 de enero de 2015.

De manera previa al análisis de dicho pronunciamiento y de las conclusiones presentadas al respecto por el Abogado General, que se llevará a cabo en los siguientes epígrafes, es preciso resaltar el presupuesto fáctico que caracteriza el caso.

Así, de manera muy resumida, los hechos que originan esta controversia tienen como sujeto al demandante, el Sr. Christian Liffers, director, guionista y productor de la obra

⁷⁷⁰ Así lo subrayan YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MÁIZ, cuando defienden que “*Lo que resulta todavía más chocante, el daño moral, del que se sigue diciendo que procederá su indemnización aunque no se pruebe ningún daño material, se presenta nada más y nada menos que como una de esas consecuencias económicas negativas, al servicio, pues, del primer término de la opción: obsérvese que si se opta por fijar la indemnización con arreglo al segundo criterio, parecería en principio que no se puede aducir daño moral alguno, pues la opción se limita a recaer sobre «la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión», pero nada más.*” (YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MÁIZ, V.; *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*, Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014; pág. 53)

⁷⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MÁIZ, V.; *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*; op. cit., pág. 54; posición tomada también por MAGRO SERVET, para quien “*el adjetivo “efectivos” aplicado al concepto “daños y perjuicios” no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial*” (MAGRO SERVET, V., “Casuística práctica de la carga de la prueba en el daño moral”, *Práctica de derecho de daños*, núm. 125, Sección Estudios, cuarto trimestre 2015, Editorial Wolters Kluwer; pág. 9).

audiovisual titulada “*Dos patrias, Cuba y la noche*”, cuyo hilo conductor son las vivencias de determinados ciudadanos cubanos, cuya conexión es su homosexualidad y transexualidad. Determinadas secuencias de dicha obra fueron empleadas, sin autorización del Sr. Liffers, en el marco de un documental realizado por la productora Mandarina sobre la prostitución infantil en Cuba, que fue emitido en la cadena de televisión Telecinco (Mediaset). En base a ello, el Sr. Liffers demandó a Mandarina y Mediaset, solicitando el cese del uso de su obra y reclamándoles la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados, que valoraba en 6.740 euros, por la infracción de los derechos de explotación, así como en concepto de daño moral, cuantificado en 10.000 euros.

En concreto, el Sr. Liffers calculó el importe de la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales causados por la infracción de los derechos de explotación de su obra sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si “Mandarina” y “Mediaset” le hubieran solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trata, basándose para ello en las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales. De este modo, se apelaba a la aplicación del artículo 140, apartado 2, letra b), de la Ley de Propiedad Intelectual, que permite al titular del derecho de propiedad intelectual perjudicado evaluar la indemnización de su daño en relación con el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar ese derecho (en lo sucesivo, “licencias hipotéticas”). En cuanto a la cuantía reclamada en razón del daño moral, ésta es el resultado de un cálculo a tanto alzado.

En primera Instancia, el Juzgado de lo Mercantil otorgó la indemnización por ambos conceptos, minorando la cuantía del daño patrimonial, mientras que la Audiencia Provincial de Madrid volvió a reducir dicha valoración del daño y negó la posibilidad de reclamar el daño moral, al haber optado el demandante por la segunda vía del artículo 140 (ap. 2 b) del TRLPI), entendiendo que el perjuicio moral sólo queda previsto en la primera vía, contemplada en el apartado a), rechazando así la posibilidad de combinar ambos cauces o criterios indemnizatorios. Recurrido el fallo por el demandante ante el Tribunal Supremo, éste albergó dudas acerca de cuál debía ser la correcta interpretación del precepto a la luz de la legislación europea. En concreto, el Alto Tribunal español elevó a la Corte europea la siguiente cuestión prejudicial: “*Si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48 puede interpretarse en el sentido de que el perjudicado por una infracción de propiedad intelectual que reclame la indemnización*

del daño patrimonial basada en el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión no puede solicitar además la indemnización del daño moral producido.”

De este modo, se inició el procedimiento objeto de este análisis, dentro del cual se deben destacar de manera separada por su relevancia, de un lado, la posición del Abogado General, en sus Conclusiones y, de otro, la postura del Tribunal europeo, plasmada en el pronunciamiento en cuestión.

a) Argumentos del Abogado General

Las conclusiones respecto de esta causa fueron presentadas por el Abogado General, Sr. Melchor Wathelet, con fecha 19 de noviembre de 2015. De manera inicial, se recalca que la jurisprudencia del Tribunal europeo determina que para el estudio de estas cuestiones, en aras de la interpretación de un precepto legal, es necesario atender a su tenor literal, su contexto y el espíritu de la norma a la que pertenece⁷⁷².

Así, con respecto a la interpretación literal, el Abogado General fija la atención, dentro de la redacción del art. 13.1 apartado b) de la Directiva, en la expresión “*cuanto menos*”, empleada por el legislador, al hacerse mención a los elementos que se habrán de tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por esta vía, de modo que se entiende que el listado queda abierto a la inclusión de otros conceptos para la determinación de la cuantía. En este sentido, sostiene que “*los términos de esta disposición autorizan expresamente la toma en consideración de factores distintos de los «cánones o derechos» normalmente adeudados*”, entendiendo que de la mencionada expresión (en la versión original en francés “*au moins*”) se desprende su carácter de mínimos.

En segundo lugar, aborda una interpretación sistemática del precepto, destacando la necesidad de interpretar conjuntamente todos los apartados del artículo 13⁷⁷³. A este

⁷⁷² En concreto, en sus Conclusiones, el Abogado General hace referencia a los siguientes pronunciamientos del TJUE sobre esta cuestión, como son las sentencias “*Yaesu Europe*” (C-433/08), apartado 24; “*Brain Products*” (C-219/11), apartado 13; “*Koushkaki*” (C-84/12), apartado 34, y *Lanigan* (C-237/15 PPU), apartado 35.

⁷⁷³ Al respecto, literalmente, concluye Wathelet que “*que los párrafos que componen un artículo, o, a fortiori, un apartado de un artículo, forman un conjunto cuyas disposiciones no pueden examinarse aisladamente.*”

respecto, entiende Wathélet que, al introducirse en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 13 el mandato de que la indemnización sea “*adecuada a los daños y perjuicios efectivos*”, sólo se puede concluir que la finalidad perseguida en los dos modos alternativos de resarcimiento es “*claramente la reparación de los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.*». Partiendo de ello, llega a la conclusión de que, los conceptos mencionados *ex profeso* en el apartado b) del precepto en cuestión, sólo reparan parcialmente el daño, por lo que no incluirían, por norma general, el perjuicio moral que haya podido sufrir el titular de los derechos.

En último lugar, las conclusiones del Abogado General se centran en la interpretación teleológica de la norma, atendiendo por tanto a la finalidad perseguida por la misma. De manera inicial el Abogado General señala que una interpretación que llevara a concluir la exclusión del daño moral de la indemnización del perjuicio efectivamente causado, iría en contra del objetivo de la norma europea. Esta conclusión la apoya en los Considerandos y articulado de la Directiva en cuestión, haciendo referencia expresa al Considerando 10 y el artículo 3 del citado texto. Con respecto al primero, subraya Wathélet que determina que la finalidad de la norma es articular una protección homogénea a nivel europeo de la Propiedad Intelectual “elevada” y “equivalente”, mientras que el art. 3.2 de la Directiva exige que las reparaciones sean “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasorias”.

Atendiendo a todo ello, concluye que “*no sería congruente excluir de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular de un derecho de propiedad intelectual la indemnización de su daño moral cuando elige reclamar la reparación de su daño patrimonial según el método a tanto alzado previsto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2004/48.*” Al respecto argumenta que la exclusión del daño moral acabaría con cualquier efecto disuasorio en la condena, puesto que, de optarse por esta vía de resarcimiento, el infractor sólo habría de hacer frente al pago de la cuantía que habría abonado desde el inicio, de haber obrado conforme a ley. Con ello se incumpliría el mandato normativo de configurar una protección efectiva por cuanto, como apunta el Abogado General, y señalaba la Comisión en sus observaciones escritas, “*si debiera aceptarse la exclusión del daño moral, el infractor no saldría peor parado al reproducir una obra sin autorización que si hubiese actuado legalmente solicitando una licencia*”. Llegado a este punto, no obstante subraya que la finalidad del

resarcimiento de este daño de naturaleza *inmaterial* se aleja de la figura de los daños punitivos⁷⁷⁴, sobre la que existe un amplio debate entre la doctrina científica⁷⁷⁵.

A modo de cierre, y como corolario de su argumentación, Wathelet concluye que, de la interpretación de la Directiva 2004/48 en su conjunto y del artículo 13 en particular, se ha de entender admisible la posibilidad de acumular el daño moral en la cuantificación de la indemnización al titular de derechos perjudicado, cuando éste opte por reclamar por la vía del artículo 13.1 apartado b), atendiendo por tanto a los cánones o derechos que el infractor habría abonado si hubiera pedido la preceptiva autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual.

b) La postura del TJUE.

Una vez finalizado el repaso a las Conclusiones del Abogado General, es preciso centrar la atención en la postura adoptada por el Alto Tribunal Europeo, sobre la que se puede adelantar que, como es habitual, resulta coincidente con la argumentación del primero.

Así, como punto de partida, la Corte europea reitera la necesidad de atender tanto a la literalidad del precepto en cuestión como al objetivo general de la Directiva en su conjunto, en la que se integra.

Desde la primera perspectiva, el TJUE concluye que, si bien de la redacción del artículo 13.1 apartado b) no se puede desprender la inclusión expresa de la inclusión del daño moral en la reparación, tampoco se puede entender que queda excluida de la cuantificación del perjuicio ocasionado. En relación con ello, se refiere, al igual que hace el Abogado General, a la expresión “cuanto menos” contenida en el precepto, que

⁷⁷⁴ En el punto 28 de las Conclusiones, Wathelet defiende que “*A mi juicio, y sin que haya lugar aquí a condenar al autor de la infracción de un derecho de propiedad intelectual al pago de daños punitivos, es difícilmente rebatible que un daño moral, como, concretamente, un menoscabo de la reputación, pueda ser, siempre que se demuestre, un componente per se del daño realmente sufrido por el autor.*”

⁷⁷⁵ Al respecto, se mencionan en el documento las posturas contrapuestas sobre la admisibilidad por parte de la Directiva 2004/48 de la inclusión de los daños punitivos en la indemnización al titular de los derechos de autor. Así, por un lado GALLOUX y BENHAMOU, sostienen que dicha norma deja abierta la posibilidad a su inclusión en la indemnización, mientras que BUYDENS se opone a tal noción, al entender que la norma limita la reparación exclusivamente a los daños. (Vid. Galloux, J. C., “La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle”, *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004; Benhamou, Y., “Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, 40(2) y Buydens, M., “La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle”, *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.)

permite entender que a los elementos que menciona se pueden unir otros pertinentes para que la indemnización cumpla con el espíritu de la norma.

En este sentido, la sentencia Liffers ha remarcado una tendencia, ya presente en fallos anteriores del mismo órgano jurisdiccional, que rechaza la interpretación literal de la norma como la única válida, siendo indispensable combinarla con el criterio sistemático y teleológico, que llegan a situarse como preeminentes respecto al literal. Esta *advertencia* la hace, en primer lugar, el Abogado General en sus Conclusiones, y se encuentra también en la respuesta a la cuestión prejudicial dada por el TJUE, apoyándose al respecto en doctrina sentada en sentencias anteriores (sentencias “Yaesu Europe” (C-433/08), apartado 24; “Brain Products” (C-219/11), apartado 13; “Koushkaki” (C-84/12), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU), apartado 35, y referencias a la sentencia del caso Surmacs (C-127/14).

Así, atendiendo al espíritu y finalidad del texto europeo, tal idea se ve reafirmada. Para alcanzar tal conclusión el Tribunal se apoya, de nuevo, en el artículo 13.1, ya mencionado con anterioridad, que exige que la indemnización se adecúe al daño sufrido, además del Considerando 10⁷⁷⁶ ya mentado en las Conclusiones de Wathelet, y el 26, en el que se dispone que para la reparación del perjuicio ocasionado “*el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, y, en particular, el daño moral ocasionado al titular*” (Fundamentos de Derecho, ap. 23).

Como corolario de todo lo anterior, argumenta el Tribunal, la indemnización regulada en la norma europea ha de ser íntegra, debiendo incluir por tanto todos los perjuicios que efectivamente haya sufrido el titular de los derechos, debiendo entenderse por tanto incluido a tal efecto el daño moral. Al respecto, concluye la Corte que el resarcimiento basado en exclusiva sobre los cánones o derechos no abonados al titular solo incluye el perjuicio material sufrido, por lo que la reparación íntegra debe permitir, además, la reclamación del daño moral. En consecuencia, el TJUE falla entendiendo que se debe entender acumulable el perjuicio moral cuando se reclame la indemnización por la infracción de los derechos de Propiedad Intelectual por la vía del apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva 2004/48.

⁷⁷⁶ Cabe recordar en este punto que el Considerando 10 de la Directiva 2004/48 dispone que la norma tiene como objetivo garantizar “*un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior*”.

6.5.4 La aplicación por el TS Español de la doctrina del TJUE

La analizada respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial presentada por el TS español, fue recepcionada por éste en la consecuente sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) de 19 de julio de 2016. Esta cierra el litigio del que traía causa, y sienta, asimismo, la doctrina jurisprudencial a nivel nacional español, determinando la interpretación acorde a Derecho en lo que al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y morales en las infracciones a los derechos de autor respecta.

Entrando en la cuestión, el Tribunal, en el mencionado pronunciamiento, subraya el inicial desacuerdo mostrado por la Sala ante la postura acogida por la Audiencia Provincial de Madrid⁷⁷⁷ en la sentencia objeto de casación. Y ello porque, destaca, éste se basa en una incorrecta interpretación de la Directiva, en cuyo artículo 13 apartado 1 se recoge la obligación de los Estados miembros de garantizar la existencia de una indemnización adecuada de los daños y perjuicios efectivos que se deriven de una infracción de los derechos de autor. Sobre este punto, entiende la Sala que *“El adjetivo «efectivos» aplicado al concepto «daños y perjuicios» no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial.”* A ello, siguiendo los argumentos del TS, se une la argumentación sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid, que justificaba su fallo en la opción por *“un criterio indemnizatorio alternativo, que prescinde de los perjuicios reales contemplados en el apartado a)”*⁷⁷⁸, la cual para el Alto Tribunal no es acorde con la finalidad de resarcimiento efectivo que determina la Directiva⁷⁷⁹.

Partiendo de este posicionamiento tomado por la Audiencia Provincial, el TS deriva la existencia de una interpretación diversa, en la que el criterio indemnizatorio recogido en el apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva sólo sea alternativo al previsto en el apartado a) en lo que a la forma de indemnización del daño patrimonial se refiere. Al respecto, destaca el pronunciamiento de la Sala que *“Este criterio indemnizatorio*

⁷⁷⁷ Sentencia de 21 de enero de 2013, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13a).

⁷⁷⁸ Fundamento de Derecho 5º, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 julio 2016.

⁷⁷⁹ Fundamento de Derecho 5º, op. cit.

alternativo estaría justificado por la existencia de dificultades probatorias para fijar la indemnización conforme a los criterios previstos en el apartado "a" o por otras razones. En tal caso, ese carácter alternativo (y por tanto no acumulable) no afectaría al daño moral, cuya indemnización podría reclamarse aunque se hubiera optado por el criterio de la letra "b", referenciado a la licencia hipotética.” Así, tal y como concluye el Alto Tribunal, dicha interpretación determinaría la independencia de la indemnización del daño moral del criterio elegido para el resarcimiento del perjuicio patrimonial, de forma que permitiría su acumulación tanto en el supuesto de haberse optado por el apartado a) del art. 13.1 como por el apartado b) del mismo precepto.

Ahondando más en la viabilidad de esta interpretación más extensiva de la indemnización, el TS pone de relieve su extensión y acogida en la legislación de otros Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de Alemania, Italia y Francia, cuyas normativas permiten la acumulación del reclamo de indemnización del daño moral con independencia del criterio resarcitorio del patrimonial por el que haya optado el titular de los derechos de autor vulnerados⁷⁸⁰. Partiendo de ello, y teniendo presente el Considerando 10 de la Directiva, que fija como objetivo de ésta la aproximación de las legislaciones nacionales de los países miembros en aras de una protección homogénea de los derechos de autor a nivel europeo, el TS entiende que *“Una interpretación del artículo 13.1 de la Directiva como la efectuada por la Audiencia, que difiera de la llevada a cabo en otros Estados miembros y que otorgue una protección significativamente menor de los derechos de propiedad intelectual, podría poner en peligro este objetivo.”*⁷⁸¹

Es esta la misma conclusión a la que llega el TJUE en el caso Liffers, y que hace propia el TS español, por lo que, entendiendo válida la acumulación de daño moral, de producirse, en cualquiera de las dos vías previstas en la normativa, entra a analizar la pertinencia de su aplicación en este caso. Sobre este punto sostiene que *“Las circunstancias concurrentes, en concreto la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son*

⁷⁸⁰ Se trata, en concreto del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana, el artículo 158 de la Ley núm. 633 de 1941 de Italia y el artículo L331-1-3 del Código de la Propiedad Intelectual francés.

⁷⁸¹ Fundamento de Derecho 7º STS 19 julio 2016, op. cit.

*elementos que permiten afirmar que el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron indemnizados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética.”*⁷⁸²

Al entrar a valorar el daño moral ocasionado en el supuesto controvertido, la Sala asume la gravedad de las circunstancias presentes, “*gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor*”, por lo que considera adecuada, y en ningún caso excesiva, la cuantía resarcitoria de 10.000 euros fijada en Primera Instancia y la confirma.

En conclusión, el fallo del TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid ante él recurrida, determinando la pertinencia de la indemnización del daño moral – en la cuantía de 10.000 euros – que se viene a sumar al resarcimiento del perjuicio patrimonial fijado en la sentencia casada, ascendente a la suma de 962,33 euros⁷⁸³.

A modo de simple apunte, a la luz de la resolución adoptada en este caso, resulta pertinente señalar, pese a ser una cuestión ajena al objeto de este estudio, que resulta llamativa la descompensación tan evidente existente entre la cuantía reconocida por el Alto Tribunal en concepto de indemnización por el daño patrimonial ocasionado (962,33 euros) y la del daño moral (10.000 euros). Ello no puede más que sugerirnos la idea de la presencia de cierto ánimo de inclusión de una finalidad punitiva por parte de la Sala en la fijación de tal compensación por el daño moral, pese a su falta de reconocimiento en el Derecho español, en concreto en materia de responsabilidad por violaciones de los derechos de autor, y su carácter controvertido en la jurisprudencia y la doctrina.

Por otro lado, cabe destacar, llegados a este punto, que esta jurisprudencia casacional ha sido ya recepcionada por la doctrina judicial. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 54/2017, de 6 febrero, en la que se asume la

⁷⁸² Fundamento de Derecho 10º, STS 19 julio 2016, op. cit.

⁷⁸³ Literalmente el fallo concluye “*Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Constanancio contra la sentencia núm. 14/2013 de 21 de enero, dictada por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 722/2011. 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la revocación de la condena a indemnizar el daño moral en 10.000 euros impuesta por el Juzgado Mercantil, y en su lugar acordamos añadir a la condena impuesta por la Audiencia Provincial a las demandadas a indemnizar solidariamente al demandante en 962,33 euros por el daño patrimonial, la condena a indemnizar, también solidariamente, al demandante en 10.000 euros por daño moral. 3.º- No procede imposición de costas del recurso de casación. No procede la imposición de las costas del recurso de apelación, ni de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.*”

posibilidad de acumulación del daño moral a la reclamación del perjuicio patrimonial en un supuesto en el que el demandante había optado por la vía del criterio de la regalía hipotética⁷⁸⁴. En este caso, el tribunal concluye que “*Finalmente, consideramos totalmente verosímil, atendiendo a máximas de la experiencia, el padecimiento por el actor de un quebranto o aflicción de naturaleza moral al contemplar la publicación infractora. Y, no habiendo sido cuestionada por ninguno de los demandados la procedencia de tomar en consideración para su cálculo los criterios propuestos por el Sr. Martin (el conocimiento de su persona dentro del sector de que se trata, conocimiento de su obra y escasez de obras análogas, etc...), son esos mismos criterios estimativos los que, en atención a la extensión cuantitativa de la infracción y asumiendo este tribunal el carácter voluble que siempre revisten los cálculos de esta naturaleza, nos conducen a fijar la indemnización por razón de daño moral en la cantidad de 3.000 €.*”⁷⁸⁵

6.5.5 Apuntes finales

La primera y más clara conclusión que se puede extraer de la vigente jurisprudencia comunitaria podría resumirse en una sola frase, tal y como destaca GARRIGA: “*la indemnización del daño moral siempre es procedente, se calcule como se calcule el daño patrimonial*”⁷⁸⁶, y, por tanto, independientemente de la opción seleccionada de las dos recogidas en los artículos 13 y 140 de la Directiva y TRLPI, respectivamente⁷⁸⁷. Y

⁷⁸⁴ La sentencia en cuestión responde a un caso de plagio de una obra escrita titulada “La peseta. Catálogo básico” de la que se copian determinados fragmentos en otra obra similar, que tiene por título “La peseta. Historia de una época”. En las súplicas, amén del resarcimiento del quebranto patrimonial ocasionado a los titulares de los derechos de autor de la primera, cuantificado siguiendo el criterio de la regalía hipotética recogida en el artículo 140-2 b) del TRLPI, se solicita la indemnización del daño moral. En este caso, se acoge directamente la interpretación de la norma sentada en la STJUE objeto de este comentario y reafirmada y asentada en España por la STS de 19 de julio de 2016, también aquí analizada, por lo que la AP de Madrid reconoce la acumulación de ambos perjuicios y concede la indemnización.

⁷⁸⁵ Fundamento de Derecho 5º,

⁷⁸⁶ GARRIGA MOYANO, A., “A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015)”, 10 marzo 2016, texto disponible en <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015> (Fecha última consulta: 3 enero 2018).

⁷⁸⁷ Si bien los Tribunales españoles, hasta ahora, como se ha puesto de manifiesto ut supra, no ofrecían una postura unánime al respecto de la posibilidad de acumular el daño moral cuando se optara por la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética”, si que se reconocía de manera general la necesidad de tener en cuenta este perjuicio con independencia de la vulneración de un daño patrimonial, o bien como consecuencia de ésta, lo cual chocaría frontalmente con la denegación de su inclusión en algunos supuestos cuando quede probada su existencia por el mero hecho de haber optado por una de las vías de cuantificación y no la otra, siendo ambas fijadas por la ley. Al respecto, se dispone en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 2 de diciembre de 2008 que “*el propio art. 138 L.P.I.*

ello porque, como ha quedado evidenciado tanto en las referidas Conclusiones del Abogado General cuanto en la propia respuesta del Alto Tribunal Europeo, y tal como sostiene mayoritariamente la doctrina, en palabras de MONTAÑA, “*el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio "efectivamente sufrido", es decir, debe obedecer al principio de la restitutio in integrum, lo que conduce inexorablemente a la solución de dar cabida también al posible daño moral causado cuando se opte por el criterio de la denominada "regalía hipotética"*”.⁷⁸⁸ Resulta, por tanto, claro que cualquier indemnización que cumpla su función de resarcir el perjuicio ocasionado debe tener en cuenta todos los elementos y facetas que éste pueda haber tomado⁷⁸⁹, ya que no se puede más que concluir que cualquier opción u alternativa que se desprenda de la normativa a tal objeto tenderá al mismo fin de compensar adecuadamente al titular por el daño sufrido, cumpliendo la finalidad del Derecho de daños⁷⁹⁰.

No obstante lo anterior, es preciso señalar, con BELLÓN MOLINA⁷⁹¹, y MACÍAS CASTILLO, la propia naturaleza del daño moral hace difícil su reparación en forma pecuniaria, llegando a ser imposible de realizar *in natura* en la mayoría de los

contempla, en abstracto, la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce, no sólo los titulares de los derechos morales que regula el referido art. 14 (...). En definitiva, el carácter eventualmente "moral" del daño que pueda ser consecutivo a un acto de violación de derechos de propiedad intelectual y el carácter "moral" de algunos de dichos derechos (los del art. 14 LPI) son nociones que no se interfieren desde el momento que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (arts. 17 a 21 LPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material”.

⁷⁸⁸ MONTAÑA, M., “Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la "regalía hipotética" y el daño moral son compatibles”, Client Briefing, marzo 2016, Clifford Chance; pág. 3. Texto completo disponible en:

https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/03/danos_y_perjuiciosenelambitodelapropieda.html

(Fecha última consulta: 2 enero 2018)

⁷⁸⁹ En ese sentido, vid. CLEMENTE MEORO, M., “Comentario al art. 140 TRPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 810 y ss.

⁷⁹⁰ En esta línea se manifiesta MACÍAS CASTILLO, cuando defiende que “*En mi opinión, lo que el legislador —con poca claridad— ha pretendido es que se acojan a la primera opción indemnizatoria quienes son autores y además titulares de los derechos morales de autor; mientras que la segunda opción reparatoria se orienta más bien, para personas físicas o jurídicas a las que se han transmitido los derechos de explotación de las obras. Ello no impediría, a su vez, que los titulares de los derechos de explotación no puedan optar por la primera opción, si bien, en ese caso, no podrían reclamar los daños morales, a no ser que fuesen titulares — supuesto inhabitual— de los mismos. Esta opción legislativa no sólo es confusa, sino injusta.*” (MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, edición no 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008, LALEY 3886/2010).

⁷⁹¹ BELLÓN MOLINA, F.A., “La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY; pág. 6 y ss.

supuestos, al vincularse con los derechos de la personalidad, por lo que como, el autor señala, su resarcimiento es *“siempre una mera aproximación por la vía de la compensación al daño realmente padecido”*, cumpliendo la función de satisfacer al perjudicado, aunque ésta *“nunca resultará plena o completa”*⁷⁹². Sin embargo, su relevancia es indiscutible, como se señalaba ya en la STS de 7 de febrero de 1962, en el considerando 7º, donde la Sala Primera concluía que *“En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (pretium doloris), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o, desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”*.

Partiendo de esta base, la doctrina mayoritaria coincide en considerar como causa principal de la indefinición y falta de claridad normativa española respecto a la posibilidad de incluir el daño moral en las dos vías previstas en el art. 140 del TRLPI, la deficiente técnica legislativa empleada en nuestro país al hacer mención directa al daño moral sólo en el apartado a) del mencionado precepto y no en el b)⁷⁹³. En efecto, atendiendo, en primer lugar, a un criterio histórico, debe recordarse que fue con la reforma operada en el precepto en el año 2006, a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, cuando se optó por subdividir el apartado 1 del artículo 140 TRLPI en dos epígrafes separados, mientras que inicialmente se regulaba la cuestión en un bloque único de tres párrafos, por lo que la mención al daño moral se entendía común a las dos vías previstas legalmente. En segundo lugar, como señala ESPÍN, la transposición española de la Directiva 2004/48 se limita a los mínimos, obviando otras posibilidades que deja abiertas la norma comunitaria. En este sentido, destaca que *“Podría el*

⁷⁹² MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

⁷⁹³ Al respecto, vid. MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit. y ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual”, abril 2016, hayderecho.com. (Texto completo disponible en: <http://hayderecho.com/2016/04/19/de-nuevo-sobre-danos-morales-una-sentencia-con-luces-y-sombras-para-la-propiedad-intelectual/>) (Fecha última consulta: 7 febrero 2017).

*legislador nacional haber optado por transponer la Directiva aprovechando todas las posibilidades que ofrecía en dicho artículo, como ha pasado en otras legislaciones europeas. Por ejemplo, nada impedía hacer uso de la previsión europea, que, al prever un importe a tanto alzado dice “cuando menos”. En otros países, ello habilita una condena a pagar en concepto de indemnización, por ejemplo, un importe superior a la licencia o regalía hipotética. Nosotros sin embargo nos limitamos a que se condene a pagar el mismo importe que le hubiera costado en el mejor de los casos la licencia.”*⁷⁹⁴

A la luz de lo analizado, se llega a la conclusión de que una indemnización del perjuicio sufrido, optando por el mecanismo del apartado b), que se ciña exclusivamente a la cuantía de la “regalía hipotética”, además de cumplir sólo parcialmente con la función compensatoria de la figura, podría contribuir a incentivar, en cierto modo, la vulneración legal de solicitud de autorización y pago de la cuota pertinente, puesto que la actuación ilícita sólo tendría como consecuencia, en el caso de ser conocido el hecho y denunciado por el perjudicado, la obligación de pagar estrictamente aquello que correspondía desde el principio. En este sentido, resalta CARRASCO PERERA, que se crea una clara ventaja a favor del infractor ya que a éste “*de no ser descubierto, el negocio le sale gratis; de ser descubierto, en principio no le costaría más de lo que hubiera tenido que pagar comprándolo.*”⁷⁹⁵, algo en lo que coinciden YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MAÍZ⁷⁹⁶, quienes destacan “*sus escasas dotes preventivas contra la infracción*”, ya que, como subraya FERRER BERNAL, no hay diferencia de precio entre el que tiene que pagar el infractor y el que paga el usuario que ha obtenido lícitamente la licencia para su explotación⁷⁹⁷.

Sobre esta cuestión, entendemos que una posible solución, y más acorde a Derecho, sería sumar a la regalía hipotética el pago de los intereses que se hayan devengado durante el tiempo transcurrido entre la vulneración del derecho y el fallo del Tribunal. De ese modo se cumpliría con la función resarcitoria de la medida, aunando los

⁷⁹⁴ ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual”, op, cit.

⁷⁹⁵ CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

⁷⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA y Vicente ARIAS MAÍZ, V. (2014), “Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

⁷⁹⁷ FERRER BERNAL, M., “El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 2/2017, abril 2017, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; pág. 11.

intereses legales, tal y como ocurre con otras deudas, lo que contribuiría a agravar, en cierto modo, las consecuencias del incumplimiento de la obligación legal del consentimiento y pago de la regalía.

Sin embargo, tal y como se menciona en las Conclusiones del Abogado General, no se puede confundir la finalidad compensatoria de la indemnización prevista en la norma, con la inclusión de los daños punitivos, que tanto debate genera en la doctrina. A pesar de que, como se ha tratado en epígrafes anteriores de este trabajo, existen voces que defienden la posibilidad de introducir los llamados “*punitive damages*”, en su denominación anglosajona, en el ámbito del resarcimiento del daño en el marco de la Propiedad Intelectual, tanto el Abogado General en sus conclusiones, como otro sector de la doctrina se alejan de esta postura. Así, CUBELLS y ÁLVAREZ defienden que “*los daños deben ser meramente compensatorios, es decir, el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios a pagar por el infractor debe tener siempre como medida el perjuicio patrimonial y moral realmente sufrido por el autor y no pueden otorgarse importes superiores que vayan más allá de reparar el daño causado. De hecho, la cultura de los daños punitivos es ajena al sistema de Derecho Civil base de la mayoría de los sistemas jurídicos europeos.*”, de modo que “*la indemnización de los daños morales debe servir para reparar totalmente el daño infligido al autor –que debe incluir, si se produce, el daño moral- y no para “castigar” al infractor, ni tampoco para hacer más onerosa la acción del perjudicado.*”⁷⁹⁸. Esta posición es defendida también por SALVADOR CODERCH, para quien “*los Punitive damages no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas- veces superior al de la indemnización puramente compensatoria*”⁷⁹⁹. Sin embargo, cabe destacar en este punto, la doctrina recogida en la STS de 21 de enero de 1957, en el considerando 5º, donde se determina por el Tribunal que “*El Tribunal a quo lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación, peligrosa siempre, y más peligrosa aún cuando se trata de reparar daños morales, de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente uso de sus facultades y creyendo,*

⁷⁹⁸ CUBELLS, E. J. y ÁLVAREZ, C., “La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética”, *Abogacía Española*, 10 mayo 2016. (Texto completo disponible en: <http://www.abogacia.es/2016/05/10/la-acumulacion-de-la-indemnizacion-por-danos-morales-y-la-regalia-hipotetica/>) (Fecha última consulta: 3 febrero 2018).

⁷⁹⁹ SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 01/2000, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000; pág. 3.

con razón, que la condena en dinero tiene tanto de punitiva como de compensatoria, la ha pronunciado en términos que aparte de su evidente justicia y acusada prudencia, han estimado la realidad del daño mora”, idea reiterada en las STS de 7 febrero de 1962 y 23 de octubre de 1978.

En cualquier caso, se ha de destacar que la doctrina del TJUE supone la clarificación definitiva del sentido y alcance del artículo 140 TRLPI, poniendo fin a las posturas divergentes y contradictorias mostradas al respecto por los Tribunales españoles y al amplio debate suscitado entre la doctrina especializada.

Por lo demás, y no es una cuestión baladí, la solución hermenéutica resulta también de interés en el ámbito de la Propiedad Industrial, puesto que el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes, entrada en vigor en abril de 2017, contempla la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética” en términos muy similares a la recogida en el TRLPI, por lo que entendemos cabría la aplicación analógica de la misma solución hermenéutica dada a la Propiedad Intelectual. En cualquier caso, tras este pronunciamiento del TJUE sería necesario, en nuestra opinión, llevar a cabo una reformulación de la redacción del precepto español, de modo que se corrija la oscuridad y ambigüedad que actualmente muestra respecto a la reparación del daño moral en las vulneraciones de los derechos de autor.

Por último, es preciso recordar una vez más que, pese al avance innegable que supone la nueva jurisprudencia comunitaria en relación con la reparación integral de las lesiones de derechos de autor, la indemnización del daño moral sigue enfrentándose con serios problemas en la práctica, relativos, sobre todo, a su cuantificación⁸⁰⁰, y a la escasez e insuficiencia del montante indemnizatorio que suelen obtener los titulares de derechos perjudicados. Se trata sin duda de dos cuestiones de gran relevancia, que reclaman un mayor análisis y homogeneización en la praxis judicial en nuestro país.

A modo de reflexión final, cabe denunciar, de nuevo aquí, que el legislador haya desaprovechado la *recentísima* reforma operada en el TRLPI, a través del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, para llevar a cabo, de una vez por todas, la reclamada reformulación del art. 140 TRLPI, aquí analizado, máxime tras la interpretación efectuada por el TJUE en la sentencia “Liffers”, en respuesta a la cuestión prejudicial

⁸⁰⁰ Sobre esta cuestión, vid. MACÍAS CASTILLO, A., “El daño moral causado al autor de la obra intelectual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 100, Sección Informe de Jurisprudencia, enero 2012 y MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

formulada por el TS español, y la consecuente recepción de dicha jurisprudencia comunitaria por parte de la Sala Primera del TS. En ese escenario, hubiera sido deseable que la reforma de 2018 hubiese normativizado la correcta interpretación del debatido art. 140 TRLPI, conforme al enfoque del TJUE. Sin embargo, lamentablemente, se ha optado por obviar, una vez más, la trascendente problemática de la indemnización del daño moral en la revisión del texto vigente.

CAPITULO VII. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

7.1 Concepto y evolución de la institución en los sistemas del *common law*

La institución de los llamados daños punitivos (por su traducción literal del inglés, “punitive damages”) puede resultar ajena a nuestro sistema de *civil law* o derecho continental, pero no así al debate doctrinal sobre su adecuación y presencia en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo a nivel español, sino también europeo e italiano. Se trata, en efecto, de una figura propia del *common law*, dentro de los denominados torts, de la que no encontramos un equivalente claro en nuestro sistema de responsabilidad civil, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual. Por su *extrañeza* en nuestro ordenamiento, resulta especialmente importante abordar su conceptualización. En este sentido, de acuerdo con ALISTE, se trata de “*la indemnización económica de carácter extraordinario y ejemplarizante, que el juez impone al causante del daño cuando éste ha obrado o ha omitido obrar a través de una conducta calificada bien como dolosa, y, cuando menos de mala fe o especialmente negligente. El resarcimiento del daño causado en esas circunstancias se dirige más allá de la mera reparación e indemnización del perjuicio causado, pretendiendo castigar al causante del daño a través de la imposición judicial de un plus ejemplarizante indemnizatorio que se suma como gravamen adicional a la indemnización que ordinariamente correspondería en estos casos*”⁸⁰¹. Así, con tal fin penalizante o sancionador y un quantum fijado discrecionalmente por el juzgador, suele alcanzar una cuantía elevada para cumplir la función ejemplarizante, a la vez que preventiva, que le caracteriza, desincentivando con ello la reiteración futura de la conducta lesiva, razón por la cual no se encuentran cubiertos por los seguros de responsabilidad civil.

Partiendo de lo anterior, antes de analizar su posible encuadre y reconocimiento en el Derecho civil continental, resulta indispensable indagar el origen de esta institución y la configuración y morfología que presenta en el sistema jurídico de procedencia, por lo

⁸⁰¹ ALISTE SANTOS, T. J., “El origen histórico de los punitive damages como presupuesto de su rechazo procesal en los países de civil law”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 119, Sección Estudios, tercer trimestre 2014, Ed. Wolters Kluwer; pág. 1

que a continuación realizaremos un breve resumen de su configuración y caracterización en los Derechos norteamericano y británico.

A ese respecto, cabe señalar de inicio que la existencia de una finalidad sancionadora y disuasoria en la responsabilidad civil posee raíces que alcanzan a la época del Derecho Romano, momento en que las líneas separadoras entre derecho penal y civil se encontraban desdibujadas⁸⁰². Tal tradición es mantenida en los sistemas de common law, teniendo antecedentes de su aplicación en sentencias que datan del siglo XVIII.

Es precisamente en estos pronunciamientos de la jurisprudencia británica donde encontramos las líneas básicas que definen la aplicación práctica de esta institución. En dicho ordenamiento jurídico existe, por un lado, la figura de los “*exemplary damages*”, prevista en casos de responsabilidad civil extracontractual, que prevé la posibilidad de reconocer al perjudicado una indemnización que supere el daño efectivamente causado. Por otra parte, también se recoge la figura de los “*aggravated damages*”, diversa a la anterior, que implica una indemnización agravada correspondiente a los daños morales en función de la gravedad de la conducta lesiva. En la práctica, ambas instituciones representan círculos coincidentes, por lo que resulta difícil, en algunos casos, su distinción.

La génesis de la primera figura, análoga a los daños punitivos, se sitúa en sendas sentencias de 1763 en los casos de *Wilkes vs Wood* y *Huckle vs Money*⁸⁰³, respectivamente, “*en los que se decidió que los jurados debían tener la facultad de imponer daños más allá de los límites del resarcimiento estrictamente considerados siempre y cuando el castigo consecuencia de la imposición de punitive damages sirviera como reproche ejemplarizante a la conducta del autor del daño y resarcimiento dirigido a evitar que un futuro se provoquen daños en análogas circunstancias a las descritas en los casos resueltos*”⁸⁰⁴. Tal postura fue ratificada, tiempo después, por la sentencia de la Cámara de los Lores de 1964, en el caso *Rookes vs Barnard*, AC 1129, 1227, donde el Lord Devlin determinaba que era correcta su aplicación en caso en que

⁸⁰² Sobre esta cuestión, con el ánimo de no extendernos y apartarnos del objeto de este epígrafe, nos remitimos al interesante análisis que se hace de este punto en ALISTE SANTOS, T. J., op.cit.; pág. 2 y ss.

⁸⁰³ *Wilkes vs Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (K.B. 1763) y *Huckle vs Money*, 95 Eng. Rep. 768 (K.B. 1763)

⁸⁰⁴ ALISTE SANTOS, T. J., op.cit.; pág. 4

al demandado le resultaba más beneficioso hacer frente a la indemnización del daño efectivamente causado que cumplir la ley⁸⁰⁵.

Por su parte, en la tradición jurídica de los Estados Unidos esta figura se encuentra también bien arraigada, incluyéndose ya en una sentencia de 1784, *Genay vs Norris*, en la que la Corte Suprema de Carolina del Sur reconoce la pertinencia de imputar lo que se denominan *vindictive damages*, o daños adicionales, por un daño malicioso y de naturaleza vengativa. Más reciente, y de gran relevancia por la clarificación de los elementos que han de estar presentes en el supuesto para la imposición de este tipo de daños agravados o punitivos, es la sentencia *BMW vs Gore* (517 U.S., 559, año 1996), en la que la Corte determina que para su apreciación se debe ponderar, por un lado, el grado de reproche jurídico que merece el comportamiento del demandado, la *ratio* de proporcionalidad entre los daños punitivos fijados y los resarcitorios y la observancia de la cuantía de la sanción prevista en el orden penal para conductas análogas o similares. Muy reconocida es, en este sentido, la sentencia del litigio que enfrentó a la tabacalera *Philip Morris USA* y la Sra. *Williams* – viuda de un fumador fallecido –, en un caso de gran interés y repercusión (ref 549 U.S., 346, año 2007), en el que en primera instancia la indemnización compensatoria no llegó al millón de dólares, mientras que los daños punitivos ascendieron a casi 80 millones, cuantía que fue reducida después por el Tribunal Supremo estadounidense, por excluir en la valoración de los mismos los daños a terceros, aunque volvió a ser confirmada en una revisión posterior. En otro famoso caso, *BMW vs Gore*, basado en defectos en vehículos de esa marca, el Tribunal Supremo norteamericano clarifica aún más las reglas del reconocimiento de esta *penalización* al demandado, sobre todo en lo que respecta al grado de reproche presente en su conducta, concretando que los Tribunales deben valorarlo “*mediante la*

⁸⁰⁵ Concretaba el Lord en la citada sentencia que “*Cuando un demandado, con un cínico desprecio hacia los derechos del demandante, ha calculado que el dinero que sacará de su acción probablemente excederá de la indemnización en juego, es necesario que la ley demuestre que no puede ser impunemente violada, esta categoría no se limita a cuestiones de ganar dinero en sentido estricto. Se extiende a casos en los que el demandado busca ganar algún objeto a costa del demandante, quizá una propiedad que desee, que, o bien no podría obtener en ningún caso, o bien no obtendría salvo a un precio mayor del que está dispuesto a pagar. Los daños ejemplificativos pueden ser correctamente impuestos cuando sea necesario enseñar al causante de los daños que romper la ley no compensa*”. (Texto original: “*Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing with impunity. This category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object, perhaps some property which he covets, which either he could not obtain at all or no obtain except at a price greater than he wants to put down. Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*”).

*consideración de: si el daño causado es corporal o patrimonial; si la conducta generadores de responsabilidad civil evidenciaba una indiferencia o un desprecio temerario a la salud o seguridad de otros; si el sujeto pasivo de la conducta era vulnerable económicamente; si la conducta implicaba acciones reiteradas o se trataba de un incidente aislado; y si el daño era el resultado de malicia intencionada, conducta tramposa, o engaño, o mero accidente. (...) La existencia de cualquiera de estos factores apoyando a favor de un demandante pueden no ser suficientes para otorgar una indemnización por daños punitivos; y la ausencia de todos ellos hacen sospechosa tal indemnización. Debería presumirse que un demandante ha sido objeto de reparación íntegra de sus daños por medio de la indemnización correspondiente a los daños compensatorios, de forma que los daños punitivos sólo deberían concederse si la conducta del demandado es tan reprochable que exija la imposición de sanciones adicionales para garantizar el castigo o que no se vuelva a incurrir en los hechos cometidos.” En lo que respecta a la proporcionalidad entre el daño efectivamente ocasionado y los daños punitivos impuestos, se señala en la misma sentencia que “Sin embargo, porque no hay límites rígidos que una indemnización por daños punitivos no puedan sobrepasar ratios más elevados que aquellos que previamente hemos mantenido pueden ser compatibles con el derecho a un proceso con todas las garantías cuando “un hecho particularmente reprochable ha causado tan sólo pequeños daños materiales” *ibid.*; véase también *ibid.* (determinando que un ratio más elevado podría ser necesario cuando la lesión es difícil de detectar o el valor monetario del daño no material podría haber sido difícil de determinar). Lo contrario también es correcto, sin embargo. Cuando los daños compensatorios son sustanciales, entonces un ratio menor, quizás simplemente igual a los daños compensatorios, puede alcanzar el límite máximo para no infringir el derecho de un proceso con todas las garantías. La indemnización concreta en cualquier caso, por supuesto, debe establecerse sobre los hechos y circunstancias de la conducta del demandado y de los daños sufridos por el demandante”⁸⁰⁶.*

⁸⁰⁶ Vid. DE SALAS CLAVER, J., “Daños punitivos: la pregunta es para cuándo”, *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 55, Sección Estudios, Diciembre 2007, Editorial LA LEY; págs. 10-11

7.2. Recepción de la figura en el Derecho Comunitario

Prestando ya atención a nuestro sistema de civil law, se debe destacar de principio que, en el ámbito de la Unión Europea, el Propio Reglamento Roma II, en su artículo 24, según la redacción que presentaba en su propuesta en 2003, negaba la adecuación de los daños punitivos con el ordenamiento jurídico comunitario, si bien la versión definitiva aprobada en 2007 elimina tal previsión, pasando a establecer en sus Considerandos, que *“Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”* (Considerando 32). De este modo, reconocía, por tanto, la posibilidad de los Estados miembros de adoptar disposiciones en sus respectivas normativas nacionales que contengan o reconozcan daños punitivos.

Partiendo de ahí, la Unión Europea ha abordado en alguna ocasión la cuestión de los daños punitivos, llegando a plantear su potencial aplicabilidad en el marco del Derecho de la competencia, como se recogía en el Libro verde sobre “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” (COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005)⁸⁰⁷, postura que se subraya en la nota de prensa de la Comisión Europea sobre el mencionado Libro Verde, donde se sobrevuela la idea de que las sanciones duplicadas podrían tener un valor fomentador de las denuncias. La posibilidad de su observación en el campo del Derecho anti-trust resulta evidente, por cuanto también se planteó en los trabajos preparatorios de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracción del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Al respecto, SOPEÑA BLANCO y MARTIN MARTIN señalan que *“llama la atención el tratamiento en torno a los daños punitivos, cuya inclusión fue discutida desde el inicio de los trabajos para la preparación de la*

⁸⁰⁷ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672> (Fecha última consulta: 6 junio 2018)

Directiva. Finalmente, parece que se impuso el temor declarado del legislador comunitario a importar soluciones jurídicas de los Estados Unidos. El texto final de la Directiva, no solo no los contempla, sino que además limita expresamente esta posibilidad. En concreto, dispone que «el pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo»⁸⁰⁸

Sin embargo, pese a que tal idea no ha calado aún en la normativa europea, como se verá más adelante, tampoco se ha cerrado la puerta a su futuro reconocimiento.

Centrándonos en el Derecho español e italiano, objeto central de esta tesis, procederemos a analizar, esquemáticamente, algunos apuntes acerca de la admisibilidad de la figura de los daños punitivos en ambos ordenamientos jurídicos.

7.3. Encuadramiento de los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil español

Con respecto al ordenamiento jurídico español, y sin ánimo de realizar aquí un estudio del régimen general de responsabilidad civil en nuestro país, que desbordaría las pretensiones de este trabajo, cabe señalar, como ya hacía PUIG BRUTAU respecto de la reparación en forma específica, que *“la reparación o reintegración en forma específica impone al autor del daño la obligación de crear una situación material que sea reproducción de la que existía antes de haberse ocasionado el daño. La propia expresión “reintegración en forma específica” expresa la aptitud de este remedio para obtener un resultado que corresponda materialmente a la situación anterior”⁸⁰⁹*

Complementando lo anterior, LLAMAS POMBO subraya que *“Esta reparación in natura, natural, en especie o en forma específica, que consiste en la reposición del statu quo en que se encontraba el perjudicado antes de que tuviera lugar la conducta dañosa, la restitución de las cosas a su estado anterior o, desde una visión*

⁸⁰⁸ SOPEÑA BLANCO, V. y MARTIN MARTIN, G. A., “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 17, Sección Estudios, Segundo semestre de 2015, Editorial LA LEY; pág. 7

⁸⁰⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. III, pág. 192.

patrimonialista, la recomposición material del activo patrimonial de la víctima es, sin duda, la forma más elemental, «la forma genuina» de reparar el daño.», añadiendo que “*Sin embargo, si tratamos de precisar algo mejor este concepto vemos que, en realidad, siempre resulta metafísicamente imposible retornar al estado anterior, sino que, más bien, en realidad, lo que hacemos es «imaginar» cómo habría evolucionado el estado de cosas en caso de no haberse producido el daño, es decir, no tanto contemplar «cómo estaba entonces el perjudicado» como averiguar «cómo estaría hoy de no haberse irrogado el daño», y llevar al perjudicado a dicha situación ideal, hipotética o imaginaria. En otras palabras, construir «la situación que, según los cálculos de la experiencia humana y las reglas de lo probable, existiría de no haber acontecido el daño», idea que va mucho más allá que limitarse a «devolver las cosas al estado anterior» mediante una sustitución estática de activos, pues incluye dentro del perjuicio reparable todo aquello que hubiera podido obtener, realizar o disfrutar la víctima que está dentro del curso normal y razonable de los acontecimientos, desde una perspectiva dinámica del patrimonio»*⁸¹⁰. En nuestro sistema jurídico, de no ser posible la reparación in natura, se prevé la indemnización sustitutiva, que implica la entrega de una suma de dinero al perjudicado equivalente al daño sufrido o al derecho lesionado, indemnización que no supondrá tal equivalencia en el caso de daños morales, respecto de lo cuales el quantum indemnizatorio queda al arbitrio del juez y tendrá un carácter compensatorio ⁸¹¹. En cualquier caso, como señala LLAMAS POMBO, “*La indemnización o es reparación por equivalente o es compensación satisfactiva. Pero en ningún caso es (o debe ser) restitución del enriquecimiento injusto ni punición del responsable, pues ni una ni otra guardan relación con el perjuicio efectivamente padecido.*”⁸¹²

En esa línea, se destaca por CASAS PLANES, que “*la teoría con mas predicamento en España es la que defiende que la función de la responsabilidad civil es meramente reparatoria, negando por tanto la función sancionadora o aflictiva que le atribuye algún sector doctrinal, pues aseveran que la reparación del daño es su única función legitimadora*”, idea que se complementa al defender que “*Esta teoría parte de la premisa de que la responsabilidad civil es una reacción a la lesión de un interés, como*

⁸¹⁰ LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño (y II)”, *Práctica de Derecho de Daños*, N° 81, Sección Estudios, Abril 2010; pág. 1

⁸¹¹ STS, Sala 2.ª, de 4 de octubre 1994.

⁸¹² LLAMAS POMBO, E., “Formas de...”, op.cit.; pág. 14.

contenido material del ilícito, de modo que la extensión de la reparación ha de estar solamente en función de la extensión del daño producido, sin ulteriores valoraciones jurídicas, esto es, sin tener en cuenta la mayor o menor gravedad de la lesión, o del daño, su alarma social, etc., en definitiva, notas que tienen que ver con lo injusto del daño.”⁸¹³ Por tanto, parece haber consenso en la doctrina en que nuestro sistema de Derecho civil exige, como requisito ineludible, para la existencia de indemnización la presencia de un daño real y cierto, no difuso, ya que una interpretación en sentido contrario supondría la existencia de un “*sistema de daños punitivos que sancionaría conductas ilícitas, aun sin existir un concreto daño*”, como señala DIEZ-PICAZO GIMENEZ⁸¹⁴.

Son variadas, sin embargo, las posturas doctrinales en nuestro país sobre la viabilidad y pertinencia de la figura de los daños punitivos, siendo múltiples los argumentos tanto a favor como en contra⁸¹⁵.

Abanderando la postura de rechazo de esta institución debemos citar a DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁸¹⁶, para quien la inclusión de este *plus* indemnizatorio implicaría un enriquecimiento injusto para el demandante, considerando, además, que, de

⁸¹³ De manera muy interesante y didáctica, continúa la autora subrayando que “*Asimismo, del postulado anterior de dicha teoría derivan dos consecuencias: a) Una de ellas que, lógicamente, la función no puede ser la sancionadora-preventiva, como lo corroboran los caracteres que se predicán de la responsabilidad extracontractual, de modo que en la determinación de la extensión de la reparación se ha de hacer abstracción de la gravedad de la conducta del agente; y a pesar de reconocer que aquel a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar puede sentirse tan castigado como aquel a quien se impone una multa o pena privada, ya que la amenaza de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos e inducirles a actuar de forma cuidadosa. b) Y otra, que la función de la responsabilidad civil tampoco puede ser evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa, computando incluso como uno de sus costes la indemnización, que en tal concepto, haya de abonar; como parece reflejarse en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen. (CASAS PLANES, M. D., “La función de la responsabilidad civil”, *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 29, Sección Estudios, Julio 2005, pág. 5, Editorial LA LEY; págs. 1-2)*”

⁸¹⁴ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., “La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente (una duda acerca de su existencia)”, *Diario La Ley*, Núm. 4125, 1996; pág. 2

⁸¹⁵ Dentro de éstas, también encontramos algunas pertenecientes al contexto del Derecho Procesal, que pese a ser ajenas al ámbito objetivo de esta tesis, resulta interesante resaltar. Así, ALISTE como señala, el reconocimiento de daños punitivos en el marco de la indemnización podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que “*Mayores problemas supondría la aceptación de los punitivos damages desde el respeto a la garantía de motivación judicial, porque difícilmente se puede justificar racionalmente la imposición de multas penales de forma absolutamente discrecional en sistemas como el nuestro al tiempo que se proclama el deber de motivar las sentencias (ex art. 120.3 CE). Se frustraría así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE por evidente indefensión del condenado. En sede de valoración probatoria, los punitivos damages exigirían ir más allá de estándares de libre valoración probatoria como la sana crítica, especialmente teniendo presente que la concepción de dicha indemnización con fundamento en una suerte de ilícito penal debe probar su comisión con extraordinaria diligencia probatoria, más allá de toda duda razonable, tratando en suma de obtener certeza moral sobre la comisión de los hechos.*” (ALISTE SANTOS, A. J., op.cit; pág. 7)

⁸¹⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Editorial Civitas, 1999; pág. 45-46.

establecerse tal cantidad en concepto de sanción ésta debería ir a parar a las arcas públicas. En el mismo sentido se ha pronunciado históricamente el TS español, el cual en su sentencia de la Sala 1ª, de 19 de diciembre de 2005, sentaba que *“Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el art. 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982 EDJ 1982/5753, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos”, ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”*”.

Sin embargo, el mismo Tribunal se mostró favorable, en el Auto de la Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2001, al reconocimiento en nuestro país de una sentencia dictada en EEUU en la que se imponían daños punitivos, por entender que en ningún caso contravienen el orden público, algo que si ocurre en Italia. Al respecto, destaca SALAS CLAVER que *“hay que tener en cuenta que los referidos punitive damages, han utilizado la responsabilidad civil como ente del derecho privado, como un menoscabo del derecho punitivo, lo que está totalmente de acuerdo con la doctrina de la intervención mínima en el indicado ámbito penal y, por ello, en virtud de dicha doctrina absolutamente generalizada, no puede hablarse de los daños punitivos como una entidad atentatoria para el orden público. (...)Las anteriores consideraciones llevan a considerar que el pronunciamiento de la sentencia por reconocer relativo a la violación del derecho de propiedad intelectual de la cedente de la actora, no resulta contrario al orden público, no obstante el marcado carácter sancionador y preventivo que presenta la condena indemnizatoria, surgida ex lege, de la vulneración de aquellos derechos y, por tanto, sin una finalidad estrictamente restitutoria y reparadora, para cuya fijación, en cambio, se tuvo en cuenta la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad.”*⁸¹⁷

⁸¹⁷ SALAS CLAVER, J., op.cit.; pág. 4-5

Continuando con las posturas contrarias a su implantación en España, en opinión de ALISTE “*así las cosas, reflexionemos bien antes de incorporar alegremente a nuestro ordenamiento jurídico un concepto como el de los punitive damages. Los sistemas de civil law, presentan no sólo objeciones históricas fundadas en un sistema sustantivo diferente al que inspira la tradición de common law, sino también problemas de carácter procesal insolubles, precisamente porque se trata de sistemas en los que la jurisprudencia no suele desempeñar una función más allá del carácter complementario e informador del sistema de fuentes frente al dinamismo de los tribunales de common law, que a través del case law desempeñan un papel fundamental en el sistema de fuentes. Reflexionemos, pues, en sede doctrinal antes de entregarnos a la suerte de extravagantes experimentos.*”⁸¹⁸

En un sentido ciertamente negativo al reconocimiento de la institución se posiciona LLAMAS POMBO, para quien resultan del todo dudosas, cuanto menos, las finalidades que otras voces otorgan a los daños punitivos, destacando que “*Quienes propugnan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa.*”⁸¹⁹.

⁸¹⁸ ALISTE SANTOS, J., op.cit.; pág. 9

⁸¹⁹ Sobre el punto, el autor lanza una serie de preguntas de gran interés, que transcribimos a continuación: “1.º ¿De verdad el pago de la indemnización sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar?

2.º En términos de prevención general (al estilo de la sanción penal), ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisibile a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)?

3.º Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil?

4.º Dicho con otras palabras, ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil previene muy mal y castiga peor?

5.º ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes?

6.º ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar punitive damages lo que no constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral?

7.º El beneficio obtenido por el dañador a costa del perjuicio padecido por la víctima ¿no es, en la mayor parte de los casos, constitutivo de un daño moral en sí mismo? (Baste recordar las intromisiones ilegítimas en la intimidad, por parte de medios de comunicación que obtienen, por ello, pingües beneficios).

8.º ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho civil?

Otro de los razonamientos esgrimidos por las voces contrarias a la figura, se conecta con la confusión entre una indemnización *agravada* con funciones sancionadoras y los fines propios del Derecho Penal, el cual exige para su imputación una serie de garantías extraordinarias, que, estamos de acuerdo, son del todo indispensables para imponer un gravamen del tal magnitud a un sujeto⁸²⁰. En paralelo, se discute el destino del montante de los daños punitivos impuesto al demandado. En la tradición anglosajona el receptor es el perjudicado y, en gran medida, su letrado, cuestión que choca frontalmente, como hemos visto, con los fundamentos de nuestro sistema de Derecho Civil, por suponer un enriquecimiento injusto de la víctima, que recibe así una cuantía indemnizatoria muy superior a la compensación por el daño efectivamente padecido⁸²¹.

Por otro lado, dentro de aquellos que se oponen a la introducción del carácter punitivo en el ámbito de la responsabilidad civil coinciden en señalar que su apreciación no cabe dentro del marco del daño moral, vía por la que algunos han querido ver una posibilidad de adecuación del daño punitivo. En ese sentido, son numerosas ya las sentencias en nuestro país donde la cuantía indemnizatoria que se reconoce al perjudicado en

9.º Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una multa (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho?

10.º Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños.”

A ello añade que “Estas y otras preguntas son las que deberían encontrar respuesta cumplida en nuestro ordenamiento, antes de importar unos punitive damages que hace ya bastante tiempo vituperaba Lord DEVLIN en el Derecho inglés.” (LLAMAS POMBO, E., “El derecho de daños, sistema y problema”, en *Reflexiones sobre derecho de daños casos y opiniones*, 1ª edición, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010.)

⁸²⁰ Como remarca LLAMAS POMBO, “tengo serias dudas de que se pueda imponer el pago de una multa (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal, especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho: nótese que cuando otras ramas del ordenamiento persiguen objetivos punitivos (como la potestad sancionadora de la Administración Pública), lo hacen sometidas a idénticos principios y garantías”. (LLAMAS POMBO, E., “Nuevo debate sobre los punitive damages”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 101, Sección Editorial, enero 2012; pág. 2

⁸²¹ Partiendo del mismo presupuesto, sostiene KOZIOL, tratando la temática en el marco del civil law, que “Even if there are very strong arguments for imposing a sanction on the defendant, these arguments alone cannot justify awarding the plaintiff an advantage when he has suffered no corresponding damage and has no unjust enrichment claim against the defendant. The same arguments speak out against accepting such claims because of the idea of prevention.”, a lo que añade que “Even if criminal law protection may be insufficient at times- as is said to be the case especially in the area of intellectual property6-tort law must not be reshaped in a manner which contradicts fundamental principles of private law. Rather, criminal law should be improved to the extent that it is capable of complying with the demands of sanction and prevention.” (KOZIOL, H., “Punitive Damages-A European Perspective” *Louisiana Law Review*, vol. 68, 2008; pág. 752-753)

concepto de daño moral, parece obedecer, dada su desproporción con el daño patrimonial, a un fin de *castigo* a la conducta por su relevancia social. A este respecto, un sector de la doctrina ha manifestado, en relación con un pronunciamiento judicial en que el juez ponderaba el deber de diligencia del demandado respecto a la valoración del daño moral: “¿qué tiene que ver el grado de diligencia del responsable con la evaluación del daño moral causado?. Aquel nivel de diligencia que radica íntegramente en la órbita jurídica del dañador, podrá revelarse como determinante a la hora de establecer la imputabilidad del daño, según se mire. Per en ningún momento puede constituir uno de los elementos de juicio (o sea, eso que algunos pedantes llaman “parámetros”) a tener en cuenta cuando queremos cuantificar económicamente el daño moral, que hemos de apreciar analizando exclusivamente el ámbito jurídico de la víctima. A no ser que, en realidad, no estemos cuantificando un daño, sino ponderando el montante económico de una suerte de sanción que reprocha o castiga la conducta lesiva”⁸²².

La doctrina especializada pone de manifiesto así que, en ocasiones, se hace un uso *perverso* de la indemnización por daño moral, incluyendo en su ámbito elementos y circunstancias del todo ajenas a su función, con la finalidad, ya sea de compensar una reducida indemnización del perjuicio patrimonial –algo que ocurre muy a menudo en el marco de la Propiedad Intelectual –, o bien un lucro cesante, incluso unos daños punitivos⁸²³, o cualquier otro elemento no integrable en las restantes partidas resarcitorias, convirtiendo de esta forma el daño moral en una suerte de “cajón de sastre” que terminaría por desvirtuar tal figura⁸²⁴. De acuerdo con este razonamiento, coincidimos con KOZIOL cuando sostiene, respecto de la crítica dirigida al derecho de daños de mostrarse insuficiente para evitar las conductas dañosas, que, antes de

⁸²² LLAMAS POMBO, E., “Un ratón, un susto y, otra vez, los daños punitivos”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 95, Sección Editorial, julio-agosto 2011; pág. 2

⁸²³ En tal sentido, defiende SEBOK que muchas de las cuestiones valoradas para la imposición de daños punitivos suponen un *insulto*, por lo que implican un daño moral, y deben ser, por ende, indemnizadas por esta vía, extremo con el que estamos de acuerdo. Así, textualmente sostiene que “*such a lack of respect for another’s primary private rights can be called a form of insult.*”, de forma que “*that retribution by punitive damages is actually a form of compensation to the victim for moral injury.*” (SEBOK, A. J., *Punitive Damages: From Myth to Theory*, IOWA Law Review, vol. 92, 2007; pág. 957). Para WRIGHT, en un sentido similar, constituye un ataque contra la dignidad de la persona, por lo que lo integra también en la partida del daño moral. (Vid. WRIGHT, R. W., “The Grounds and Extent of Legal Responsibility”, *San Diego Law Review*, n. 40, 2003; pág. 1425 y ss).

⁸²⁴ Sobre este punto, vid. MACIAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008; CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 140 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), Editorial Tecnos, Madrid, 2007; y GÓMEZ POMAR, F., “Daño Moral”, *Indret*, 1/2000.

extralimitar la función del derecho civil, se deberían desarrollar dichas disciplinas para que cumplan eficazmente con la justa compensación, lo que llevaría seguramente a la consecución del fin preventivo⁸²⁵. Conforme a tal razonamiento, se postula la consecución de ese objetivo dentro del ámbito del daño moral, si bien se llega a la conclusión de que, si incluso por esta vía no es posible alcanzar la meta de la prevención en el ámbito de acción del Derecho civil, tal vez habrá de asumirse que esta rama del Derecho se asienta sobre principios y conceptos no acordes a la inserción de mecanismos tendentes al castigo y prevención de los ilícitos.⁸²⁶ Compartiendo plenamente esta postura, defendemos la idea de que el reto de la prevención de conductas ilícitas por vía indemnizatoria se puede abordar en el marco del daño moral. Se trataría de ponderar la conducta despreciativa del Derecho por parte del demandado como una suerte de insulto y/o vejación a la persona del perjudicado, con lo que así se respetarían los presupuestos y requisitos que establece nuestro sistema de responsabilidad civil, siempre que los quantum indemnizatorios se mantengan dentro del margen de proporcionalidad.

No obstante, se debe recordar que el TS, en el ya mencionado Auto de la Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2001, procedió a la ejecución de una sentencia norteamericana que contenía una indemnización por daños punitivos, en un caso atinente a derechos de autor, justificando que *“En la sentencia por reconocer es fácil descubrir, en efecto, pronunciamientos económicos que responden a una finalidad no estrictamente compensatoria de los daños sufridos como consecuencia de la actuación de la parte demandada, sino más bien punitiva y sancionadora, e igualmente preventiva de daños futuros. A la hora de concretar los principios y valores jurídicos esenciales con los que cabe identificar el concepto de orden público internacional, no se puede desconocer que aquellos bajo los que se desenvuelve el mecanismo de la indemnización de los daños y perjuicios no son ajenos enteramente a la idea de prevención, y que tampoco les son extraños los instrumentos sancionatorios coercitivos, tanto en el ámbito material-contractual, específicamente-, como en la esfera procesal. No siempre es fácil,*

⁸²⁵ Así, de acuerdo con el autor, *“Tort law [posición aplicable también al civil law], which aims compensation, even in combination with the law of unjust enrichment and other parts of private law is said to be unable to sufficiently deter tortious conduct. I think that, first of all, one should try to further develop tort law and the law of unjust enrichment such that they meet the demands of reasonable compensation and, in this way, prevention”* (KOZIOL, H., op.cit.; pág. 761)

⁸²⁶ Textualmente sostiene KOZIOL que *“Even if such measures fail to cover all reasonable demands, one has to consider the fundamental ideas of private law and come to the conclusion that tort law is not the right area for inserting tools of punishment, such as punitive damages.”* (KOZIOL, H., op.cit.; pág. 762).

además, diferenciar los conceptos indemnizatorios y delimitar el quantum correspondiente a esa sanción coercitiva y el que responde a la reparación de daños morales.” Por su parte, respecto de su conciliabilidad con el orden público nacional, destaca la Sala que “a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista ni la relación que el asunto presenta con el foro, ni, especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares.”. De este modo, el TS afirma: “Por otra parte, y además, hay que tener en cuenta que los referidos “punitive damages” han utilizado la responsabilidad civil como ente del derecho privado, como un menoscabo del derecho punitivo, lo que está totalmente de acuerdo con la doctrina de la intervención mínima en el indicado ámbito penal, y por ello, en base a dicha doctrina absolutamente generalizada, no puede hablarse de los daños punitivos como una entidad atentatoria para el orden público.” Como conclusión de todo ello, el Tribunal acuerda que “Las anteriores consideraciones llevan a considerar que el pronunciamiento de la sentencia por reconocer relativo a la violación del derecho de propiedad intelectual de la cedente de la actora no resulta contrario al orden público, no obstante el marcado carácter sancionador y preventivo que presenta la condena indemnizatoria, surgida “ex lege” de la vulneración de aquellos derechos, y, por tanto, sin una finalidad estrictamente restitutoria y reparadora, para cuya fijación, en cambio, se tuvo en cuenta la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad.” (Pto. 9 Fundamentos de Derecho). En cualquier caso, esta resolución del TS hay que analizarla desde el prisma del reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en otros Estados, lo que implica una postura menos restrictiva del juzgador, que podrá rechazar el exequátur⁸²⁷ cuando se trate de una cuantía notoriamente superior y, por ende, desproporcionada con respecto al perjuicio efectivo sufrido⁸²⁸.

⁸²⁷ Sobre la discrecionalidad de los Tribunales internacionales para aceptar o rechazar un exequátur, destacan que “By contrast to arbitral awards, no similar treaty or convention on the enforcement of foreign court judgments has been adopted by a large number of countries. In the absence of an agreement (such as a bilateral treaty) on the subject, each country is free to decide whether to recognize or enforce a foreign court judgment.” (GOTANDA, J. Y., “Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 45, 2007; pág. 512.)

⁸²⁸ Así lo subraya DE MIGUEL ASENSIO, sosteniendo que “Ahora bien el rechazo del reconocimiento de decisiones extranjeras que condenan al pago de daños punitivos con motivo de su contradicción con el orden público por menoscabar los fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual del Estado requerido, parece sólo admisible en situaciones en las que en el caso concreto la cantidad impuesta como sanción excede con mucho de la cantidad necesaria para su resarcimiento debido a que las normas en que se fundan persiguen una finalidad diferente, siendo además preciso una interpretación restrictiva de la excepción de orden público en esta materia, como resulta de la propia práctica del TS. Este enfoque implica valorar si la cantidad fijada por el tribunal extranjero excede ampliamente de la

En un sentido similar al de la fundamentación jurídica del Auto, SAINZ CANTERO, postula que sólo tendría un componente penal si para la fijación de la cuantía del daño moral el juzgador se rige por indicadores de la reprochabilidad de la conducta, mientras que si atiende a elementos relativos a la gravedad del injusto y la necesidad de desagravio, quedaría dentro de la función de satisfacción, reconocida en el ámbito de los daños contra los bienes jurídicos del honor, la intimidad y la propia imagen⁸²⁹.

A la luz de lo anterior, resta poner de relieve aquellas posturas detectadas en la doctrina que abogan por la inclusión de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico. Estas voces, pese a reconocer las dificultades de tal integración, valoran la mejora que supondría en la tutela de los derechos privativos de la víctima y aportaría seguridad en el marco de aquellas actividades ilícitas extendidas y reincidentes. Es por ello que apuestan por aprovechar la flexibilidad del Derecho Civil para dar respuesta a las nuevas necesidades y problemáticas de la sociedad, sobre todo en aquellos campos en los que el Derecho penal no ofrece una respuesta satisfactoria⁸³⁰. De forma notoria, cabe destacar la defensa llevada a cabo por REGLERO CAMPOS, quien destaca su importante función preventiva al determinar un mayor cuidado en los comportamientos potencialmente dañosos, por temor a la *penalización* contenida en la indemnización. Para tal autor, en primer lugar, tal institución ya existe en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho del Trabajo, en la esfera de la tutela a derechos fundamentales de la personalidad del trabajador, como el honor, intimidad, etc., así como en el ámbito de la Propiedad Industrial. En segundo lugar, partiendo de su aplicabilidad a aquellas

cantidad que esa parte podría haber obtenido en el Estado requerido, incluidos, por ejemplo, los daños morales y las costas del proceso. (DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Servicios de la sociedad de la información”, en Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), *Derecho Privado de Internet*, Editorial Aranzadi, 2015; pág. 60)

⁸²⁹ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARROS, M. B., *La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997.

⁸³⁰ Para CASAS PLANES, “*Si la vocación histórica del Derecho Civil es la defensa de la persona, entiendo que, hoy en día, más que nunca, se pone de manifiesto la necesidad de recordar la flexibilidad con la que el codificador civil dotó a las instituciones jurídico-civiles, y entre ellas, a la responsabilidad civil, para dar respuesta a las diversas y cambiantes necesidades o conflictos sociales; conflictos que, en la actualidad, de un modo u otro consisten en la vulneración de los derechos e intereses de la persona, y frente a la que el Derecho penal no ofrece una respuesta satisfactoria.*” (CASAS PLANES, M.J., op.cit.; pág. 1) En contra de esta idea, defiende KOBBIOL que “*Even if criminal law protection may be insufficient at times- as is said to be the case especially in the area of intellectual property6-tort law must not be reshaped in a manner which contradicts fundamental principles of private law. Rather, criminal law should be improved to the extent that it is capable of complying with the demands of sanction and prevention.*” (KOBBIOL, H., op.cit.; pág. 753)

conductas especialmente “intolerables”, propugna su inclusión en el marco del daño moral como un plus⁸³¹.

7.4. Los daños punitivos desde la perspectiva italiana

Tras el repaso a la situación española, es oportuno ahora centrarse en el estado de la cuestión en Italia. En primer lugar, es preciso traer a colación la definición, comúnmente aceptada, que se da del concepto de daño punitivo, entendiéndose, de manera muy similar a la visión española, que existen “*quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati di malizia e in genere da un rilevante danno sociale (...) si vuole punire [cioè] una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato soprattutto quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri*”⁸³²

En este ordenamiento jurídico, con una tradición iusprivatística análoga a la española, la noción de los daños punitivos es del todo extraña al sistema de responsabilidad civil, basándose la indemnización en el criterio de la restitución y compensación, centrada en el resarcimiento estricto del daño sufrido, con la finalidad de restituir el *status quo* anterior, y, por tanto, manteniéndose alejada de fines tales como la prevención y la punición de conductas graves o con manifiesto desprecio a la ley⁸³³. En tal sentido, esta figura no encuentra encaje en la disciplina regulada en el Codice civile italiano, encontrándose presente en el artículo 2059 Cc el ánimo del resarcimiento del daño sufrido.

Es esta la posición adoptada por la jurisprudencia italiana hasta la fecha. Así, la Corte de Cassazione civile ha sentado la doctrina de la contravención del orden público por parte de los daños punitivos. En concreto, la sentencia de dicho órgano jurisdiccional de enero de 2007, núm. 1183, concluyó que “*Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto*

⁸³¹ REGLERO CAMPOS, F., en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edición, Editorial Aranzadi; pág. 75 y ss.

⁸³² PATTI, S., “Pena privata”, en *Digesto*, 4ª ed., vol. XIII Civile; pág. 351

⁸³³ Vid. PONZANELLI, G., “I Danni Punitivi”, *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2008, II.

che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. E' quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata in re ipsa. E' inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato". Paralelamente, la misma Corte di Cassazione, en sentencia de 2012, núm. 1781 establecía que la figura implicaba un enriquecimiento injusto en el perjudicado⁸³⁴ y, en otro pronunciamiento, de 2015, n. 15350, abogaba por que "i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sè considerato"; pertanto, "la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza (...) e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria)". Por la ajeneidad de esta finalidad sancionadora a la normativa vigente y al sentido del ordenamiento jurídico italiano, la Corte rechazó la ejecución de la sentencia extranjera en Italia, considerándola una noción contraria al orden público⁸³⁵. Llegados a este punto, es preciso hacer mención, de manera breve, al concepto de orden público que ha sido sentado por la jurisprudencia italiana, de manera especial en la sentencia de la Corte di Cassazione, de 15 de abril de 2015, núm. 7613, determinando que se debe intepretar restrictivamente y con el fin de salvaguardar la coherencia interna del ordenamiento jurídico, de manera que, como subraya SCIARRATA, "“Contrarietà” all’ordine pubblico non equivale a “diversità” di disciplina, tant’è che al giudice è richiesto, piuttosto, di verificare se gli e "etti

⁸³⁴ En la sentencia de la Corte di Cassazione núm. 15814, de 2008, se determinaba que "nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso nè il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro".

⁸³⁵ Al respecto, vid. CRESPI REGHIZZI, Z., "Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, págs. 977-990.

dell'applicazione di una determinata sentenza possano risultare in contrasto con i principi dell'ordinamento, ma sotto lo specifico profilo della liceità. L'ordine pubblico riguarda le regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalla legge a base degli istituti giuridici e consiste nel complesso di principi fondanti l'ordinamento e caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità di riferimento in un determinato momento storico.”⁸³⁶

No obstante lo anterior, reciente jurisprudencia ha dejado abierta la senda a una posible futura aceptación, aunque parcial, de los daños punitivos. Es el caso de la sentencia de la Corte de Cassazione civile, Sez. I, de 16 de mayo de 2016, n. 9978, en la que, por un lado, se destaca que *“E' dubbio, tuttavia, se la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente (una parte della dottrina, infatti, auspica un parziale recupero della categoria dell'"illecito civile", cui si connette la funzione preventiva o deterrente del rimedio risarcitorio, quale strumento più adeguato per la tutela dei diritti fondamentali della persona)”,* añadiendo, en relación con la oposición al orden público de la figura en el marco del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, que *“è anche dubbio se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno, finendo, in tal modo, per trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di merito emessa da un giudice italiano (come rilevato dalla dottrina, espressasi in senso prevalentemente critico rispetto ai precedenti di questa Corte del 2007 e del 2012).”*

Apoyando esta postura *aperturista*, la Corte trae a colación una serie de preceptos de diversa normativa italiana en los que se vislumbra cierta aceptación de los daños punitivos, destacando especialmente el art. 96 párr. 3 del Codice della Procedura civile (C.p.c), (incorporado por la Legge 18 junio 2009, n. 69, por su art. 45), que *“prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo vd. il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2,)”,* así como, de gran relevancia para la materia objeto de esta tesis, el art. 158 de la Legge 22 aprile 1941, n. 633, de Proprietà Intellettuale, que, según destaca la Corte, *“riconoscono al*

⁸³⁶ SCIARRATTA, N., “La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile”, *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno II, Numero III, luglio/settembre 2015; pág. 2

danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che "il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo". Asimismo, algunas voces doctrinales han puesto en valor el art. 96 párrafo 1 del C.p.c., que prevé que *"Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza."*, entendiendo que permitiría resarcir los efectos perjudiciales que se deriven de un comportamiento procesal incorrecto, y en el que sea evidente la presencia de dolo. Sin embargo, entendemos que, tratándose de preceptos de índole procesal, en el caso de los destacados del Codice della Procedura Civile, no cabe extrapolar sus previsiones al ámbito civil; a lo que se añade por PONZANELLI, que lo establecido por el párrafo 1º del art. 96 es del todo ajeno al daño sufrido por la víctima, concentrándose exclusivamente en el comportamiento del demandado, con el fin de corregir ese comportamiento incorrecto en el proceso⁸³⁷.

Por otro lado, como apunte final de interés, se recoge en la citada sentencia que *"quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato."* Ello se conecta con la postura adoptada por la misma Corte en la sentencia n. 1126 del año 2015, donde se determinaba que la gravedad de la ofensa es *"requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale"*, lo que abriría la puerta a un posible reconocimiento de esta figura subsumido en la cuantía indemnizatoria correspondiente al daño moral.

Tal vinculación de los daños punitivos con el resarcimiento del perjuicio no patrimonial fue tajantemente rechazado por la ya mencionada sentencia de la Corte di Cassazione de 2007, en la que, como enfatiza SCIARRATTA, *"la Suprema Corte non si è mostrata affatto sensibile a queste argomentazioni ed è anzi rimasta ferma sulla propria posizione: ha affermato, infatti, che l'accostamento prospettato non poteva essere*

⁸³⁷ PONZANELLI, G., op.cit.; pág. 25

*condiviso, atteso che la clausola penale è solo uno strumento di stimolo all'adempimento e di agevolazione probatoria e che la figura del danno morale corrisponde pur sempre ad una lesione subita dalla vittima dell'illecito e che solo a questa sarà ragguagliato il risarcimento, non potendosi scorgere nel risarcimento nessun'altra funzione se non quella compensativa.”*⁸³⁸

En cuanto a posturas favorables a esta institución híbrida entre lo penal y lo civil, en la doctrina italiana existen autores que defienden su utilidad y pertinencia, dentro de la flexibilidad propia del Derecho civil, limitándose, eso sí, su aplicación, a aquellos casos en que la conducta produzca una evidente turbación en el orden social, mediando un comportamiento del causante equivalente al dolo o la culpa grave⁸³⁹. Asimismo, para GRASSI *“I punitive damages offerti dall’analisi comparata, come si è visto, possono offrire un rimedio probabilmente congeniale a queste moderne esigenze della responsabilità civile: istanze di giustizia retributiva del singolo e della società; apprezzamento delle condotte illecite e della situazione del caso concreto; limitazione dei risarcimenti del tutto sproporzionati; ricerca della deterrenza ottima e affinché non scada in deterrenza generalizzata e indistinta.”*, añadiendo que, *“privare l’ordinamento, a priori e pregiudizialmente, di questa tecnica rimediale può comportare la cristallizzazione di un sistema di responsabilità civile da cui rimangono fuori occasioni di regolamentazione efficiente, da cui sono escluse esigenze de tutela e riparazione”*⁸⁴⁰. También parecen evidenciarse posturas algo más abiertas en la jurisprudencia, pese a mantener el rechazo a la entrada de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico italiano. Es el caso de la sentencia de la Corte di Cassazione de 15 de abril de 2015, n. 7613, en la que se acepta la viabilidad de ejecutar en dicho país una sentencia extranjera que contenía una “pena privada”, entendiendo que se asemeja al concepto francés de “astreinte” –que supone una cuantía asegurada por el juez con el fin de asegurar la responsabilidad que se derive del procedimiento -, concepto que la Corte italiana

⁸³⁸ SCIARRATTA, N., op.cit.; pág. 3

⁸³⁹ PONZANELLI, G., “Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile”, *Danno e responsabilità*, 2005.

⁸⁴⁰ GRASSI, S., “I Danni punitivi: dagli Stati Uniti all’Europa”, Tesis Doctoral, Università degli Studi di Sassari, Dirigida por MARIA UDA, G., curso 2010-2011; pág. 78.

considera acorde con su ordenamiento jurídico, compartiendo un ánimo similar a otros preceptos contenidos en la normativa del país⁸⁴¹.

7.5. Adecuación y pertinencia de la figura en la Propiedad Intelectual. La más reciente jurisprudencia europea al respecto.

A la luz de todo lo anterior, y dejando ya atrás el análisis comparado de esta figura, consideramos pertinente realizar algunas observaciones sobre su aplicación concreta en el ámbito de la Propiedad Intelectual. Sobre esta materia, la doctrina especializada, a nivel internacional, ha puesto de relieve que el sistema de responsabilidad civil, en conexión incluso con el concepto de enriquecimiento injusto, no brinda una tutela suficiente para estos bienes jurídicos ni es capaz de crear un efecto disuasorio en la comisión de los ilícitos contra la propiedad intelectual. Esta incapacidad se achaca, en parte, a la naturaleza incorpórea de los bienes en liza, lo que facilita la extensión de las violaciones sin barreras físicas ni temporales, haciendo muy difícil la cuantificación del daño. Asimismo, se señala que la consecuencia jurídica derivada del ilícito civil, que se limita al pago de una indemnización circunscrita a los beneficios obtenidos en el marco de la actividad vulneradora, no provoca ningún efecto desincentivador al no suponer una verdadera desventaja para el infractor –quien simplemente perdería aquella ganancia extra obtenida por la actividad ilegal, sin sufrir merma en su patrimonio anterior o precedente. Ello lleva a algunos autores a propugnar la utilidad de los daños punitivos en el ámbito de la Propiedad Intelectual, considerando, de acuerdo con KOZIOL, que gran parte de los argumentos sostenidos por la doctrina en contra de la figura se desmontan cuando se pone en relación, precisamente, con la problemática concreta de las violaciones de los derechos de autor. Este autor sostiene, por un lado, que el auge de este tipo de violaciones está perfectamente delimitado hoy en día, por lo que nada hace pensar que las sanciones impuestas lleguen a ser desproporcionadas. Por otro lado, entiende que el establecimiento de indemnizaciones que impliquen el doble del coste de las licencias podría integrarse sin mayores problemas en el Derecho civil si

⁸⁴¹ Sobre la misma, destaca SCIARRATTA, “*Quest’ultima, in definitiva, nel recente arresto, prendendo atto dell’esistenza nel nostro ordinamento di numerose ipotesi di cc.dd. “pene private” non fa che riconoscere l’enorme potenzialità dello strumento risarcitorio, che, anziché essere limitata al solo !ne riparatorio, andrebbe pienamente sfruttata anche sugli altri versanti, con il solo sicuro limite di non consentire l’ingresso nel nostro sistema di responsabilità civile di istituti che gli sono pur sempre estranei, quali appunto quello dei punitive damages.*” (SCIARRATTA, N., op.cit; pág. 6)

se aprecian desde una perspectiva no punitiva, por ejemplo, como compensación por la complejidad y coste que implica la ardua tarea que implica, a día de hoy, identificar y perseguir al sujeto responsable, la incoación de un procedimiento, la problemática propia de la prueba del daño, y la pérdida que causa la conducta dañosa al titular de los derechos, por las implicaciones que tiene en el mercado⁸⁴². También a favor de esta postura se muestran SCHANKERMAN y SCOTCHMER, quienes defienden que, basándose exclusivamente en la idea de la compensación del daño efectivo ocasionado, el infractor perdería las ganancias obtenidas, pero ello sólo ocurriría si el titular de los derechos tiene conocimiento de la vulneración, por lo que técnicamente le podría interesar llevar a cabo la acción dañosa, ya que, en el peor de los casos, se quedaría a beneficio cero. Sin embargo, si tuviera que hacerle frente a costes del procedimiento, amén de los daños punitivos le reportaría un perjuicio en su patrimonio anterior, lo que desincentivaría la comisión de los ilícitos⁸⁴³.

Sin embargo, un estudio del Derecho Comunitario Europeo pone de manifiesto la ausencia de reconocimiento de estas penas de naturaleza privada, en particular en el ámbito de los derechos de autor. Así, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de Propiedad Intelectual, que, como se refleja en sus Considerandos nace con el objetivo de proteger los derechos de autor y afines, especifica en su Considerando 26 el régimen de responsabilidad previsto para las violaciones de estos derechos, determinando que “*Con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor*

⁸⁴² En concreto, subraya KOZIOL que ““*First, at stake is a strictly defined increase of damages and, therefore, one must not be afraid that the sanctions are uncertain and likely to get out of control. Second, I see the possibility of qualifying the doubling of the licence fees not as punitive damages, which are in contrast to the idea of compensation, but as a way to justify them by another idea. The difficulty of finding and pursuing the offender, as well as the enforcement of the claim, typically entails considerable expense, which would not arise in the case of a properly contracted licence for use. The victim regularly suffers a loss because of the disturbance of the market by the infringement. One must also stress that the victim meets great difficulties in proving his loss. Because of these difficulties and the lack of other clues, the amount of expenses and loss could be equated to the licence fee. The doubling of the licence fee could thus be brought into harmony with tort law's fundamental idea of compensation, and the identification with a punishment could be avoided.*” (KOZIOL, H., op.cit.; pág. 759)

⁸⁴³ En concreto sostienen los autores que “*under the unjust-enrichment doctrine, an infringer must disgorge his ill-gotten gains, leaving him with zero profit. Whether such a rule would deter infringement depends on other aspects of the legal environment. If an infringer might escape liability entirely, e.g., by failure of the patentholder to detect infringement, then he might be deterred from infringement under the doctrine. But if he would incur additional costs in litigation, such as lawyers' fees or punitive damages, he would more likely be deterred*” (SCHANKERMAN, M. y SCOTCHMER, S., “Damages and Injunctions in Protecting Intellectual Property”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 32, nº 1, Spring 2001; pág. 200)

que haya realizado una actividad que constituya una infracción de este tipo a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate.” Sin embargo, se prevé una exclusión explícita de los daños punitivos, cuando se dispone que “El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación.” A tal efecto se define en la norma, en su artículo 13, un sistema indemnizatorio que permite una doble vía de valoración del daño: una, basada en el daño patrimonial ocasionado y los beneficios ilegítimos, que podrá incluir el perjuicio moral; y otra vía alternativa, consistente en una suma a tanto alzado que “cuando menos” responda a los cánones que habría tenido que hacer frente el infractor de haber actuado legalmente⁸⁴⁴. Desde nuestro punto de vista, la expresión “cuando menos” introducida por el legislador en esta segunda opción podría dejar abierto el camino a la inclusión, en la cuantificación del perjuicio, de otros elementos a ponderar por el juzgador que puedan estar presentes en la conducta ilícita, donde podrían entrar criterios como la gravedad de la conducta, su carácter reiterativo, su extensión a nivel social, etc.

No obstante, cabe señalar que en la transposición de la Directiva al ordenamiento español, se optó por prescindir de dicha expresión, delimitando de forma estricta el alcance de esa segunda opción indemnizatoria.

⁸⁴⁴ Art. 13.1 Dir. 48/2004/CE: “Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios: a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho, o b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.”

En cualquier caso, la postura europea de rechazo a los *punitve damages* podría cambiar, a la luz de los términos de la reciente sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017, asunto “Stowarzyszenie Olawska Telwizja Kablowa”, C-367-15, en la que el Tribunal concluye que la mencionada Directiva 48/2004 no se opone al reconocimiento por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de indemnizaciones que contemplen daños punitivos, siempre que éstos no resulten desproporcionados en relación con el perjuicio efectivamente sufrido. En este caso, se analiza la adecuación al Derecho de la Unión de una norma polaca que articula las dos opciones indemnizatorias ya comentadas, fijando la segunda de ellas, basada en la conocida como “regalía hipotética” o “canon hipotético”, en el pago por el infractor de una suma correspondiente al doble de la licencia, o el triple, si se trata de una conducta culposa. En concreto, sienta el Tribunal, en los apartados 26 y ss. de la sentencia, que *“Esta interpretación no puede quedar desvirtuada por el hecho, en primer lugar, de que una indemnización calculada sobre la base del doble del canon hipotético no sea exactamente proporcional al perjuicio sufrido realmente por la parte perjudicada. En efecto, esta característica es inherente a toda indemnización a tanto alzado, como la prevista expresamente en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2004/48.*

(27) En segundo lugar, dicha interpretación tampoco queda desvirtuada por el hecho de que la Directiva 2004/48, como se desprende de su considerando 26, no tenga como objetivo imponer una obligación consistente en establecer indemnizaciones punitivas.

(28) En efecto, por una parte, contrariamente a lo que parece considerar el órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que la Directiva 2004/48 no conlleve la obligación, para los Estados miembros, de prever indemnizaciones llamadas «punitivas» no puede interpretarse como una prohibición de adoptar una medida de esta naturaleza.”

El requerimiento, no obstante, de que dicha cuantía en ningún caso sea desproporcionada, circunstancia que determinaría su inadecuación a Derecho, se desprende del ap. 31 de la fundamentación jurídica de la sentencia, donde se subraya que *“Ciertamente, no puede excluirse que, en casos excepcionales, la indemnización de un perjuicio calculado sobre la base del doble del canon hipotético exceda de forma tan clara y considerable del perjuicio realmente sufrido, de modo que una solicitud en este*

sentido podría constituir un abuso de derecho, prohibido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/48.”

Ello, nos lleva a deducir el evidente cambio en la postura europea respecto a esta figura, a pesar de la notoria contradicción que en nuestra opinión implica, sobre la base de la argumentación desgranada supra, para con los sistemas de civil law imperantes en el Viejo continente, basados, como es sabido, en una indemnización exclusivamente resarcitoria y ajena a los conceptos de castigo, prevención y desincentivación de la conducta. Teniendo esto presente, quizá esté más cerca el momento en que se desdibujarán aún más las líneas divisorias entre Derecho Civil –privado– y el Penal –público–, derivando en la introducción del fin represivo y ejemplarizante en el primero de ellos⁸⁴⁵, sin que, paralelamente, se encuentren presentes en él las debidas garantías que siempre deben acompañar a tal función sancionadora, con el objeto, entre otras cosas, de garantizar la efectividad de la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica⁸⁴⁶. Esto determinará, si se nos permite la expresión, la “*apertura de la caja de Pandora*”, que podría ir en detrimento de la homogeneidad en la regulación de la responsabilidad civil en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, creando regímenes indemnizatorios diversos en una Europa basada en la libre circulación y la búsqueda de un mercado único común, y aún mas interconectada gracias a internet (y el mercado digital único), lo que engendra, a la vez, un riesgo de desigualdad, discriminación y diferencia de trato, así como incertidumbre e inseguridad jurídica. En definitiva, un contrasentido.

⁸⁴⁵ Según ITURMENDI MORALES, “*Mucho nos tememos que en la evolución hacia la Responsabilidad Civil Punitiva en España influirá la tendencia de los órganos jurisdiccionales penales a indemnizar más allá del mero resarcimiento del daño, cuando concurren determinadas circunstancias en el modo de actuar del causante del delito, o bien un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa que requiera una sanción ejemplarizante*”. (ITURMENDI MORALES, G., “¿Hacia la Responsabilidad Civil Punitiva?”, *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos / A Fondo, septiembre 2017, Editorial Wolters Kluwer; pág. 24).

⁸⁴⁶ Por cuanto tales cuantías serán fijadas por los jueces y tribunales sin necesidad de justificación ni sujeción a ningún patrón legal, y sólo tendrían como límite una proporcionalidad –del todo indeterminada – con respecto al daño ocasionado, pero sin que exista una homogeneidad en el trato y la cuantificación entre los distintos casos, dependiendo íntegramente del arbitrio del juzgador y las circunstancias. Por tanto, las consecuencias de una infracción civil podrán ser del todo inesperadas según el supuesto; previsión de futuro que consideramos una perversión de la naturaleza y esencia, no sólo del Derecho Civil, sino de la totalidad del sistema jurídico español, caracterizado por su garantismo.

CONCLUSIONI

- I. Come si è osservato in questo studio, la proprietà intellettuale è un istituto che vanta una lunga tradizione, presentando dalle sue origini una pluralità di problemi di diversa natura, che non sono stati risolti sempre dal diritto con la celerità e l'efficacia necessaria. Tuttavia, l'*elastico* concetto giuridico di opera previsto nella legislazione italiana e in quella spagnola sin dall'inizio ha permesso l'applicazione flessibile di questa categoria, grazie all'apparizione di nuove forme di manifestazione o di supporto.
- II. Si tratta di un diritto che, nella sua dimensione patrimoniale, è limitato da altri diritti fondamentali di carattere sociale come, ad esempio, il diritto di accesso alla cultura. L'importanza di tali diritti sociali produce una serie di limitazioni ed eccezioni, che si configurano come usi innocui, che in nessun caso possono essere considerati come diritti soggettivi a favore di terzi.
- III. Sia la normativa italiana sia quella spagnola in materia di diritti di autore sono estese e complete, mostrando un elevato livello di similitudine dal punto di vista contenutistico ma non da quello strutturale. In questo senso, la L.d.a. italiana presenta alcune carenze sistematiche, in particolare, la dispersione e l'assenza di organizzazione e di chiarezza nell'espressione, le quali ne rendono difficile l'interpretazione e l'applicazione.
- IV. Uno dei problemi più rilevanti al rispetto è costituito dal fatto che la normativa europea attribuisce agli Stati membri la regolazione dell'eccezione per copia privata. Questo aspetto produce importanti differenze di trattamento nell'ambito del diritto italiano e di quello spagnolo, dal momento che nel primo la possibilità di realizzare una copia privata digitale è molto limitata, se non praticamente inesistente, mentre nel secondo si prevede sia questa possibilità sia quella analogica. Ciononostante, in entrambi gli ordinamenti, si vincola l'imperativa compensazione ai titolari.
- V. La copia privata, così come si riconosce nella normativa italiana è di difficile interpretazione. Il precetto che la regola nella L.d.a. è composto da vari commi, caratterizzati dal punto di vista sistematico da gravi carenze, dal momento che non è chiaro il suo carattere complementare o escludente, la qual cosa ne rende più

difficile la comprensione, potendo creare seri dubbi sul suo oggetto e sull'effettivo ambito di applicazione.

- VI. Il concetto di copia privata, dopo la riforma di 2014, si restringeva in eccesso, arrivando al punto della contraddizione al includere il requisito di accesso unico via “compravendita mercantile”, che implica una relazione esclusiva entrambi imprenditori, cosa che portava all'assurdo la propria accezione. Tramite il Real Decreto-legge 12/2017 si introduce una modificazione dell'articolo 31.2, paragrafo b), nel quale si prescinde del requisito dell'accesso all'opera via “compravendita mercantile”, richiedendo esclusivamente adesso che la riproduzione sia fatta a partire di una fonte licita e non violandone le condizioni di accesso all'opera o prestazione, scegliendo la postura di rimuovere la concrezione del concetto di “accesso legale” introdotta nel 2014. In tal modo, anche se, senza dubbio si risolvono i problemi dell'estrema limitazione dell'accesso e la contraddizione nei termini e ambito soggettivo presente nell'ordinamento precedente, se ritorna a un concetto in eccesso aperto e indeterminato di copia privata che richiederà nuovamente essere interpretato dalla dottrina e giurisprudenza.
- VII. Quanto anteriormente affermato, dimostra che la tecnica legislativa impiegata per regolare la materia del diritto d'autore, sia a livello europeo sia a quello italiano e spagnolo, è, a mio parere, inadeguata, poiché l'uso del c.d. “*Texto Refundido*” in Spagna determina una mancanza di coerenza, non esistendo né i principi né i criteri che caratterizzano, invece, la tecnica della codificazione.
- VIII. Si sono realizzate molte riforme, una di seguito all'altra, sia per adattare la normativa comunitaria sia per dare risposta ai problemi suscitati dai settori coinvolti, senza che tali riforme siano state realizzate in modo sistematico e coerente. Questo si deve in parte al fatto che le nuove tecnologie e la digitalizzazione costituiscono delle nuove sfide per il legislatore.
- IX. L'evoluzione della tecnologia e della rete internet hanno prodotto maggior vulnerabilità nelle creazioni intellettuali e una fragilità dei diritti d'autore, alterando alcune delle sue categorie essenziali. In questo senso, è opportuno risaltare la scomparsa del concetto di supporto originale nell'intorno digitale.
- X. Si percepisce un cambio nei costumi dei consumatori e degli utenti on line in relazione alle creazioni intellettuali, che interessa sia il loro comportamento sociale sia i modelli di consumo, producendo effetti sullo sfruttamento e la distribuzione delle stesse nel mercato digitale.

- XI. La tecnologia ha determinato il contesto idoneo per lo sviluppo costante di nuove problematiche, tra cui si deve mettere in rilievo la nascita di innovative forme di violazione dei diritti d'autore, che vanno oltre la possibilità di scaricare direttamente files o *torrent* e di accedere alla funzione *streaming*. Allo stesso modo, in questo scenario, l'offerta dei contenuti presenta anche difficoltà basate soprattutto sulla mancanza di una regolazione legale ad hoc e sull'applicazione obbligatoria delle licenze multi-territoriali.
- XII. Al fine di unificare il mercato, ancor di più, nell'attuale contesto di sviluppo dell'iniziativa del "Mercato Unico Digitale", si dovrebbe ricorrere alla tecnica del regolamento come strumento regolatore della materia, che allo stesso tempo permette l'omogeneizzazione dei limiti e delle eccezioni a livello comunitario.
- XIII. Siamo d'accordo nella necessità, rilevata dalla Commissione Europea nella sua Comunicazione di settembre 2017, di sviluppare un corpo legislativo di Proprietà Intellettuale armonizzato e omogeneizzato, preferibilmente mediante un testo unico sotto la forma di Regolamento, che ponga fine alla dispersione normativa esistente negli Stati membri, soprattutto nell'ambito dell'imputazione di responsabilità alle piattaforme, questione già chiarificata e interpretata recentemente dalla Corte Europea, ma che non si è vista plasmata ancora nelle norme comunitarie, e che varia, ancora nell'attualità, secondo il paese, il tipo di contenuto e della tipologia di piattaforma.
- XIV. Si ravvisa un'eccessiva dipendenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue per l'armonizzazione del trattamento legale della nuova problematica presentata, le cui pronunce, inoltre, in molti casi, sono prive tra di loro di coerenza. In questo senso, sono di creazione giurisprudenziale, a titolo di esempio, concetti come "pubblico nuovo", che assume grande rilievo nell'interpretazione del diritto di messa a disposizione.
- XV. La normativa che regola la responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione (ISPs) pare obsoleta, dal momento che non include i nuovi tipi di fornitore esistenti attualmente nel contesto digitale.
- XVI. La complessità attuale del mercato di questo tipo di servizi online, e la sua rapida evoluzione e sviluppo, cosa che ha dato via a innovative tipologie di prestatore, permette osservare la modulazione del regime di responsabilità civile, in attenzione già non solo al genere di provider, ma anche dentro di queste, secondo il modello di attività e funzionamento che assuma all'interno della categoria generale, graduando

il suo livello di partecipazione nella messa a disposizione, essendo, in definitiva, più o meno attivo. Con questa realtà presente, evidenziata dalla praxis giudiziaria, a nostro avviso, è pertinente la riforma della normativa europea, in particolare della Direttiva 200/31, che comporti la ristrutturazione del regime attuale d'imputazione e contempli le nuove categorie d'ISP, con una modulazione più precisa delle sue responsabilità.

- XVII. La normativa italiana di recepimento, che regola la responsabilità – o piuttosto l'esonero dalla stessa – per i ISP risulta complessa e può dare luogo ad applicazioni differenziate, generando un ampio dibattito in dottrina e lasciando nelle mani della giurisprudenza la posizione dell'ordinamento italiano al riguardo.
- XVIII. Dalla giurisprudenza italiana si deduce la mancanza di un criterio omogeneo sull'imputazione della responsabilità civile ai prestatori di servizi on line. Gli stessi Tribunali italiani hanno dato origine ad una nuova categoria di ISP, inesistente a livello europeo e, in modo specifico, spagnolo, denominata “host attivo”, la cui responsabilità si vede aggravata, così come i loro doveri di diligenza, e che costituiscono un ibrido tra fornitori di servizi e “hosting” e di contenuti.
- XIX. La proposta di Direttiva di 2016 di “mercato unico digitale” ha nei Considerando (37, 38 e 39, specificamente), e ribadisce nell'articolo 13, l'esistenza di una nuova tipologia di provider di servizi di hosting online di contenuti *uploaded* per gli utenti che consente un facile accesso a questi, ciò determina, d'accordo a la norma, una comunicazione al pubblico. Riconosce, in questo senso, una nuova categoria di ISP: il fornitore attivo, figura di creazione giurisprudenziale nell'Italia, inesistente finora nella pratica giudiziaria e dottrinale europea e spagnola. Questa innovativa tipologia di prestatore, non caratterizzato dalla neutralità richiesta dalla normativa vigente ai fini dell'esenzione di responsabilità, diviene responsabile civilmente per quello memorizzato sul suo server e offerto al pubblico nella sua piattaforma.
- XX. La configurazione dei regimi di esonero della responsabilità disciplinati nella normativa europea e, da lì, in quella spagnola ed italiana, per i fornitori online, soggetti a doveri di vigilanza e rapida attuazione in caso di violazioni, possono rischiare di concedere loro un ruolo di giudice dell'illecito e di censore dei contenuti on line. Allo stesso tempo, rischia di configurare un oligopolio dei servizi della società dell'informazione dinanzi al timore che causa l'indefinitezza dei criteri di imputazione e l'indeterminazione dei doveri di controllo di cui è carente la normativa, potendo frenare l'accesso di nuovi piccoli competitori.

- XXI. Si deduce l'esistenza di una responsabilità civile imputabile all'intermediario online nei casi in cui non rispetti il dovere di vigilanza e di risposta per la cessazione delle violazioni commesse dagli utenti quando ne sia pervenuto a conoscenza. Questo regime si configura come una responsabilità di tipo plurisoggettivo solidale condivisa tra l'intermediario e l'utente finale.
- XXII. Come risultato dello studio, si può concludere che ci incontriamo da fronte a un regime di responsabilità civile diretta, pendente della necessaria precisione relativa a se si tratta di responsabilità per fatto altrui o proprio. D'accordo con lo studio e la problematica evidenziata, è chiaro che, nella maggior parte dei casi, esiste una responsabilità civile soggettiva, derivata dei contenuti salvati da terzi estranei alle ISP, ma imputabile a quello per esistenza di negligenza nella attuazione del intermediario nella prestazione del servizio. Nonostante lo precedente, la concomitanza di elementi che permettono concludere una responsabilità del provider non impedisce la appercezione, inoltre, la responsabilità del autore della violazione, con la possibilità di la articolazione di una risposta solidaria ai danni in cui concorrano ambedue responsabilità.
- XXIII. D'altro lato, ci possiamo trovare anche da fronte a una responsabilità per fatto proprio, che esisterebbe, naturalmente, nei casi in cui si concluda la partecipazione attiva del provider o sia questo considerato come un proprio fornitore di contenuti, altresì nei casi in cui il provider di accesso a internet dia origine per se esteso alla trasmissione, oppure modifiche o selezione i dati trasmessi (art. 14.1 LSSICE), fra l'altro⁸⁴⁷. In questi casi di responsabilità diretta è di applicazione, nel marco del regime generale di responsabilità del Codice Civile, gli articoli 1902 e ss., e il articolo 140 dalla Legge di Proprietà Intellettuale.
- XXIV. Lo studio realizzato sull'istituzione dei danni punitivi permette concludere la inadeguatezza ai sistemi di responsabilità civile italiane e spagnole, basati nella finalità del risarcimento limitato al danno effettivamente sofferto. Nel contesto

⁸⁴⁷ Alla stessa conclusione se arriverebbe nei casi in cui “*il prestatore dei servizi di copia temporale modifiche l'informazione salvata nella memoria caché [art. 15 a) LSSICE] o quando il fornitore dei servizi d'accesso o di hosting non porre fine alla trasmissione o impedisca l'accesso a determinati contenuti una volta che li ha stato chiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa competente (ex art. 11.1 LSSICE)*”, Traduzione dell'autore. Testo originale: “*el prestador de servicios de copia temporal modifique la información guardada en la memoria caché [art. 15. a) LSSICE] o cuando el proveedor de servicios de acceso o de alojamiento no cese en la transmisión o impida el acceso a determinados contenidos una vez que ha sido requerido al efecto por la autoridad judicial o administrativa competente (ex art. 11.1 LSSICE)*.” (BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores...”, op. cit.; pág. 60)

comunitario, ci sono norme, principalmente di natura lavorale o appartenenti ad il Diritto dei marchi e della concorrenza, che sembrano avere presente il fine punitivo, sebbene non si può arrivare alla conclusione della istituzione generalizzata di questa figura, ch'è stata dichiarata anche contraria al Diritto europeo nei alcuni testi normativi europei. Tuttavia, una recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea ha affermato che il marco giuridico dell'Unione non si oppone all'inclusione di questo risarcimento di tipo sanzionatore nelle norme nazionale di natura civile, sempre che non sia presente un'evidente disproporzione con il pregiudizio subito. Questo, a nostro avviso andrebbe a scapito dell'omogeneità nella regolazione della responsabilità civile nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri, creando regimi risarcitori diversi in un'Europa basata su la libera circolazione y il perseguimento d'un mercato unico comune, e ancora più interconnetta grazie all'Internet (e il mercato unico digitale), ciò crea, parallelamente, un rischio de diseuguaglianza, discriminazione e disparità di trattamento, nonché l'incertezza e insicurezza giuridica. Sarebbe, insomma, un'incongruenza.

XXV. Pensiamo che sarebbe auspicabile la definitiva implementazione del meccanismo del “*notice&take down*” come principale strumento nella lotta contro la diffusione non consentita di contenuti d'autore via web, per la sua celerità ed efficacia. Tuttavia, è opportuno porre in rilievo l'elevato rischio che suppone l'eliminazione di contenuti non illeciti, incorrendo in possibili violazioni del diritto alla tutela giudiziaria effettiva e di limitazione delle libertà costituzionali di espressione e di accesso alla cultura, dal momento che non compete al giudice dirimere tali conflitti. Per tali motivi, sostengo il necessario intervento di un organo giurisdizionale nei procedimenti aventi ad oggetto la violazione dei diritti d'autore on line, dovendo spettare a questi il giudizio sulle presunte violazioni e pronunciarsi sulla liceità della condotta e sulle correlative sanzioni. Sono, pertanto, d'accordo con il Professor BOCCHINI, secondo il quale “*Tutto ciò rende evidente che diritto, economia ed etica, nel mercato delle telecomunicazioni, debbono poter trovare un punto di equilibrio, oltre il quale e al di là del quale le stesse libertà costituzionali possono essere compromesse proprio delle azioni che mirano a realizzare compiutamente*”⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸BOCCHINI, R., “La responsabilità degli Internet provider nella convergenza tecnologica”, 2011, op. cit.; pag. 94.

- XXVI. Da tali osservazioni, si perviene alla conclusione della necessità di una riforma generale della normativa sulla proprietà intellettuale a livello europeo, attraverso la quale si aggiornino le categorie di base esistenti e in cui si definisca una nuova cornice di riferimento, uniforme in tutto il territorio dell'Unione, per l'imputazione della responsabilità civile agli ISP, includendo anche le nuove fattispecie esistenti e considerando le particolarità del mercato on line dei contenuti digitali protetti. In questo senso, si deve sostenere la creazione di un regime specifico di responsabilità, dotato di meccanismi ad hoc e centrato sulle idiosincrasie della problematica dei diritti d'autore e delle creazioni intellettuali on line, i quali richiedono una propria regolazione che si adatti alle circostanze della tipologia che presentano.
- XXVII. Si manifesta la tendenza sia in Spagna sia in Italia a giudicare, in via penale, le condotte illecite, che violano i diritti di autore on line, e a perseguire tali condotte previamente in via amministrativa attraverso organi non giudiziali, dotati di ampi poteri di intervento. Si discute attualmente la soggezione al diritto e la costituzionalità di tali potestà, in modo specifico nel caso italiano. A questo proposito, sostengo l'indispensabile intervento degli organi giurisdizionali per la valutazione del carattere illecito di tali fattispecie, l'identificazione dei soggetti colpevoli e l'imputazione della responsabilità e delle sue conseguenze legali.
- XXVIII. Si può dedurre, quindi, l'esistenza di una responsabilità civile del gestore dei portali dei links e delle reti p2p, così come dei fornitori di servizi *cloud*, quest'ultima di ineguale applicazione da parte dei Tribunali. Ciononostante, è opportuno sottolineare che i processi di carattere civile cominciano ad avere un carattere residuale in materia di uso non autorizzato di contenuti internet, con l'evidente necessità per gli Stati di definire questa problematica, in relazione alle pagine web dei links e *streaming* illegali, nell'ambito dei ricorsi amministrativi propedeutici alla via giurisdizionale, essendoci la tendenza al blocco dei portali e a riservare i casi più noti e di carattere di massa all'ambito penale. Il ricorso alla via penale a medio o lungo termine è riaffermata dall'intenzione dell'esecutivo spagnolo di creare una procura specializzata in questa materia.
- XXIX. Nonostante quello che precede, la più recente dottrina giurisprudenziale della Corte Europea ha concluso la imputazione di responsabilità civile ai prestatori di servizi della società della informazione che strutturano e offrono liste sistematiche di *links* a contenuti protetti non autorizzati, sotto l'argomentazione che incorrono nella violazione del diritto di comunicazione pubblica del titolare, svolgendo una messa a

disposizione, sempre che siano presenti determinati requisiti. Questa postura ha avuto già il suo riflesso nella praxis giudiziaria spagnola, dove comincia a esistere un'omogeneità nei pronunciamenti, con multiple condanne civili a questo tipo di pagine web.

- XXX. In relazione a quanto indicato, si osserva l'allontanamento dal giudizio delle violazioni dei diritti di autore dal loro carattere naturale *iusprivatista*, opzione, dal mio punto di vista, del tutto criticabile, poiché aggrava in modo non necessario comportamenti che, sebbene rimproverabili e che abbiano bisogno di essere puniti, non rispondono alla finalità perseguita dal diritto penale, né per il tipo di diritto violato né per la gravità o pericolosità delle condotte.
- XXXI. Si conclude, pertanto, che la persecuzione in via civile delle pagine di *link* e di *streaming* illegali in Italia e in Spagna comincia ad essere meramente formale, concretizzandosi la risposta sanzionatoria nel procedimento gestito dalla AGCom in Italia e dalla Commissione per la Proprietà Intellettuale in Spagna. La tendenza è, pertanto, il ricorso all'eliminazione dei contenuti segnalati ed il blocco dell'accesso a tali servizi.
- XXXII. È già evidente, a seguito della recente giurisprudenza europea e spagnola, l'esistenza di una nuova via di persecuzione delle condotte illecite che ci occupano. In questo senso, di fronte alla difficoltà d'individuare e perseguire ai trasgressori, si opta per procedere direttamente contro i operatori che offrono la connessione a internet. L'interpretazione della Corte di Giustizia Europea del marco normativo attuale avalla l'abilitazione di questo tipo d'intermediari a essere legittimati passivi in questi procedimenti, anche se non sono responsabili per la condotta illecita. Tale legittimazione non implica in nessun caso l'imputazione della responsabilità civile, ma permette condannarli all'adozione di misure pertinenti al fine del blocco e la cessazione dell'attività, senza bisogno de co-denunciare all'effettivo responsabile né di sentenza previa di condanna a quello.
- XXXIII. Per quanto riguarda l'imputazione della responsabilità all'utente, si deve differenziare necessariamente tra colui la cui attività si limita a scaricare il contenuto dei files e quello che si condivide in Rete. Per quanto riguarda il primo aspetto, nel caso della Spagna non esiste nessuna previsione legale, né di carattere civile né amministrativo; in Italia, invece, si impone una sanzione di tipo amministrativo sotto forma di multa. Inoltre, in Spagna, per l'utente che condivide i contenuti online, si deve concludere l'esistenza di una responsabilità civile non

imputabile al soggetto in questione dinanzi all'impossibilità di identificazione dello stesso per la proibizione imposta dalla Legge sulla protezione dei dati e dalla legge sul processo civile; per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, si prevede la commissione di una fattispecie penale quando concorrano l'intento lucrativo ed esistano un fine di uso personale e una responsabilità civile per l'illecito, in conformità con il regime generale del Codice civile. Si deve precisare che l'applicazione della sanzione penale alla condotta di condivisione di documenti nell'ambito delle reti p2p, così come, nel caso in cui non ci sia un fine di lucro, quando si caricano documenti in un portale web, è stata rifiutata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

- XXXIV. Ad ogni modo, sostengo che la possibile identificazione di un utente della rete, sia per l'imposizione di una sanzione amministrativa sia per il reclamo della responsabilità civile, debba essere realizzata da un organo giurisdizionale al fine di rispettare le garanzie applicabili alla fattispecie concreta.
- XXXV. A mio parere, dato il grado attuale di sviluppo delle nuove tecnologie e l'evoluzione della rete internet e delle sue possibilità, si dovrebbe adottare una posizione comune nell'Unione Europea che garantisca il rispetto del diritto fondamentale alla privacy e alla protezione dei dati dei suoi cittadini, impedendo di accedere alle informazioni personali e di identificare le comunicazioni a richiesta dei privati, al fine di difendere i diritti patrimoniali, attraverso enti amministrativi senza l'intervento dell'autorità giudiziaria che garantisca la legittimità della misura. In questo senso considero che la scelta del legislatore spagnolo di proibire l'identificazione non-autorizzata nell'ambito dei processi amministrativi e civili, così come riconosciuta nella legge sul procedimento civile e nella legge sulla protezione dei dati personali, sia la più adeguata.
- XXXVI. Bisognerebbe armonizzare il mercato europeo nell'ambito della c.d. "economia digitale" e sviluppare la sua cornice di regolazione.
- XXXVII. Per risolvere la problematica relativa all'uso illecito di creazioni di autore on line, sarebbe necessario promuovere nell'UE l'offerta legale di contenuti intellettuali on line, la quale richiede una normativa specifica e l'intenzione di implementare le licenze multiterritoriali in questo ambito. Si dovrebbe incentivare, inoltre, la ristrutturazione delle misure tecniche di protezione, come strumento di grande utilità nella tutela delle opere digitali, in conformità alle eccezioni e ai limiti dei diritti d'autore e in modo più specifico della copia privata.

- XXXVIII. Sebbene si appoggi lo sviluppo di misure tecniche di protezione, condividiamo con SPADA quando afferma che *“Il digital locking si atteggia, in definitiva, non già come il trionfo del diritto d’autore ma, se mai, come il trionfo della forza d’autore (o, piuttosto, d’editore telematico); questa forza è, tuttavia, sovradimensionata rispetto alla ragion politica del diritto d’autore, perché, non è necessariamente funzionale a propiziare l’innovazione e può prestarsi ad innalzare barriere proprio a quella globalizzazione delle idee, delle forme espressive, dell’informazione che costituisce il più entusiasmante ricavo antropologico della telecomunicazione globalizzata. Francamente, che il diritto dia una mano alla genesi di questo paradosso e lo faccia in nome della creatività mi sembra una inaccettabile ipocrisia!”*⁸⁴⁹.
- XXXIX. La proposta di direttiva 2016/0280, su diritti d’autore nel mercato unico digitale, prevede l’obbligo per le piattaforme di creazione di meccanismi tecnologici di rilevazione ex ante di contenuti illegali, cioè si aggiunge la possibilità raccolta nella Comunicazione della Commissione di 28 settembre 2017 degli ISP di consultare organismi e autorità a fine di ottenere consiglio sull’illiceità di tali contenuti. Il fatto di che sia un organismo integrato da specialisti esperti nella materia chi offra consulenza alle piattaforme nella valutazione di che contenuto è, o no, illecito preverrebbe la violazione di diritti e libertà degli utenti della Rete, apportando certezza del diritto al processo e garanzie. È per quello, che proponiamo la creazione di questa entità pubblica, che potrebbe essere integrata nella Commissione di Proprietà Intellettuale spagnola, in particolare nella Seconda Sezione, con un corpo di esperti e giuristi proprio incaricati di questo compito.
- XL. Si deve criticare la tecnica legislativa scelta dalla Commissione per il formato di Comunicazione (settembre 2017) e Raccomandazione (marzo 2018) per articolare le misure di notificazione e rimozione dei contenuti e i meccanismi tecnologici di rilevazione di contenuti illeciti a stabilire dagli ISP, giacché sono questi documenti non vincolanti per gli Stati membri, ne costituiscono normativa obbligatoria per i fornitori di servizi, per ciò, nella nostra opinione, non contribuiscono di forma effettiva alla soluzione della problematica degli comportamenti che violano la Proprietà Intellettuale online. Parallelamente, non siamo d’accordo con la creazione di “pacchetti normativi” costituiti da direttive frazionarie al fine di regolare i diritti

⁸⁴⁹SPADA, P., “Copia privata ed opere sotto chiave”, *Rivista di Diritto industriale*, I, 2002; pag. 603.

d'autore e la lotta contra la sua violazione nell'Internet, rifiutando così il legislatore, una volta in più, la creazione di un Regolamento che copra tutta la regolamentazione al rispetto, di applicazione diretta.

- XLII. Ad ogni modo, si mette di rilievo la scommessa della Commissione Europea per la promozione, nel seno dell'Unione, dell'attuazione proattiva delle piattaforme di hosting, lasciando, nonostante, chiaro che questo non impedisce il mantenimento dell'esclusione di responsabilità esistente nella regolazione attuale. Tale questione è, a nostro avviso, indispensabile, per quanto, come sostiene VOZZA *“Il presupposto di fondo è che l'ISP, prestando servizi utili per la collettività (non certo attività pericolose!), non può essere sottoposto ad una responsabilità oggettiva che di fatto paralizzerebbe, o sicuramente rallenterebbe, lo sviluppo della new economy e della net generation”*⁸⁵⁰.
- XLIII. Rispetto alla copia privata, si difende la necessità di un'implementazione definitiva di questo istituto nella normativa a livello europeo in modo obbligatorio ed uniforme, seguendo la tendenza transnazionale e globalizzata del consumo dei contenuti.
- XLIV. Parallelamente ai meccanismi già adottati nella lotta contro la c.d. pirateria delle creazioni di autori in rete, si propone l'estensione delle funzioni di mediazione e di arbitrato degli enti amministrativi in Italia e in Spagna (*Comisión de Propiedad Intelectual* e *AGCom*) a questo ambito, trattandosi di metodi di risoluzione dei conflitti che hanno avuto successo anche in altri ambiti del diritto (consumo, lavoro e famiglia).
- XLV. Questa idea si vede anche raccolta nella Raccomandazione della Commissione di marzo 2018. Quindi, valutiamo positivamente la sua integrazione come strumento preferente, il che ci contribuirebbe, a nostro parere, alla riduzione del numero dei procedimenti giudiziari, garantirebbe la celerità nella rimozione dei contenuti e faciliterebbe la risoluzione dei conflitti in questa materia con rapidità ed economicità di risorse.
- XLVI. Il recentemente approvato Regolamento UE 2018/302, che ha come fine abolire il *geobloccaggio* nel mercato online europeo stabilisce espressamente l'esclusione dei contenuti protetti dai diritti di autore del suo ambito oggettivo, sebbene raccoglie la

⁸⁵⁰ VOZZA, N., op.cit.; pág. 98. Su questo punto, in un senso simile, vid. DE LUCA, N. y TUCCI, E., “Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'Internet Service Provider. Una materia che esige chiarezza (Nota a T. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e T. Mantova, 24 novembre 2009)”, *Giurisprudenza commerciale*, 2011.

previsione di riesaminare questo aspetto a 2020. Quanto precede, secondo noi, si scontra frontalmente con l'obiettivo del mercato unico digitale, nel quale le piattaforme di riproduzione in streaming di contenuti di autore occupano un posto di rilevanza e si incontrano in costante auge, collaborando in gran parte al freno del consumo illecito di contenuti protetti. Con quanto sopra, proponiamo la revisione della norma in un senso inclusivo di questi beni, come misura di fomento della concorrenza e del consumo da parte degli utenti, cosa che frenerebbe la pirateria online.

XLVI. Anche se la dottrina specializzata non si è pronunciata ancora su questo punto, a nostro avviso, è preciso porre l'accento nell'estrema indeterminazione e contraddizione che si riscontra entrambi il contenuto del Considerando 8 e il articolato del cosiddetto Regolamento UE 2018/302, poiché il senso del primo prevede una limitazione nella esclusione ai servizi di contenuti audiovisivi mentre che i precetti ai rispetto sembrano estendere la esclusione a la totalità dei servizi online relativi ai contenuti protetti dai diritti d'autore. Senza dubbio, questa contraddizione in un testo della gerarchia di un Regolamento genererà una problematica che avrà di essere chiarita dalla Corte competente nella materia.

XLVII. Per quanto riguarda la problematica del "value gap", studiata nel marco di questa tesi dottorale, che, come si he osservato già, ha la sua origine nel modello di negozio esistente nelle piattaforme che offrono contenuti "alla carta" caricate dalle utenti – com'è il caso di Youtube- per il fatto di nos essere soggetto al pago delle licenze per l'utilizzazione dei contenuti d'autore, non c'è ancora una chiara regolazione a livello europeo che la risolva. Pertanto, in nostra opinione, si è sprecata un'opportunità per chiarificare, mediante un precetto ad hoc nella Proposta di Direttiva 2016 già menzionata, la soggezione di tale categoria di prestatore di servizi in linea attivo – anche se spetterebbe alla giurisprudenza europea determinare la definizione di questo concetto – alla negoziazione con i creatori o i suoi rappresentanti dei accordi di licenza, come si prevede nel considerando 38 della Direttiva o, alternativamente, qualcun'altra forma specifica de retribuzione che, comunque, dovrebbe essere omogenea con rispetto a quelli esistenti nel caso di piattaforme di riproduzione in streaming, come si ha commentato, retribuiscono adeguatamente ai titolari. Altrimenti, ci saremo trovati da fronte a un'evidente concorrenza disleale, consentita da questa lacuna normativa, che contribuirà alla disincentivazione di questo necessario settore della economia digitale nel seno della

industria culturale, che non potrà competere in equità di condizioni con che operano quelle altre piattaforme attive.

XLVIII. Qualsiasi misura normativa sarebbe priva di efficacia senza lo sviluppo di iniziative ed azioni volte all'educazione della società. È indispensabile il disegno di campagne, non solo pubblicitarie, ma anche di formazione dei consumatori e degli utenti sull'importanza del rispetto della creazione intellettuale come base indispensabile per lo sviluppo culturale ed economico di un paese. L'organizzazione di seminari, sin dai primi corsi di educazione obbligatoria, sul rilievo dei diritti d'autore, su ciò che è permesso e non è permesso fare in rete, sui rischi degli usi illeciti on line delle opere e sulle alternative legali attualmente esistenti, favorirebbe non solo la proprietà intellettuale ma soprattutto la società. Ciononostante, è necessaria, allo stesso tempo, l'assunzione di consapevolezza e l'adattamento dell'industria culturale alla nuova realtà digitale, abbandonando la rigidità che ha caratterizzato fino ad ora e adeguandosi ai cambiamenti intervenuti nel comportamento del consumatore, ai nuovi modelli di consumo e alla nascita di nuovi canali di sfruttamento.

XLIX. Nella stessa direzione, il grado di complessità e il ritmo di evoluzione dell'informatica richiedono una formazione specifica e la specializzazione degli operatori giuridici (forze di sicurezza dello Stato, PM, giudici, avvocati, ecc.) che permettano la corretta applicazione del diritto e la maggiore celerità nella risoluzione dei conflitti.

L. Infine, per lo sviluppo effettivo della tutela dei diritti d'autore nell'Unione Europea, si dovrebbe appoggiare la creazione, come misura a breve-lungo termine, di un regolamento unificato sulla proprietà intellettuale, che ponga fine una volta per tutte alla dispersione che caratterizza il diritto d'autore nell'ambito comunitario. Tuttavia, sarebbe desiderabile, a lungo termine, l'adozione di un Codice europeo sulla proprietà come unica norma di riferimento in tutto il territorio del vecchio continente.

LI. A modo di conclusione finale, e al fine di rivendicare l'importanza del tema oggetto di questa Tesi di dottorato, mi unisco alle parole del Professor BOCCHINI quando afferma che *“Il regime giuridico della responsabilità costituisce, quindi, elemento di struttura del mercato. La dottrina, specialmente americana, addirittura chiama in blocco i diritti civili connessi alla comunicazione: se vi è eccesso di responsabilità*

si potrebbe determinare il blocco del settore connesso allo stesso diritto di comunicazione e, più a monte, alla libera manifestazione del pensiero”.

CONCLUSIONES

- I. Como se ha puesto de relieve en este trabajo, la Propiedad Intelectual es una institución con un gran arraigo en la historia del Derecho, habiendo presentado múltiples y diversos problemas de orden jurídico desde su origen hasta la actualidad, que no siempre han sido resueltos por el Derecho con la celeridad y eficacia necesaria. Si bien, el *elástico* concepto legal de obra previsto en la legislación italiana y española ya desde el inicio, ha permitido la aplicación modulada de la misma conforme han ido apareciendo nuevas formas de expresión o soporte.
- II. Se trata de un Derecho que, en su dimensión patrimonial, viene limitado por otros derechos fundamentales de carácter social como es, por ejemplo el derecho de acceso a la cultura. De la relevancia de tales derechos sociales, se fundamentan unas limitaciones y excepciones, configurados como usos inocuos, que en ningún caso cabe considerar derechos subjetivos en favor de terceros.
- III. Tanto la normativa italiana como la española de derechos de autor son extensas y completas, mostrando un elevado grado de similitud en su contenido, no así en la estructura. En este sentido, la L.d.a. italiana adolece de carencias sistemáticas: dispersión, falta de organización y de claridad en la expresión, que dificultan su interpretación y aplicación.
- IV. Uno de los problemas más relevantes que se ha detectado es que la normativa europea deja en manos de los estados miembros la regulación de la excepción de copia privada. Ello supone diferencias de tratamiento en el Derecho italiano y en el español, puesto que en el primero queda muy limitada, casi inexistente, la posibilidad de copia privada digital, mientras que en el segundo se prevé tanto ésta como la analógica, vinculándose en ambos casos, no obstante, a la imperativa compensación a los titulares.
- V. La copia privada, tal y como se recoge en la norma italiana resulta de difícil interpretación. El precepto que la regula en la L.d.a. consta de varios apartados cuya sistemática adolece de graves carencias, por cuanto no queda claro su carácter complementario o excluyente, lo que dificulta su comprensión, pudiendo crear serias dudas acerca de su objeto y ámbito de aplicación real.
- VI. El concepto de copia privada, tras la reforma de 2014, se restringía en exceso, llegando a incurrir en una contradicción incluyendo el requisito del acceso únicamente por “compraventa mercantil”, concepto que implica una relación

exclusivamente entre empresarios, lo que reducía al absurdo esta excepción. Sin embargo, a través del Real Decreto-ley 12/2017, se introduce una modificación del art. 31.2, en su apartado b), en el que ya se prescinde del requisito de acceso a la obra mediante “compraventa mercantil”, limitándose a requerir que “*Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.*”, obstandose por eliminar la concreción o aclaración del concepto de “acceso legal” que se introdujo en 2014. Con ello, a pesar de que indudablemente se resuelve la problemática de la extrema limitación del acceso y la contradicción en los términos y ámbito subjetivo de las que adolecía la regulación anterior, se retorna a un concepto en exceso abierto e indeterminado del concepto de copia privada, que volverá a requerir ser interpretado siguiendo la postura doctrinal y jurisprudencial

- VII. Lo anterior pone de manifiesto que la técnica legislativa empleada para regular la materia de Derecho de autor, tanto a nivel europeo, como italiano y español, es a nuestro juicio inadecuada, ya que el uso de lo que en España se denomina el “Texto Refundido” supone que falte coherencia por no haber una unidad de principios y criterios como si sucede en la técnica de la codificación.
- VIII. Se han producido muchas reformas en cascada, sea para adaptar normativas comunitarias o para dar respuestas a problemas planteados por los sectores implicados, sin que se hayan realizado tales modificaciones de manera sistemática y coherente. Ello en parte se debe a que las nuevas tecnologías y la digitalización plantean desafíos al legislador.
- IX. La evolución de la tecnología y de la red internet ha ocasionado una mayor vulnerabilidad de las creaciones intelectuales y fragilidad de los derechos de autor, llegando a alterar alguna de sus categorías esenciales. En ese sentido, cabe destacar la desaparición del concepto de soporte original en el entorno digital.
- X. Se percibe un cambio de hábitos de los consumidores y usuarios en línea con respecto a las creaciones intelectuales, tanto en lo referente a su comportamiento social como a las pautas de consumo, lo que afecta a la explotación y distribución de las mismas en el mercado digital.
- XI. El entorno tecnológico ha supuesto el contexto idóneo para el desarrollo constante de nuevas problemáticas, entre las que se debe destacar el nacimiento de novedosas vías de vulneración de los derechos de autor, superando incluso las categorías de la descarga directa o torrent y el visionado en streaming. Asimismo, en este escenario,

la oferta legal de contenidos también presenta dificultades basadas, principalmente, en la carencia de regulación legal ad hoc y la pendencia de aplicación de la obligatoriedad de las licencias multiterritoriales.

- XII. En aras de la unificación del mercado, más aún en el actual contexto del desarrollo de la iniciativa del “Mercado Único Digital”, se debería recurrir a la técnica del Reglamento como instrumento regulador de la materia; permitiendo, asimismo, la homogeneización de los límites y excepciones a nivel comunitario.
- XIII. Compartimos así la necesidad, subrayada por la Comisión Europea en su Comunicación de septiembre de 2017, del desarrollo de un cuerpo legislativo sobre Propiedad Intelectual armonizado y homogeneizado, a ser posible mediante un texto único adoptando la forma de Reglamento, que ponga fin a la dispersión normativa existente en los distintos Estados miembros, sobre todo en el ámbito de la imputación de responsabilidad a las plataformas, cuestión clarificada e interpretada recientemente por el TJUE pero que no se ha visto reflejada en las normas comunitarias, y que varía, aún hoy en día, en función del país, el tipo de contenido y la tipología de plataforma.
- XIV. Se detecta una excesiva dependencia de la jurisprudencia del TJUE para la armonización del tratamiento legal de la nueva problemática planteada, cuyos pronunciamientos, además, en muchos casos, carecen de coherencia entre ellos. En tal sentido, son de creación jurisprudencial, a título de ejemplo, conceptos tales como “público nuevo”, de gran relevancia éste en la interpretación del derecho de puesta a disposición.
- XV. La normativa reguladora de la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (ISPs) presenta una obsolescencia al no incluir a los nuevos tipos de proveedor existentes en la actualidad en el entorno digital.
- XVI. La complejidad actual del mercado de este tipo de servicios en línea, y su rápida evolución y desarrollo, lo que ha dado lugar a novedosas tipologías de prestador, permite observar la modulación del régimen de responsabilidad civil, atendiendo, ya no sólo a la clase de proveedor, sino también, dentro de ésta, en función del modelo de actividad y funcionamiento que adopte dentro de la categoría general, graduando su nivel de participación en la puesta a disposición, siendo, en definitiva, más o menos activo. Teniendo presente esta realidad, evidenciada en la praxis judicial, consideramos pertinente la reforma de la legislación europea, en concreto de la Directiva 2000/31, que reestructure el régimen actual de imputación y recoja las

nuevas categorías de ISP, modulando su responsabilidad de forma más precisa.

- XVII. La norma italiana de transposición que regula la responsabilidad – o más bien, la exoneración de la misma – para los ISP resulta compleja y en la que se pueden fundar distintas aplicaciones, dando pie a amplio debate en la doctrina y dejando en manos de la jurisprudencia la postura del ordenamiento jurídico italiano al respecto.
- XVIII. De la jurisprudencia italiana se deduce la falta de un criterio homogéneo en los pronunciamientos judiciales en lo tocante a imputación de responsabilidad civil a los prestadores de servicios en línea. Son estos mismos Tribunales italianos los que han originado una nueva categoría de ISP, inexistente hasta la fecha a nivel europeo y, en concreto, español, denominada “host activo”, cuya responsabilidad se ve agravada así como sus deberes de diligencia, y que configuran un híbrido entre proveedor de servicios de “hosting” y de contenidos.
- XIX. La propuesta de Directiva de 2016 de “mercado único digital” contempla en sus Considerandos (37, 38 y 39 en concreto), y reafirma en el art. 13, la existencia de una nueva tipología de proveedor de servicios de alojamiento en línea de contenidos subidos por usuarios que facilita el acceso general a ellos, lo que determina según la norma una comunicación al público. Reconoce con ello una nueva categoría de ISP: el proveedor activo, figura de creación jurisprudencial en Italia, pero inexistente hasta la fecha en la práctica judicial y normativa europea y española. Esta nueva tipología de prestador, no caracterizado en su actuación por la neutralidad exigida por la legislación vigente en aras de la exoneración de responsabilidad, pasa a ser responsable civil por lo albergado en sus servidores y ofrecido al público en su plataforma.
- XX. La configuración de los regímenes de exoneración de responsabilidad articulados en la normativa europea y, por ende, española e italiana, para los prestadores online, sujetos éstos a unos deberes de vigilancia y pronta actuación en caso de vulneraciones, implican el riesgo de otorgarles un papel de enjuiciador de la ilicitud y censor de los contenidos en línea. Asimismo, conllevan el peligro de configurar un oligopolio de los servicios de la sociedad de la información ante el temor que causa la indefinición de los criterios de imputación y la indeterminación de los deberes de control de los que adolece la normativa, lo que puede suponer un freno para el acceso de nuevos pequeños competidores.
- XXI. Se concluye la existencia de una responsabilidad civil imputable al intermediario en línea en los casos en que no cumpla con los deberes de vigilancia, y respuesta para la

cesación de las vulneraciones cometidas por los usuarios cuando haya tenido conocimiento de las mismas. Dicho régimen se configura como una responsabilidad de tipo plurisubjetivo solidaria compartida entre el intermediario y el usuario final.

- XXII. De la investigación realizada, se puede concluir que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad civil directa, siendo necesario precisar si se trata por hecho propio o ajeno. De acuerdo con el análisis de la problemática existente, se evidencia que, en la mayor parte de los casos, nos encontramos ante una responsabilidad civil subjetiva derivada de contenidos albergados por terceros ajenos al ISP, imputable al proveedor por mediar negligencia en la prestación de su servicio. No obstante lo anterior, la concurrencia de elementos que permitan concluir una responsabilidad del proveedor no obstan para la apreciación, asimismo, de la responsabilidad civil del autor o responsable de la vulneración en sí misma, pudiendo responder solidariamente todos ellos en los daños en los supuestos en que concurren ambas responsabilidades.
- XXIII. Por otro lado, también podemos enfrentarnos una responsabilidad por hecho propio, lo cual se produciría, por supuesto, en los casos en que se concluya la labor activa del proveedor o se le entienda como un proveedor de contenidos propiamente dicho, así como en aquellos otros en que el proveedor de acceso origine por sí mismo la transmisión, o bien modifique o seleccione los datos transmitidos (art. 14.1 LSSICE), entre otros⁸⁵¹. En estos supuestos de responsabilidad directa será de aplicación, en el marco del régimen general de responsabilidad del Código civil, los arts. 1902 y ss. C.c., y el art. 140 TRLPI.
- XXIV. El estudio realizado sobre la institución de los daños punitivos nos conduce a concluir su inidoneidad o inadecuación en los sistemas de responsabilidad civil tanto español como italiano, basados en la finalidad de resarcimiento limitado al daño efectivo sufrido. Pese a que en el Derecho comunitario existen algunas normas, principalmente de naturaleza laboral o pertenecientes al Derecho de Marcas y Derecho de la competencia, que parecen integrar la finalidad punitiva, no se puede concluir la extrapolación generalizada de esta institución a otras ramas jurídicas, que además ha sido declarada contraria al Derecho europeo en algunos textos normativos

⁸⁵¹ A la misma conclusión se llegaría en los casos en que “el prestador de servicios de copia temporal modifique la información guardada en la memoria *cache* [art. 15. a) LSSICE] o cuando el proveedor de servicios de acceso o de alojamiento no cese en la transmisión o impida el acceso a determinados contenidos una vez que ha sido requerido al efecto por la autoridad judicial o administrativa competente (*ex art. 11.1 LSSICE*).” (BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores...”, op. cit.; pág. 60)

comunitarios. Sin embargo, una reciente sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017, (C-367-15) ha afirmado que el marco normativo de la Unión no se opone a la inclusión de este resarcimiento de tipo sancionador en las normas nacionales de naturaleza civil de los Estados miembros, siempre que no incurra en una evidente desproporción con el perjuicio sufrido. Ello, en nuestra opinión, iría en detrimento de la homogeneidad en la regulación de la responsabilidad civil en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, creando regímenes indemnizatorios diversos en una Europa basada en la libre circulación y la búsqueda de un mercado único común, y aún más interconectada gracias a internet (y el mercado digital único), lo que engendra, a la vez, un riesgo de desigualdad, discriminación y diferencia de trato, así como incertidumbre e inseguridad jurídica. Sería, en definitiva, un contrasentido.

XXV. En nuestra opinión, es del todo deseable la definitiva implantación del mecanismo del “notice&take down” como herramienta principal en la lucha contra la difusión no consentida de contenidos de autor en la web, por su rapidez y eficacia. Sin embargo, es preciso poner de relieve el elevado riesgo que implica de eliminación de contenidos no infractores, incurriendo en posibles vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y limitación de las libertades constitucionales de expresión y de acceso a la cultura, al no ser un juez el que dirima tales conflictos. Defiendo, por ello, la necesaria intervención de un ente jurisdiccional en los procedimientos de valoración de violaciones de los derechos de autor en línea, debiendo ser éste quien enjuicie las supuestas vulneraciones y decrete la ilicitud o no de la conducta y las sanciones. Es por todo ello que coincido con el Profesor BOCCHINI en que *“Tutto ciò rende evidente che diritto, economia ed ética, nell mercato delle telecomunicazioni, debbono poter trovare un punto di equilibrio, oltre il quale e al di là del quale le stesse libertà costituzionali possono essere compromesse proprio delle azioni che mirano a realizzare compiutamente”*⁸⁵².

XXVI. Con todo ello, se llega a la conclusión de la necesidad de una reforma general de la normativa de Propiedad Intelectual a nivel europeo, por la que se actualicen las categorías de base existentes y en la que se configure un nuevo marco normativo de referencia, uniforme en todo el territorio de la Unión, para la imputación de la responsabilidad civil a los ISP, incluyendo ya los nuevos tipos existentes y teniendo

⁸⁵² BOCCHINI, R., “La responsabilità degli Internet provider nella convergenza tecnologica”, 2011, op. cit.; pág. 94.

presentes las particularidades que caracterizan el mercado en línea actual de los contenidos digitales protegidos. En este sentido, se debe apostar por la creación de un régimen específico de responsabilidad, dotado con mecanismos ad hoc, centrado en las idiosincrasias de la problemática de los derechos de autor y de las creaciones intelectuales en línea, necesitados de una regulación propia que se adapte a las circunstancias de la tipología que presentan.

- XXVII. Se manifiesta la tendencia en España e Italia del enjuiciamiento predominante de las conductas ilícitas vulneradoras de los derechos de autor en línea por la vía penal, y la clara apuesta por la persecución previa de las mismas a través de procedimientos administrativos tramitados por órganos no judiciales, dotados de amplios poderes de intervención. Es discutida, en la actualidad, la sujeción a Derecho y la constitucionalidad de tales potestades, en concreto en el caso de Italia. Al respecto, sostengo la indispensable intervención judicial para la valoración de la ilicitud de las conductas, identificación de los sujetos infractores e imputación de la responsabilidad y sus consecuencias legales.
- XXVIII. En tal sentido, del estudio se puede desprender la existencia de una responsabilidad civil del gestor de los portales de enlaces y redes p2p, así como de los proveedores de servicios en la nube, esta última de aplicación desigual por los Tribunales. No obstante lo anterior, se pone de relieve que la vía jurisdiccional civil comienza a ser residual en materia de utilización no autorizada de contenidos por internet, con la clara apuesta de ambos Estados miembros por el encauzamiento de esta problemática, con respecto a las páginas web de enlaces y streaming ilegales, en procedimientos administrativos previos a la vía jurisdiccional, siendo la tendencia evidente al bloqueo de los portales y reservándose los casos mas notorios y de carácter masivo para el ámbito penal. El recurso a la vía criminal a medio y largo plazo se ve reafirmada por la voluntad manifestada por el Ejecutivo español de creación de una fiscalía especializada en esta materia.
- XXIX. No obstante lo anterior, la más reciente doctrina jurisprudencial del TJUE ha concluido la imputación de responsabilidad civil a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que estructuran y ofrecen listados organizados de enlaces a contenidos protegidos no autorizados, entendiendo que incurren en la violación del derecho de comunicación pública del titular, llevando a cabo una puesta a disposición, siempre que se den unos determinados requisitos. Esta postura ha tenido ya su reflejo en la práctica judicial española, donde comienza a existir

homogeneidad en los pronunciamientos, sucediéndose las condenas civiles a este tipo de páginas.

- XXX. Vinculado a lo anterior, se observa el alejamiento del enjuiciamiento de las vulneraciones de los derechos de autor de su entorno *iusprivatista* natural, opción, desde mi punto de vista, del todo criticable, por suponer una agravación innecesaria de comportamientos que, si bien reprobables y necesitados de castigo, no corresponden a la finalidad perseguida por el derecho criminal, ni por el tipo de derecho violado ni por la gravedad y peligrosidad de las conductas.
- XXXI. Se concluye del estudio realizado que la persecución a las páginas de enlaces y de streaming ilegales en Italia y España por la vía civil comienza a ser testimonial, concentrándose las actuaciones frente a las mismas en el procedimiento gestionado por la AGCom italiana y la Comisión de Propiedad Intelectual española, respectivamente. La tendencia es, por tanto, el recurso a la eliminación de los contenidos señalados y el bloqueo del acceso a tales servicios.
- XXXII. Se ha puesto de evidencia, tras la reciente jurisprudencia tanto europea como española, una nueva vía de persecución de las conductas vulneradoras que nos ocupan. Así, ante la dificultad de identificar y procesar a los infractores, se opta por dirigir la acción directamente contra los operadores que ofrecen la conexión a internet. La interpretación sentada por el TJUE del marco normativo vigente avala la habilitación de este tipo de intermediarios para ser legitimados pasivos en estos procedimientos, a pesar de no ser responsables de la conducta ilícita. Tal legitimación no implica en ningún caso la imputación de la responsabilidad civil, pero permite la condena a éstos a adoptar las medidas pertinentes para el bloqueo y finalización de la actividad, sin necesidad de que sea co-demandado el responsable ni de sentencia previa condenatoria a éste.
- XXXIII. Con respecto a la imputación de responsabilidad del usuario se ha de diferenciar necesariamente entre aquel cuya actividad se limita a la descarga del contenido y aquel que también comparte en Red. Con respecto al primero, en el caso de España no existe previsión legal alguna, ni en vía civil ni administrativa, mientras que en Italia se le impone una sanción de tipo administrativo en forma de multa. Por otro lado, para el usuario que comparte los contenidos en línea, se debe concluir la existencia de una responsabilidad civil en España no imputable al sujeto en cuestión ante la imposibilidad de identificación del mismo por la prohibición impuesta por la Ley de Protección de datos y la Ley de enjuiciamiento civil

españolas; en el caso del ordenamiento jurídico italiano, se prevé la comisión de un tipo penal cuando concurren el ánimo de lucro y exista un fin de uso personal, además de una responsabilidad civil por el ilícito de acuerdo con el régimen general del Codice civile. Se debe puntualizar que la aplicación del tipo penal a la conducta de compartición de archivos en el marco de las redes p2p, así como, en el caso de que no exista un fin de lucro, en la de *subida* de archivos a un portal web, ha sido rechazada por la doctrina y la jurisprudencia.

- XXXIV. En cualquier caso, sostenemos que la posible identificación de un usuario de la red, tanto para la imposición de una sanción administrativa como para la reclamación de la responsabilidad civil, debe ser llevada a cabo por un ente jurisdiccional en defensa de las garantías jurídicas aplicables al caso.
- XXXV. En nuestra opinión, dado el grado actual de desarrollo de las nuevas tecnologías y la evolución de la red internet y sus posibilidades, se debe apostar por una posición común en la Unión Europea que garantice el respeto al derecho fundamental a la privacidad y protección de datos de sus ciudadanos que impida el acceso a su información personal e identificativa en sus comunicaciones a requerimiento de particulares y en el marco de la defensa de derechos patrimoniales, por medio de entes administrativos sin la intervención de la autoridad judicial que garantice la legitimidad de la medida. En este sentido consideramos que la postura del legislador español es la más adecuada, habiendo optado por la prohibición de identificación no autorizada en el marco de procedimientos administrativos y civiles, recogida ex profeso en la ley de enjuiciamiento civil y la propia ley de protección de datos de carácter personal.
- XXXVI. Se precisa una adecuada sintonía entre el mercado dentro del contexto de lo que se viene denominando “economía digital”, a nivel europeo, y su marco regulador.
- XXXVII. Como parte de la solución a la problemática de utilización ilícita de creaciones de autor online, se hace necesario en el contexto europeo actual el fomento de la oferta legal de contenidos intelectuales en línea, la cual requiere una regulación específica y una apuesta decidida por la implantación obligatoria de las licencias multiterritoriales en este ámbito. También, se ha de incentivar la reestructuración de las medidas técnicas de protección, como herramienta de gran utilidad en la tutela de las obras digitales, con pleno respeto a las excepciones y límites de los derechos de autor, y más en concreto la de copia privada.

- XXXVIII. Aún apoyando el fomento de las medidas técnicas de protección, coincido con SPADA cuando afirma que *“Il digital locking si atpeggia, in definitiva, non già come el trionfo del diritto d’autore ma, se mai, come il trionfo della forza d’autore (o, piuttosto, d’editore telematico); questa forza è, tuttavia, sovradimensionata rispetto alla ragion politica del diritto d’autore, perché, non è necessariamente funzionale a propiziare l’innovazione e può prestare ad innanzi barriere proprio a quella globalizzazione delle idee, delle forme espressive, dell’informazione che costituisce il più intusiasmante ricavo antropologico della telecomunicazione globalizzata. Francamente, che il diritto dia una mano alla genesi di questo paradosso e lo faccia in nome della creatività mi sembra una inaccettabile ipocrisia!”*⁸⁵³.
- XXXIX. La propuesta de Directiva 2016/0280, sobre derechos de autor en el mercado único digital, establece la obligación para las plataformas de articular mecanismos técnicos de detección ex ante de contenidos vulneradores, a lo que se suma la posibilidad, recogida en la Comunicación de la Comisión de 28 de septiembre de 2017, de que los ISP consulten con organismos o autoridades para obtener asesoramiento acerca de la ilicitud de tales contenidos. El hecho de que sea un organismo integrado por especialistas formados en la materia el que asesore a las plataformas en la valoración de qué contenido es ilícito y cuál no, prevendría la vulneración de derechos y libertades de los usuarios en la Red, aportando seguridad jurídica al procedimiento y garantías. Por ello, proponemos la creación en España de tal ente de carácter gubernamental, que podría estar integrado en la Comisión de Propiedad Intelectual, en concreto en la Sección Segunda, con un cuerpo propio de juristas y expertos en la materia.
- XL. Debemos criticar la técnica legislativa elegida por la Comisión Europea para la regulación de las medidas de notificación y retirada de contenidos y los mecanismos tecnológicos de detección de contenidos ilícitos a establecer por los ISPs, articulándola en forma de Comunicación (septiembre 2017) y Recomendación (marzo 2018), por tratarse de documentos soft law, es es, sin eficacia jurídica vinculante para los Estados miembros ni generar obligaciones para los proveedores. Esta opción, en nuestra opinión, no contribuye de manera efectiva a la solución de la problemática de las conductas vulneradoras de Propiedad Intelectual en línea. Paralelamente, mostramos nuestro desacuerdo por el recurso a “paquetes normativos” formados por

⁸⁵³ SPADA, P., “Copia privata ed opere sotto chiave”, *Rivista di Diritto industriale*, I, 2002; pág. 603.

Directivas fraccionarias con el fin de regular los derechos de autor y la lucha contra su vulneración en Internet, rechazando el legislador europeo, una vez más, la creación de un Reglamento que abarque toda regulación al respecto toda de eficacia jurídica directa.

- XLII. En cualquier caso, se pone de relieve la apuesta de la Comisión Europea por el fomento en el seno de la Unión de una labor proactiva de las plataformas de alojamiento, dejando, no obstante claro que ello no impide el mantenimiento de la exención de responsabilidad articulada para ellas en la legislación actual. Esta cuestión es, a nuestro juicio, indispensable, por cuanto, como sostiene VOZZA *“Il presupposto di fondo è che l’ISP, prestando servizi utili per la collettività (non certo attività pericolose!), non può essere sottoposto ad una responsabilità oggettiva che di fatto paralizzerebbe, o sicuramente rallenterebbe, lo sviluppo della new economy e della net generation”*⁸⁵⁴.
- XLIII. Con respecto a la copia privada, defendemos su implantación definitiva en la normativa a nivel europeo de manera obligatoria y uniforme, siguiendo la tendencia transnacional y globalizada del consumo de contenidos.
- XLIV. De manera paralela a los mecanismos ya articulados en la lucha contra la llamada piratería de las creaciones de autor en la Red, proponemos la extensión de las funciones de mediación y arbitraje de los entes administrativos empoderados en Italia y España (Comisión de Propiedad Intelectual y AGCom), aplicándose a esta problemática, al tratarse de métodos de resolución de conflictos avalados por su éxito en otros ámbitos del Derecho como son el de consumo, el laboral y el de familia.
- XLV. Tal opción se encuentra presente también en la Recomendación de la Comisión de marzo de 2018. Así, valoramos positivamente su integración como instrumento preferente, lo que contribuiría, en nuestra opinión, a reducir el número de procedimientos judiciales, dotaría de celeridad a la remoción de contenidos y permitiría resolver los conflictos en esta materia con prontitud y economicidad de recursos.
- XLVI. El recientemente aprobado Reglamento UE 2018/302, que tiene por finalidad eliminar el geobloqueo en el mercado en línea europeo, establece de forma expresa la exclusión de su ámbito objetivo de los contenidos sujetos a derechos de autor, pese a recoger la previsión de revisar tal aspecto en 2020. Lo anterior, entendemos, entra en frontal contradicción con el objetivo de un mercado único digital, en el que las plataformas de

⁸⁵⁴ VOZZA, N., op.cit.; pág. 98. Sobre el punto, en un sentido similar, vid. DE LUCA, N. y TUCCI, E., “Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell’Internet Service Provider. Una materia che esige chiarezza (Nota a T. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e T. Mantova, 24 novembre 2009)”, *Giurisprudenza commerciale*, 2011.

reproducción en streaming de contenidos de autor ocupan un lugar importante y se encuentran en constante auge, colaborando en gran medida al freno del consumo ilícito de contenidos protegidos. Con ello, proponemos la interpretación o revisión de esta norma en un sentido incluyente de estos bienes, como medida de fomento de la competencia y del consumo por parte de los usuarios, lo que frenaría la piratería en línea.

XLVI. A pesar de ser un punto sobre el que aún no se ha pronunciado la doctrina especializada, en nuestra opinión, del análisis del citado Reglamento 2018/302, es preciso resaltar la extrema indeterminación y contradicción que se detecta entre el contenido del Considerando 8 y el articulado de la norma, dado que el sentido del primero contiene una limitación de la exclusión a los servicios de los contenidos audiovisuales mientras que los preceptos al respecto parecen extender la exclusión a la totalidad de los servicios en línea relativos a contenidos protegidos por los derechos de autor. Sin duda, esta contradicción en un texto del valor jerárquico de un Reglamento comunitario va generar una problemática que en su momento tendrá seguramente que aclarar el TJUE.

XLVII. En lo que respecta a la problemática del “value gap”, estudiada en esta tesis, que, como se ha visto, tiene su origen en el modelo de negocio presente en plataformas que ofrecen contenidos “a la carta” subidos por los usuarios –como es el caso de Youtube- al no estar éstas sujetas al pago de las licencias por el uso de los contenidos de autor, no existe aún una clara regulación a nivel europeo que la resuelva. Así, en nuestra opinión, se ha desaprovechado la ocasión para haber clarificado mediante un precepto ad hoc en la Propuesta de Directa 2016 ya citada la vinculación de tal categoría de prestador de servicios en línea activo –aunque corresponda a la jurisprudencia europea sentar la definición de dicho concepto– a la negociación con los creadores o sus representantes de los acuerdos de licencia, como se recoge en el Considerando 38 o, como alternativa, alguna otra forma concreta de retribución que habría de ser en cualquier caso, entendemos, homogénea con respecto a las existentes en el caso de los portales de reproducción en streaming que, como se ha comentado, si que retribuyen a los titulares. De lo contrario, nos encontraremos ante una evidente competencia desleal, consentida por esta laguna normativa, que desincentivará a este novedoso y, como se ha evidenciado, necesario sector de la economía digital dentro de la industria cultural, que no podrá competir en las mismas condiciones en que operan esas otras plataformas.

XLVIII. Cualquier medida que se tome desde el punto de vista normativo carecerá de eficacia, a nuestro parecer, sin el desarrollo de iniciativas y acciones focalizadas en la educación

de la sociedad. Es ineludible el diseño de campañas, no sólo publicitarias, sino también de formación a consumidores y usuarios en la importancia del respeto a la creación intelectual como base indispensable del desarrollo cultural y el éxito económico de un país. La implantación de seminarios en los primeros cursos de la enseñanza obligatoria sobre la relevancia de los derechos de autor, qué está permitido en la Red y qué no, cuales son los riesgos que conllevan los usos ilícitos en línea de las obras y que alternativas legales existen actualmente, redundaría en un bien para la Propiedad Intelectual pero, también, y principalmente, para la sociedad en su conjunto. No obstante, se hace necesaria, igualmente, la concienciación y adaptación de la industria cultural a la nueva realidad digital, abandonando la rigidez que la ha caracterizado hasta ahora, amoldándose al cambio de comportamiento del consumidor ya acontecido, las nuevas pautas de consumo que muestra y el nacimiento de nuevos canales de explotación.

- XLIX. En esta misma línea, el grado de complejidad y ritmo de evolución de la informática reclaman una formación específica y la especialización de los operadores jurídicos (Fuerzas de Seguridad del Estado, Fiscalía, Jueces, abogados etc.) que posibilite la correcta aplicación del Derecho y la mayor celeridad en la resolución de los conflictos.
- L. Por último, a modo de propuesta base para el desarrollo efectivo de la tutela de los derechos de autor en la Unión Europea, se ha de apoyar la creación, como medida a corto-medio plazo, de un Reglamento unificado de Propiedad Intelectual, que acabe de una vez por todas con la dispersión que caracteriza al Derecho de autor en el ámbito comunitario. Sin embargo, sería deseable, a largo plazo, la redacción de un Código europeo de Propiedad Intelectual como norma única de referencia en todo el territorio del viejo continente.
- LI. Como conclusión final, y a modo de reivindicación de la relevancia de la temática objeto de esta tesis, nos sumamos a las palabras del Profesor BOCCHINI cuando afirma que *“El regime giuridico della responsabilità costituisce, quindi, elemento di struttura del mercato. La dottrina, specialmente americana, addirittura chiama in blocco i diritti civili connessi alla comunicazione: se vi è eccesso di responsabilità si potrebbe determinare il blocco del settore connesso allo stesso diritto di comunicazione e, più a monte, alla libera manifestazione del pensiero”*⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ BOCCHINI, R., “La responsabilità degli internet provider nella convergenza tecnologica”, 2011, op. cit.; pág. 96.

CONCLUSIONS

- I. As it has been emphasized in this work, the Intellectual Property is an institution with a great rooting in the history of the Law, that has traditionally presented multiple and diverse problems of juridical order from its origins through to the present day, which not always have been solved by the Law with the necessary speed and effectiveness. Though, the *elastic* legal concept of work foreseen in the Italian and Spanish legislation from the outset, has allowed its modulated application as new forms of expression and media have been emerging.
- II. We are talking about a Law that, in his patrimonial dimension, comes limited by other fundamental rights of social character as, for example, the right of access to culture. Sustained on the relevancy of such social rights, we find the existence of a few limitations and exceptions, configured as innocuous uses, which in no case can be considered as subjective rights in favour of third parties.
- III. Both the Italian and the Spanish copyright regulations are complete and far-reaching, showing a high degree of similarity in his content, thought not in its structure. In this regard, the Italian L.d.a. suffers from systematic deficiencies: dispersion, lack of organization and clarity in the expression, which hinder its interpretation and application.
- IV. One of the main problems detected lies in the fact that the European legislation leaves it up to the member states the regulation of private copy exception. That implies differences of treatment in the Italian and Spanish law, since in the first mentioned it remains extremely limited, almost non-existent, the possibility of a digital private copy, whereas the Spanish one provides for the digital and the analogical one, linked in both cases, nevertheless, to the imperative compensation for right-holders.
- V. The private copy, as it is enclosed in the Italian norm, is difficult to interpret. The rule that regulates it in the L.d.a. consists of several paragraphs which systematic suffers from serious deficiencies, since it is not clear its complementary or exclusionary character, what makes it difficult to comprehend, and could raise serious doubts about its object and real scope or area of application.
- VI. The private copy concept, after the 2014 reform, was extremely restricted, resulting also in contradiction because of the inclusion of the requirement di only access

through “commercial purchase”, what implies an exclusive relationship between business owners, which led the proper exemption to the absurd. A modification of the article 31.2 b) has been introduced by the Royal Decree Law 12/2017, in which has already be discarded the “commercial purchase” requirement, demanding now only for the reproduction to be carried out from a legal font and non violating the access conditions to the works, taking the option of erasing the concept’s clarification or concretization of “legal access” introduced in 2014. Taken that into account, though there is no doubt that the problem of the extreme limitation of access and the contradiction in terms and substantive scope existing in the former regulation is now solved, there is a return to an excessively open and indeterminate concept of private copy, which will require a new interpretation following the doctrinal and jurisprudential position.

- VII. The foregoing reveals that the legislative technique employed to regulate the copyright law topic, both at European level and the Spanish and Italian one, is in my opinion inadequate, given that the use of what in Spain is known as “Texto Refundido” (“Consolidated text”) implies the lack of coherence for not being an unity of principles and criteria as there is in the codification technique.
- VIII. There have taken place several reforms in cascade, either to adapt european regulations or to provide answers to the problems raised by the sectors concerned, not being those carried in a systematic and coherent manner. This is partly due to challenges that the new technologies and the digitalisation set out to the legislator.
- IX. The evolution of technology and Internet has caused a higher vulnerability of the intellectual creations and fragility to the copyrights, altering also some of its essential elements. In this regard, can be highlighted the original media concept’s demise in the digital context.
- X. A marked shift can be seen in the consumer and user habits online with respect to the intellectual creations, both in regard with the social behaviour and consumption patterns, what affects the exploitation and distribution of the works in the digital market.
- XI. The technological environment has meant the perfect context for the continued development of new problematic issues, among which can be highlighted the birth of novel ways of copyrights infringement, overstepping even the direct download or torrent and streaming reproduction. Furthermore, in this scenario the legal contents offer also shows several difficulties based, mainly, in the lack of a legal regulation ad

hoc, and the pendency in the compulsory application of the multi-territorial licences.

- XII. For the sake of the market unification, even more in the current context of the “Single Market” initiative development, it should be resorted to the Regulation (“Reglamento”) technique, as an instrument to address the topic, allowing also the limits and exceptions homogenisation at the European level.
- XIII. We share the view, underlined by the Commission in its of September 2017, that there is a need for the development of an harmonised and homogeneous Intellectual Property legislative body, when possible through an unique text under the form of Regulation, to put an end to the existent normative dispersion in the context of attribution of responsibility to the platforms, question already clarified and interpreted recently by the European Court of Justice but that has not been reflected neither in the European nor national legal systems, and that differs, even nowadays, depending on the country, the kind of content and type of platform.
- XIV. An excessive dependence on the jurisprudence of the European Court of Justice for the harmonisation of the legal treatment that the new problematic present is detected, whose judicial pronouncements, in addition, in many cases, lack coherence between them. In this regard, of jurisprudential creation, by way of example, are some concepts such as “new public”, which are fundamental in the right of making available interpretation.
- XV. The regulation that establishes the Internet Service Providers (ISPs) liability is obsolete by not including the new types of provider existing currently in the digital environment.
- XVI. The current complexity of this kind of online contents’ market, and its fast evolution and development, which has led to innovative provider typologies, enable to observe the civil liability regime’s modulation, on the basis of, not only the type of provider, but also, inside it, depending on the activity and functioning role adopted within the general category, graduating its level of participation in the “making available” conduct, being, in short, more or less active. With this reality in mind, evidenced by the jurisprudence, we believe it pertinent the reform of the European normative, specifically the Directive the Directive 2000/31, with the aim to restructure the current regime of liability imputation and taking into account the new existing ISP categories, regulating its responsibility in a more precise way.
- XVII. The Italian transposing rule that regulates the ISP liability – or rather, its exoneration – happen to be complicated and in which can be found different applications,

providing scope for broad debate among the doctrine and leaving it up to the jurisprudence to establish the Italian legal framework position.

- XVIII. From the Italian jurisprudence can be reduced the lack of a homogeneous criteria among the court decisions on the attribution of civil responsibility to the online providers. These same Italian Courts are the creators of a new ISP category, non-existent at European neither Spanish level, called “active host”, whose responsibility and duty of care are aggravated, and which set up an hybrid between a “hosting” service provider and a content provider.
- XIX. The 2016 proposal of a Directive concerning the “Digital single market” refers in its recitals (37, 38 and 39, respectively), and reaffirms in the art. 13, the existence of a new typology of hosting service provider based on contents uploaded by users which facilitates a general access to them, resulting, according to the rule, in a communication to the public. With that, it recognises a new category of ISP: the active provider, a figure created by the Italian jurisprudence, but inexistent, until now, in the European and Spanish judicial praxis and normative. This new type of provider, in whose performance is not present the neutrality required by the legislation in force to grant the liability exemption, bears now civil responsibility for what hosted in its servers and offered to the public in its platform.
- XX. The configuration of the liability exoneration schemes articulated in the European rule and, therefore, in the Spanish and Italian ones, intended to the online providers, which are subjected to monitoring and prompt action duties in case of violations, implies the risk of granting them a “judicial” role of the unlawfulness and censor of the online contents. Moreover, they implies also the risk of setting an oligopoly based in the society information services, as a result of the fear caused by the failure of the rule to define the criteria and the control duties, what may act as a disincentive to enter for small competitors.
- XXI. It can be concluded the existence of a civil liability imputable to the online intermediary when it does not fulfil its surveillance duties and the immediate action to cease the infringements committed by users, when it has knowledge of them. This regime is configured as “multisubjective” jointly liability shared by the intermediary and the end-user.
- XXII. In the view of the conducted study, we can conclude that we are face a civil regime of direct liability, being necessary to specify, if it results from one’s own acts or it is a vicarious responsibility. After all the analysed and the problems detected, it

becomes apparent that, in most of the cases, we are dealing with a subjective civil liability derived from contents uploaded by third-parties not related to the ISP, but attributable to it because of the existence of negligence in the intermediary's service delivery. Notwithstanding the above, the intersection of elements that enable the appreciation of responsibility in the provider it does not prevent also the civil liability of the proper offender, with the possibility of both being jointly and severally liable for the damages in which both responsibilities concur.

XXIII. On the other hand, we can be also facing a responsibility for one's own acts, which would, of course, exists in those cases in which the provider's active role is clearly appreciated or it acts as a proper content provider, as well as when the provider itself originates the transmission or either modifies or selects the transferred data (art. 14.1 LSSCE), among others⁸⁵⁶. In these situations of direct civil liability it must be enforced, in the context of the general regime of responsibility of the Spanish Civil Code, the articles 1902 and the following, and article 140 of the Spanish Copyright Act.

XXIV. The study we have carried out about the punitive damages institution enable us to conclude its inadequacy to both the Spanish and Italian civil responsibility framework, based on the aim of a compensation limited to the damage actually suffered. At the communitarian context, there are some rules, mainly of labour nature or belonging to Patent or Competition law, that seems to incorporate the punitive objective, although we cannot conclude the widespread adoption of the institution, which has also been recognised as being contrary to the European Union regulation in some communitarian legal texts. However, a recent ECJ pronouncement has clearly affirmed that the Union legal framework is not opposed to the establishment of a compensation of punitive nature within the national civil regulations, provided that it does not incur in a clear imbalance with the suffered harm. Questo, a nostro avviso andrebbe a scapito dell'omogeneità nella regolazione della responsabilità

⁸⁵⁶ We would be led to the same conclusion in the cases in which “*the provider of temporal copy services modifies the information saved in the cache memory [art. 15 a) LSSICE] or when the Access or hosting service provider continues to transmit or does not prevent the Access to determinate contents once it has been required by the judicial or administrative competent authority (ex art. 11.1 LSSICE)*”, author's translation. Original version: A la misma conclusión se llegaría en los casos en que “*el prestador de servicios de copia temporal modifique la información guardada en la memoria caché [art. 15. a) LSSICE] o cuando el proveedor de servicios de acceso o de alojamiento no cese en la transmisión o impida el acceso a determinados contenidos una vez que ha sido requerido al efecto por la autoridad judicial o administrativa competente (ex art. 11.1 LSSICE).*” (BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores...”, op. cit.; pág. 60)

civile negli diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri, creando regimi risarcitorie diversi n'una Europa basata su la libera circolazione y il perseguimento d'un mercato unico comune, e ancora più interconnetta grazie all'Internet (e il mercato unico digitale), ciò crea, parallelamente, un rischio de diseguaglianza, discriminazione e disparità di trattamento, nonché l'incertezza e insicurezza giuridica. Sarebbe, insomma, un'incongruenza.

XXV. In my opinion, it is desirable the definitive implementation of the “notice&take down” mechanism as a mail tool in the fight against the diffusion without consent of author works online, due to its speed and effectiveness. Nevertheless, it needs to be emphasized the high risk that implies the removal of non-infringing contents, which may origin potential violations of the right to effective judicial protection and limitation of constitutional freedoms of expression and access to culture, not being a judge who resolve those conflicts. I argue, therefore, the necessary intervention of a judiciary entity to prosecute the online copyrights infringements, being which should analyse the unlawfulness of the conduct and appropriate sanctions, depending on the case. For all the above reasons, I agree with Prof. BOCCHINI when he sets that *“Tutto ciò rende evidente che diritto, economia ed ética, nell mercato delle telecomunicazioni, debbono poter trovare un punto di equilibrio, oltre il quale e al di là del quale le stesse libertà costituzionali possono essere compromesse proprio delle azioni che mirano a realizzare compiutamente”*⁸⁵⁷.

XXVI. With all of this, we reach the conclusion that a general reform of the Intellectual Property legislation at European level is needed, to update the pre-existing base concepts and settle a new normative frame of reference, of uniform implementation at European Union territory, with respect to the IPSs accountability, already including the new existing types and being aware of the particularities that characterise the current digital protected contents market. In this regard, the legislator should opt for the creation of a specific regime of responsibility endowed with ad hoc mechanisms, focused on the distinctive features proper of the copyrights and online intellectual creations problems, being both in need of an own regulation that adapts to the individual circumstances the typology presents.

XXVII. There's a clear tendency in Italy and Spain to prosecute predominantly the copyright infringements under criminal law to pursue them in advance through administrative

⁸⁵⁷ BOCCHINI, R., “La responsabilità degli Internet provider nella convergenza tecnologica”, 2011, op. cit.; pág. 94.

proceedings dealt with by non-judiciary bodies, endowed with wide intervention powers. The lawfulness and constitutionality of those powers is currently controversial, especially in Italy. On that point, I submit the essential judiciary intervention to appreciate the acts illegality, the identification of the offenders and the attribution of responsibility and its legal consequences.

XXVIII. Thus, we can deduce from the study the existence of a civil responsibility in the linking web pages and p2p platforms' administrator, also in the cloud-services provider, this latter of unequal application by courts. Notwithstanding the above, it is highlighted that the civil proceedings, in this matter of online infringing uses of protected contents, tend to be residual; with the clear intention in both member States of channelling this problems, related to illegal linking and streaming web pages, to administrative proceedings, previous to the judiciary ones, showing a tendency to the blocking of sites, reserving the more severe and massive cases for the criminal field. This clear option for the criminal law it's reaffirmed, in the short and medium term, by the Executive's manifest will of creating a Public Prosecutor's Office specialised in this area.

XXIX. The latest case-law from the European Court of Justice has concluded the attribution of responsibility to the providers of the information society services that structure and offer organised lists of links to non-authorized protected content, arguing that they incur in the violation of the right to public communication recognised to the author or right holder, conducting thus a action of "making available", whenever being present certain requirements. This position has been supported by the Spanish judicial practice, where begin to exist some homogeneity on the decisions taken, being now very common the civil conviction of this kind of webpages.

XXX. Attached to the latter, it can be observed the estrangement of the copyright infringement proceedings from its "iusprivatista" natural context, which is an undesirable option, in my opinion, because implies an unnecessary aggravation of behaviours that, though being reprehensible and in need of punishment, do not conform to the aim pursued by criminal law, neither based on the category of the violated right nor on the gravity and dangerousness of the conducts.

XXXI. On the basis of the conducted study, it can be concluded that the civil prosecution of illegal linking and streaming web sites, in Italy and Spain, begins to be symbolic, being the main option now its management by the Italian AGCom and the Spanish "Intellectual Property Commission". The tendency, therefore, is the recourse to the

removal of infringing content and blocking access to those services.

XXXII. It has become clear, in the light of the most recent Spanish and European jurisprudence, that a new way of prosecuting the unlawful conducts at hand in this work has emerged. Hence, in the view of the difficulty to identify and prosecute infringer, the option chosen is to target the action directly to the Internet service provider. The interpretation of the existing regulatory framework laid down by the ECJ supports the settlement of this type of intermediaries as passive legitimated in these proceedings, even not being responsible for the illegal behaviour. This legitimacy does not imply, in any case, the attribution of civil responsibility, but enables to sentence them to adopt the appropriate actions to block and put an end to the activity, without the need to also sue the proper offender or the existence of a previous proceeding condemning him.

XXXIII. With regard to the user liability, we must necessarily distinguish among who only download the content and those who also share it on Internet. Concerning the first, in Spain does not exist any legal provision, neither through civil nor administrative channels, whereas Italy provides administrative sanctions in the form of fines. On the other hand, we must conclude the existence in Spain of civil liability for the user that shares the protected contents online without authorisation, which can't be imposed, however, to the individual in question because of the impossibility of identification banned in the Spanish Data Protection and Civil Procedure Acts. In the case of the Italian legal framework, nevertheless, it is foreseen the commission of a criminal offence when the profit motive and the personal use purpose requirements are met, in addition of a civil responsibility in application of the general scheme arising from de Civil Code. It must be highlighted that the imputation of the criminal type to the behaviour based on sharing contents through p2p platforms as well as on the uploading to a web site, when non existing a profit aim, has been rejected by both doctrine and jurisprudence.

XXXIV. In any case, I submit that the possible identification of an Internet user, in the aim of both imposing a sanction and claiming of responsibility, must be conducted by a jurisdictional entity in defence of the legal guarantees applicable to the case.

XXXV. From my point of view, at the current stage of the new technologies development and Internet evolution and its possibilities, the European Union should take an uniform position that guarantees respect for the fundamental right to privacy and protection of its citizens private data, preventing the access, at the request of a

private party in defence of patrimonial rights, to their personal identifying information through administrative entities without the judiciary authority to guarantee the legitimation of the measure. In that sense, I consider the position of the Spanish legislator to be the most accurate, having opted for the prohibition of non-authorized identification in the context of civil and administrative proceedings, established ex profeso in the Civil Procedure and Data Protection Acts.

XXXVI. An appropriate harmony is needed between the market, within the context of what has been called “digital economy”, at European level, and its regulatory framework.

XXXVII. As part of the solution to the problems based on the unlawful uses of protected author works online, it is more necessary than ever, in the actual European environment the promotion of legal offer of creative content on Internet, which requires a specific regulation and a clear commitment to the compulsory implementation of multi-territorial licences in that area. Furthermore, it should be encouraged the restructuring of the technical protection measures, as a very effective tool in the guardianship of digital creations, that is, in full respect for copyright’s exceptions and limits, and more specifically for the private copy one.

XXXVIII. Even while supporting the technical protection measures, I fully agree with SPADA when states that *““Il digital locking si atpeggia, in definitiva, non già come el trionfo del diritto d’autore ma, se mai, come il trionfo della forza d’autore (o, piuttosto, d’editore telematico); questa forza è, tuttavia, sovradimensionata rispetto alla ragion politica del diritto d’autore, perché, non è necessariamente funzionale a propiziare l’innovazione e può prestare ad innaciare barriere proprio a quella globalizzazione delle idee, delle forme espressive, dell’informazione che costituisce il più intusiasmante ricavo antropologico della telecomunicazione globalizzata. Francamente, che il diritto dia una mano alla genesi di questo paradosso e lo faccia in nome della creatività mi sembra una inaccettabile ipocrissia!”⁸⁵⁸.*

XXXIX. The 2016 Directive proposal, already mentioned, sets the obligation for the platforms of creating technical mechanisms dedicated to the ex ante detection of illegal contents, along to the possibility, observed in the Commission Communication, dated in September the 28th of 2017, for the ISPs to consult some organisms or authorities in order to obtain advice about the illegality of that contents. The fact of being an organism integrated by experts trained in this area which give the platforms

⁸⁵⁸ SPADA, P., “Copia privata ed opere sotto chiave”, *Rivista di Diritto industriale*, I, 2002; pág. 603.

counselling in the task of valuating the lawfulness of the content, would prevent the violation the internet users' rights and liberties, providing legal certainty and guaranties to the process. Because of that, we propose the creation of a public body, that could be part of the Intellectual Property Commission, specifically inside the Second Section, composed of jurists and experts in charge of this task.

- XL. We must criticize the legislative technique chosen by the Commission to articulate under the form of Communication (September 2017) and Recommendation (march 2018) the measures of notice and take-down and the technical mechanisms dedicated to the detection of illegal contents that the ISPs must establish, being those neither binding documents for the member States nor of necessary compliance for the providers; for what, we consider that they do not contribute in an effective way to solve the difficulties derived from the behaviours harmful to the Intellectual Property online. Alongside the former, we must express our disagreement to the resource to “regulatory packages” comprising fractional directives in the aim of regulating the author’s rights and the fight against their online violation, with the option of the legislator, one more time, for the creation of a Regulation covering the whole normative about the topic, endowed with direct implementation.
- XLI. In any event, it is evident the bid of the European Commission for the promotion within the Union of a hosting platforms’ proactive role, making clear, nevertheless, that this won’t prevent the continuation of the liability exception created for them in the current legislation. In our opinion, this is an essential point, given that, as holds VOZZA *“Il presupposto di fondo è che l’ISP, prestando servizi utili per la collettività (non certo attività pericolose!), non può essere sottoposto ad una responsabilità oggettiva che di fatto paralizzerebbe, o sicuramente rallenterebbe, lo sviluppo della new economy e della net generation”*⁸⁵⁹.
- XLII. With regard to private copy, I uphold its definitive implementation, in a compulsory and uniform way, in Community legislation, following the global and transnational tendency in the contents consumption.
- XLIII. In parallel with the already articulated mechanisms in the fight against the so-called piracy of protected works on the Net, I propose the extent of functions, on mediation and arbitration, of the Italian and Spanish administrative entities empowered at this

⁸⁵⁹ VOZZA, N., op.cit.; pág. 98. About this topic, in a similar sense, vid. DE LUCA, N. y TUCCI, E., “Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell’Internet Service Provider. Una materia che esige chiarezza (Nota a T. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e T. Mantova, 24 novembre 2009)”, *Giurisprudenza commerciale*, 2011.

respect (AGCom and Intellectual Property Commission), applied to this matter, since they are dispute settlement methods endorsed by its success in others fields of Law such as consumer, labour and family law.

- XLIV. We advocate the implementation of the alternative dispute resolution mechanisms in the context of the authors' rights online, as has already been addressed too in the Commission Recommendation of March 2018. Therefore, we positively value its integration as preferential tool, which would contribute, in our opinion, to decrease the number of judicial proceedings, give celerity to the illegal contents removal and would enable the promptly solution of conflicts in this area and with cost effectiveness.
- XLV. The recently approved Regulation EU 2018/302, which has as an aim the *geoblocking* elimination on the European online market, expressly exclude the contents protected by author's rights from its field of application, despite the prevision that contains concerning a review of this point for 2010. We consider that the former collides head-on with the pursuit of a digital single market in which streaming platforms of protected works figure prominently with a constant develop, collaborating on a significant basis in the disincentive of the illegal online consumption of protected works. With all of this, we call for a review of the legislation in the sense of including this type of goods, as a concurrency and legal user consumption building measure, which would help to curb online piracy.
- XLVI. Though it is a topic not covered yet by the doctrine, after the analysis of the mentioned new Regulation, we have to outline the extreme uncertainty and contradiction detected between the recital 8 and the enacting provisions contained in the text, since the sense of the first implies a limitation of the exemption set for the online audio-visual content provider while the articles seems to extent the exclusion to all the online services related to contents protected under Intellectual Property rights. Undoubtedly, this contradiction present in a text of the hierarchy level of a communitarian Regulation will generate a wide *problematique* that, in due time, will need to be addressed and clarified by the competent court.
- XLVII. As regards this "value gap" problem, analysed within the framework of this study, that, has already been observed, has its origin in the business model adopted by the platforms that offer on-demand services uploaded by the users – as in the case of Youtube – not being subject to the payment of the licences to use the protected works, there is a lack of a clear regulation at European to regulate this question.

Therefore, in our opinion, it has been squandered the opportunity to clarify through an ad hoc precept within the 2016 Directive Proposal, already mentioned above, the connection of this category of active online service provider –though it would correspond to the European jurisprudence to set this concept definition – to the negotiation with the authors or their representatives of the licence agreements, as foreseen in the recital 38 o, alternatively, some other specific way of retribution that should be, anyway, in our view, homogeneous regarding the existent in the case of streaming reproduction platforms which, as has already been issued, do pay the right holders. Otherwise, we will be facing a clear unfair competition, allowed by this legal gap, what will disincentive this innovative and, as evidenced, necessary sector of the digital economy within the cultural industry, that would not be able to compete with the same conditions as those applicable to the mentioned active providers.

- XLVIII. Any measure normatively taken will lack efficiency, from my point of view, without the development of initiatives and actions focused on society education. It is unavoidable the design of campaigns, based not only on media publicity, but also on formation of consumers and users in the relevance of respect to the intellectual creation as an indispensable foundation for culture development and the economical success of a country. The implementation of seminars in the first school years about the importance of copyrights, what is allowed online and what not, which are the risks associated with the illegal uses of protected works on the internet, and which legal options are available nowadays, would result in an asset not only for Intellectual Property law, but also, mainly, for the society as a whole. Nevertheless, it is necessary, in addition, the awareness and adaptation of the cultural industry to the new digital era, leaving aside the rigidity that has characterised it until now, and adjusting itself to the change already occurred in the consumer behaviour, the new consumer habits, and the emergence of new channels for exploitation of content.
- XLIX. Along these lines, the degree of complexity and evolution path of computing claims for a specific formation and specialisation of legal operators (State Security Forces, Public Prosecutors, Judges, lawyers, etc.) that makes possible the right application of Law and a greater speed in the conflicts resolution.
- L. Finally, by way of base proposal for the effective development of the copyrights protection at the European Union, it must be supported the creation, as a short-medium term measure, of an unified Regulation on Intellectual Property law that bring an end to the dispersion that characterise the copyrights at the European level.

However, it would be desirable, in a long term, the drafting of a European Intellectual Property Code as a single standard of reference in the whole territory of the old continent.

- LI. As final conclusion, and by way of vindication of the topic object of this thesis relevance, I would like to echo the words of Prf. BOCCHINI, who has said that “*El regime giuridico della responsabilità costituisce, quindi, elemento di struttura del mercato. La dottrina, specialmente americana, addirittura chiama in blocco i diritti civili connessi alla comunicazione: se vi è eccesso di responsabilità si potrebbe determinare il blocco del settore connesso allo stesso diritto di comunicazione e, più a monte, alla libera manifestazione del pensiero*”⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ BOCCHINI, R., “La responsabilità degli internet provider nella convergenza tecnologica”, 2011, op. cit.; pág. 96.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, F., 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

AA.VV., *AIDA. Analli italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, UBERTAZZI, L.C. (dir.), Giuffrè Editore, 2010.

AA.VV., *Anali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, XVIII-2009, UBERTAZZI, L.C. (Dir.), Giuffrè Editore, Milán, 2009.

AA.VV., UBERTAZZI, L.C. (Dir.), *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, XVII, Giuffrè Editore, Milán, 2008.

ABEILLÉ, C.; “Las formas musicales en la era digital: La crisis del álbum como principio organizador y la nueva función social de la canción”, *Revista Signa*, UNED, núm. 22, 2013.

ABELLÁ RUBIO, J.M., “¿Están protegidos los derechos de propiedad intelectual frente a los programas Peer To Peer?”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O'CALLAGHAN, X. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

ADIEGO RODRÍGUEZ, J., en *La Propiedad Intelectual en la era digital*, MATA Y MARTÍN, R. (Dir.) y JAVATO MARTÍN, A. (Coord.), La Ley, Madrid, 2011.

ADSUARA, B., en “¿Y ahora qué? 10 preguntas (con respuesta) sobre el canon por copia privada”, *El País, Sección Tecnología*, junio 2016.

ADSUARA, B., “La copia privada no existe”, *Bez*, Sección tecnología, 9 julio 2017.

ALAI, “Rapport e Avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet”, 16 septiembre de 2013, www.alai.org.

ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil III*, Editorial Bosch, 1987.

ALISTE SANTOS, T. J., “El origen histórico de los punitive damages como presupuesto de su rechazo procesal en los países de civil law”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 119, Sección Estudios, tercer trimestre 2014, Ed. Wolters Kluwer

ALVANINI, S., “Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente”, *Rivista Il Diritto Industriale*, 2009.

ALVANINI, S., “Misure tecnologiche di protezione e copia privata”, *Rivista Il Diritto Industriale*, fasc. 6, 2009.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”; *Práctica de derecho de daños*, nº 53, octubre 2007, La Ley.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.; “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, Nº 53, Sección Estudios, Octubre 2007, Editorial La Ley.

ÁLVAREZ ROMERO, C., “La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual”, *Boletín de la ANABAD*, Tomo 29, núm. 1, 1979.

AMMENDOLA, M., voz “Diritto d’autore”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sección Commerciale, Vól. IV, Utet, Turín, 1989.

ANGUIANO, J.M., “El derecho a consentir ser enlazado: sobre la sentencia del Tribunal Europeo Justicia, de 13 de febrero de 2014 (caso Svensson)”, *El Derecho*, Lefebvre, marzo 2014.

ANGUITA VILLANUEVA, L.A., “La cultura en la Carta de los derechos fundamentales”, en *Estudios sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), Editorial Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

ARE, M., *L’oggetto del diritto di autore*, Giuffrè Editore, Milán, 1963.

AREZZO, E., “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson?”, *IIC; international review of industrial property and copyright law*, 45(5), agosto 2014.

ARIAS MÁIZ, V. e YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad civil por daños a la Propiedad Intelectual”, en *Nuevos Clásicos, Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, enero de 2014.

ASCARELLI, en *Teoria della concorrenza e dei ben immateriali*, Giuffrè Editore, Milan, 1960.

ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milán, 1960.

ATTANASIO, F., “Il difficile bilanciamento tra la tutela del diritto d’autore ed il diritto alla riservatezza nelle reti *peer to peer*: orientamento italiano e comunitario”, *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, anno VIII, núm. 1/2009, Edizioni NetPol.

AULETTA MANGINI, *Del marchio del diritto d’autore sulle opere dell’ingegno letterarie e artistiche*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1977.

AUTERI, *Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e concorrenza*, AA.VV., Giappichelli Editore, Turín, 2001.

AVISATI, M., “Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato”, *Rivista Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2013.

AVVISATI, M., “Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (fasc. 1/2014)”, Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2014.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Crónica de Legislación Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europea*, núm. 21. Enero-Junio de 2014.

BALTAR TOJO, J., “Castelao y la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879: Un curioso incidente legal”, *Boletín de ANABAD*, año XXIX, núm. 1.

BARBARISI, M., “La tutela della Proprietà Intellettuale”, en TOSI, E., *I problema giuridici di Internet*, Giuffrè Editore, 2003.

BARRIO ANDRÉS, M., “Luces y sombras del procedimiento para el cierre de páginas web (a propósito del desarrollo reglamentario de la «Ley Sinde»)”, *Diario La Ley*, núm. 7789, Sección Tribuna, 2 de Febrero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-48, Editorial LA LEY.

BASSAN, F. y TOSI, E., *Diritto degli audiovisivi*, Giuffrè Editore, 2012.

BASSINI, M. y POLLICINO, O., “Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider”, *Diritto 24*, enero 2015.

BASSINI, M., “La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità “complessa”?”, *Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo, federalismi.it*, núm. 3, 2015.

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª Edición, Editorial Civitas, 2009.

BAYLOS CORROZA, H.; *Tratado de Derecho Industrial*, editorial Civitas, Madrid, 1993.

BELLAN, A., “Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet”, *Diritto industriale*, 2012.

BELLANI, V. y CHIMIENTI, L., *Il diritto di autore nella prassi contrattuale*, II Edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

BELLEZA, M., “AGCOM e diritto d'autore: un rapporto ancora difficile. Note a caldo sul nuovo regolamento #ddaonline”, *Media Laws*, julio, 2013.

BELLÓN MOLINA, F.A., “La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY

BELLOSO MARTÍN, N., “La protección de los derechos fundamentales en la era digital: su proyección en la propiedad intelectual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 18, 2009.

BELLOSO MARTIN, N., “Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites”, en *La Propiedad Intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, MATA y MARTÍN, R. (Dir.) y MARTÍN JAVATO, A.M. (Coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2001.

BENHAMOU, Y., “Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, 40(2)

BENKLER, Y., *La ricchezza della rete – La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Egea, Università Bocconi Editore, Milán, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y et. al., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., “Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio «peer to peer»”; *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 20/2007, 2 parte Secciones, Aranzadi, Pamplona, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Introducción a la Propiedad Intelectual”, en AA.VV., *Manual de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Tirant LoBlanch, Valencia, 2015.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La nueva ley de propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Los derechos de explotación”, en *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª edición, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; “Tema 2: La obra”, en AA.VV., *Manual de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Viacrucis, calvario y resurrección de la compensación equitativa por copia privada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.8/2017 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

BERENGUER FUSTER, L., “Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, N° 231, 2004.

BERLINGIERI, E., *Legge 2.0. Il web tra legislazione e giurisprudenza*, Editore Apogeo, 2008.

BERTANI, M., “La disciplina del contratto di edizione nell'ordinamento italiano”, *Il Diritto d'autore nell'Università*, Unipd.

BERTONI, A. y LILLÀ MONTAGNANI, M., “Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete”, *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 40, N°. 3, 2013.

BETANCOURT, F.; *Derecho romano clásico*, Ed. Universidad de Sevilla, 2007, 3ª edición.

BISCEGLIA, F., “Violazioni del diritto d'autore online: responsabilità e rimedi”, Tesi di Laurea in Informatica giuridica, LUISS Guido Carli, relatore Gianluigi Ciacci, 2015.

BIXIO, M. L., “Il Tribunale di Roma ridefinisce il ruolo degli Internet Service Provider”, *Diritto mercato tecnologia*, abril 2016.

BOCCHINI, R., “La responsabilità degli Internet provider nella convergenza tecnologica”, en AA.VV., PAPA, A. (Dir.), *Comunicazione e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti*, Aracne Editrice, Roma, 2011.

BOCCHINI, R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003.

BONDÍA ROMÁN, F.; “La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Ed. Civitas, 2003.

BOTANA AGRA, M. J., “El régimen de la directiva 93/83/CEE sobre los derechos de autor y afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), Vol. 1, 1996.

BUGIOLACCHI, L., “Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio - case by case. (Commento a Trib. Milano 25 maggio 2013)”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2013.

BUGIOLACCHI, L., “(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)”, *Rivista Responsabilità civile e previdenza*, 2010.

BUONO, E., *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore: l'unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, Filo Editore, 2015.

BUONO, E., *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore: L'unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, ed. Filodiritto, 2015.

BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), Vol. 2, 2014, Editorial Aranzadi.

BUYDENS, M., “La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle”, *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.

CABRERA BLÁZQUEZ F., CAPPELLO M., GRECE C., VALAIS, S., *Copyright enforcement online: policies and mechanisms*, IRIS Plus, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2015.

CANDIAN, A., *Il diritto d'autore nel sistema giuridico*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milán, 1953.

CARPI, D., “Hermes: Dod of thieves. Plagiarism in twentieth century literature”, *Law and Critique* 14: 213–223, 2003.

CARRASCO PERERA, A., “Comentarios al artículo 141”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

CARRASCO PERERA, A., “Comentarios al artículo 140 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007

CASAS PLANES, M. D., “La función de la responsabilidad civil”, *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 29, Sección Estudios, Julio 2005, pág. 5, Editorial LA LEY

CASAS VALLÉS, R., “La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España”, UOC, diciembre 2004.

CASO, R., “Il conflitto tra *copyright* e *privacy* nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato”, *Rivista Diritto dell'internet*, n. 471, 2007.

CASO, R.; “«Modchips» e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?”, en *Diritto dell'Internet*, n. 154, 2008.

CASSANO, G., “La tutela dei prodotti audiovisivi in internet: Il caso Mediaset-La Repubblica.it”, *Altalex*, Sez. Civile, 27 ottobre 2016.

CASSANO, G. y CONTALDO, A., *Internet e tutela della libertà di espressione*, Giuffrè Editore, 2009.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español y foral*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1994.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A.; *El plagio y otros estudios de derechos de autor*, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2009.

CASTELLANO CACHERO, J., FEIJOÓ GONZÁLEZ, C. y PÉREZ MARTÍNEZ, J.; “Propiedad Intelectual e Internet. El nuevo derecho de puesta a disposición”, *Revista Telos*, Fundación Telefónica, 2009.

CAVALCANTI, S., “Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale del TAR Lazio in materia di tutela del diritto d’autore su reti di comunicazione elettronica: il Regolamento AGCOM al vaglio della Consulta”, *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, Focus TMT, núm. 2/2015.

CAVALLI, J.; *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, Bogotá, Dirección Nacional de Derecho de Autor-Telecom, 2006.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “La responsabilidad civil en internet”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

CHIMIENTI, L., *Lineamenti del nuovo diritto d’autore*, 7ª Edición, Giuffrè Editore, 2006.

CHIMIENTI, L., *Lineamenti del nuovo diritto d’autore*, Giuffrè Editore, 1ª Edición, Milán, 1966.

CICERÓN, Marco Tulio; *De los deberes 1.42*, versión en castellano de ESTRADA MORÁN, B., Universidad Autónoma de Méjico, 1962.

CLEMENTE MEORO, M., “Comentario al art. 140 TRPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007

CONTINI, A., “Diritti d’autore, collecting societies e monopolio SIAE: le novità del D.Lgs. 35/2017”, *Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer*, Altalex, 7 abril 2017.

COPPOLA, G.; *Cultura e potere, il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milán, Giuffrè, 1994.

CORRIAS LUCENTE, G., “La tutela penale”, en AA.VV., *La tutela dell’opera de’arte contemporanea*, CORRIAS LUCENTE, G. (Dir.), Gangemi Editore, 2008.

CORTÉS GIRÓ, V., *Derecho de Propiedad Intelectual*, Editorial Marfil, Alcoy, 1957.

CRESPI REGHIZZI, Z., “Sulla contrarietà all’ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002

CUBELLS, E. J. y ÁLVAREZ, C., “La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética”, *Abogacía Española*, 10 mayo 2016.

CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Introduzione al diritto d’autore nell’ information society”, uniba.it.

CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Il diritto d’autore”, en CEVENINI, C, DI COCCO, C. y SARTOR, G., (Dirs.), *Lezioni di informatica giuridica*, Gedit, Bologna, 2005.

CUNEGATTI, B. y DI COCCO, C., “Il diritto d’autore e Internet”, en CEVENINI, C, DI COCCO, C. y SARTOR, G., (Dirs.), *Lezioni di informatica giuridica*, Gedit, Bologna, 2005.

D’AMASSA, G., “Gli artisti interpreti ed esecutori (artt. da 80 a 85-bis)”, en *La guida al diritto d’autore*, Dirittodautore.it, abril 2014.

D’AMASSA, G., “La legge sul diritto d’autore nell’era multimediale”, en CASSANO, G., SCORA, G. y VACIAGO, G. (Dir.), *Diritto dell’Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, Editorial CEDAM, Padua, 2012.

DAMIÁN MORENO, J., “Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la "Ley Sinde")”. *Diario LA LEY*, núm. 7455, Sección Tribuna, julio de 2010.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L., *Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales*, Colección Grandes Tratados Aranzadi, Editorial Aranzadi, 2016.

DAVARA RODRIGUEZ, M.A., “Conferencia impartida el 24 de abril de 1998, en el Instituto Jurídico da Comunicaçao de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra.

DAVARA RODRIGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, 10ª edición, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, Anuario de derecho civil, Vol. 12, Nº 4, 1959, págs. 1237-1276.

DE CATA, M., “La responsabilità civile dell’internet service provider”, Giuffrè Editore, 2010.

DE CÓRDOBA, A. B.; “Algunas Reflexiones A Propósito De La Directiva 2011/77/UE”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 31/2012.

DE COUTO GÁLVEZ, R. M.; ¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, Sección A Fondo, abril 2015, Editorial La Ley.

DE COUTO GÁLVEZ, R.M., “Perspectiva española frente a la utilización ilícita de las obras en red”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1982.

DE HOYOS SANCHO, M., “Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en internet”, en *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, MATA Y MARTÍN, R.M. y JAVATO MARTÍN, A.M. (Coords.), Editorial La Ley, 2011.

DE LA IGLESIA ANDRÉS, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea en el Caso Svensson: Sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 37, 2014.

DE LA IGLESIA, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson: sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, *Revista Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, núm. 37/2014.

DE LA VARA BARROSO, E., “El Registro de la Propiedad Intelectual”, en *Segundo Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América latina*, Madrid, 2003, Editado por Oficina Española de Patentes y Marcas.

DE LA VEGA MERINO, D., “El Derecho Europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea. Hacia un mercado digital sin barreras geográficas”, *Actualidad Civil*, No 1, Sección Derecho digital / A fondo, Enero 2017

DE LUCA, V.; “Diritto d’autore e schema di regolamento agcom: il punto”, *Rivista Comparazione e Diritto civile*, Septiembre, 2011.

DE LUCA, N. y TUCCI, E., “Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell’Internet Service Provider. Una materia che esige chiarezza (Nota a T. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e T. Mantova, 24 novembre 2009)”, *Giurisprudenza commerciale*, 2011.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Redes P2P”, *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Editorial Aranzadi, mayo, 2011.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, 5ª edición, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derechos de Propiedad Intelectual*, Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet., Editorial Aranzadi, 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Servicios de la sociedad de la información”, en Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), *Derecho Privado de Internet*, Editorial Aranzadi, 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley Unión Europea*, No 59, 31 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

DE ROMÁN PÉREZ, S., “Aspectos fundamentales de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9184/2014, enero 2015.

DE SALAS CLAVER, J., “Daños punitivos: la pregunta es para cuándo”, *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 55, Sección Estudios, Diciembre 2007, Editorial LA LEY

DE SANCTIS, en *Il contratto di edizione*, Giuffrè Editore, Milán, 1965.

DE SANCTIS, V. M., “Misure tecniche di protezione e libere utilizzazioni”, in *Il Diritto d'autore*, núm. 1, 2003.

DE SANCTIS, V.M. y FABIANI, M., “I contratti di diritto d'autore”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, Milán, 2000.

DE SANCTIS, V.M., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milán, 1971.

DE SANCTIS, V.M., *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Giuffrè Editore, 2012.

DE SANCTIS, V.M., *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere figurative, le opere audiovisive e le opere utilitarie*, Giuffrè Editore, Milán, 2004.

DE SANCTIS, V.M., *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2010.

DEL FEDERICO, C., “ISP liability e attività di hosting: l'inadeguatezza del quadro normativo odierno”, *Giustizia Civile*, núm. 5, 2015.

DEL NINNO, A., “Regolamento AGCOM sul diritto d'autore on line: esiste il “fair use” nel copyright all'italiana?”, *Tafter.it*, mayo 2014.

DELGADO PORRAS, A., “Las "Licencias Creative Commons", en *El Derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, Editorial Palestra/Asociación Peruana de Autores y Compositores, Lima, 2006.

DI CIOMMO, F., “Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line: a proposito della sentenza Google/Vivi Down”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 26, núm. 6, 2010.

DI CIOMMO, F., “Responsabilità civili in Internet: i soggetti, i comportamenti illeciti, le tutele”, *Altalex*, altalex.com, enero 2004.

DI GENOVA, M., “Diritto d'autore e cultura libera nella società dell'informazione”, *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, núm. 2/3, Anno II, aprile/settembre 2012.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Tomo 1, “Derechos reales en general”, 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Editorial Civitas, 1999

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., “La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente (una duda acerca de su existencia)”, *Diario La Ley*, Núm. 4125, 1996

DOCK, M. C.; “Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur* (RIDA), número *Histoire internationale du droit d’auteur, des origines á nos jours*, París, 1974.

DURÁN RIVACOBIA, R. y GARCÍA LLERENA, V., “Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet”, *Actualidad Civil*, Núm.10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Mayo 2011, pág. 1090, tomo 1, Editorial LA LEY.

ESPIN CANOVAS, D., *Incidencia de la Propiedad Intelectual en la sociedad de ganancias. Estudios homenaje al Profesor Lacruz*, vol. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1993; pág. 1273 y ss.

ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual”, abril 2016, hayderecho.com.

FABIANI, M., *Diritto d’autore e diritti degli artista interpreti o esecutori*, Giuffrè Editore, Milán, 2004.

FABIANI, M., “L’attuazione della direttiva CE su diritto di autore nella società dell’informazione. Un’analisi comparativa”, in *Il Diritto d’autore*, núm. 7, 2003.

FABIANI, M., “Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazioni nei paesi della Comunità”, en *Il Diritto di Autore*, 2005, n. 137.

FABIANI, M., *Il diritto d’autore nella giurisprudenza*, Edizioni Cedam, Padua, 1963.

FALCÓN Y TELLA, R.; “La compensación equitativa por copia privada (copyright levy) tras la Ley 23/2006, de 7 de julio: una exacción parafiscal de dudosa constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 137, 200897, 1998.

FARINA, M., “A proposito della copia personale del cd musicale”, *Persona e danno*, noviembre, 2008.

FERNANDEZ BALLESTEROS, C.A., “Marco jurídico internacional del derecho de autor y los derechos conexos: de Berna (1886) a los Tratados de la OMPI (1996).”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm.17/2006 2 parte Secciones, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

FERNANDEZ GONZALEZ, B., “El uso de las redes p2p: ¿Una práctica imposible de controlar?”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLGHAN, X. (Coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8313, 2014.

FERNANDEZ, P., "El monopolio del mercado internacional de impresos en castellano en el siglo XIX: Francia, España y “la ruta” de Hispanoamérica", *Bulletin hispanique*, ISSN 0007-4640, Vol. 100, N° 1, 1998.

FERNÁNDEZ, P.; “En torno a la edición fraudulenta de impresos españoles en Francia: la convención literaria hispano-francesa (1853)”, en *Estudios de literatura española de los siglos XIX y XX* (homenaje a Juan María Díez Taboada), Madrid, Instituto de Filología CSIC, 1998.

FERRARESE, M.R., “La responsabilità civile degli internet provider: un’analisi degli artt. 14 – 17 del d.lgs. N. 70/2003”, *Rivista Jei-Jus e Internet*, jei.it, abril, 2008.

FERREIRO LAPATZA, J.J.; *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2004.

FERRER BERNAL, M., “El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 2/2017, abril 2017, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

FICSOR, M., "El Acuerdo sobre los ADPIC: sus relaciones con el Convenio de Berna y la Convención de Roma", en 3º Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI-IIDA, Montevideo, noviembre, 1997.

FORNS, J., “Temas de Propiedad Intelectual. Fuerza obligatoria del Registro”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVIII, julio-agosto 1944.

FRANCESCHELLI, V., *Convergenza. La “convergenza” nelle telecomunicazioni e il diritto d’autore nella società dell’informazione*, Giuffrè Editore, 2009.

FRANCESCHELLI, V., “Musica in rete tra priateria ed uso personale (la libera circolazione delle idee en internet è cosa troppo seria per lasciarla al diritto penale”, *Rivista diritto industriale*, 2007, 2, spec. 89 y 91.

FRANCESCHELLI, V., “Sul controllo preventivo del contenuto dei video immesi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown”, *RDI*, 2010.

FRANCESCHELLI, V., *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2009.

GALLOUX, J. C., “La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle”, *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004

GAMBINO, G.M., “Creatività e contenuti in rete”, *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, núm. 2, Anno III, aprile/giugno 2013.

GANGAROSSA, L., *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, Nyberg Edizioni, Milán, 2005.

GARCÍA AÑÓN, J., “Diversidad cultural, religiosa y lingüística”, en *La Europa de los Derechos. Estudio sistematico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Editorial Comares, 2012.

GARCÍA LÓPEZ, D.J., “Aproximación crítica a la Propiedad Intelectual: la cultura como valor para la democracia”, *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, núm. 10, 2006-2007.

GARRIGA MOYANO, A., “A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015)”, 10 marzo 2016, texto disponible en <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015>

GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I., *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª edición, Editorial Comares, Granada, 2003.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Artículo 31”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en material de Propiedad Intelectual. Un estudio comparado*; Práctica Jurídica, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.

GATTEI, C., “Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider”, *Interlex*, Diritto tecnologia informazione, noviembre 1998.

GINSBURG, J. y MARZANO, P. “Le difficili giornate de diritti d'autore sulla rete Internet”, *Rivista Il diritto d'autore*, núm. 80, 2009.

GÓMEZ POMAR, F., “Daño Moral”, *Indret*, 1/2000.

GÓMEZ SEGADE, J.A., “30 años de propiedad intelectual y 25 volúmenes de ADI”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004) (2005)*, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2005.

GONZALEZ BALLESTEROS, T., “La Directiva europea 2001/29/CE sobre derechos de autor”, *Revista Telos*, Fundación Telefónica, nº 51, abril-junio 2002.

GONZALEZ NAVARRO, B. A., “Copia privada y canon digital: conclusiones del abogado general del TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2016 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GONZALEZ, A., “La Directiva 2001/29/CE, de 22 de junio de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Actualidad Jurídica Uría&Menéndez*, núm. 1/2002, febrero 2002.

GOTANDA, J. Y., “Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 45, 2007

GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”, *Diario La Ley*, nº 7209, 2 de julio, 2009, edit. La Ley.

GRANDINETTI, O., “La responsabilità dell’internet provider tra privacy e diritto d’autore”, en BOMBI, R. y ORIOLES, V. (Dir.), *Nuovi valori dell’italianità nel mondo. Tra identità e imprenditorialità*, Udine, Forum, 2011.

GRASSI, S., “I Danni punitivi: dagli Stati Unity all’Europa”, Tesis Doctoral, Università degli Studi di Sassari, Dirigida por MARIA UDA, G., curso 2010-2011

GRECO, P., *I diritti sui beni immateriali*, Utet, Turín, 1948.

GRECO, P., “Saggio sulle concezioni del diritto d’autore. Monismo e dualismo”, *Rivista di diritto civile*, I, 1964.

GRECO, P. y VERCELLONE, P., “I diritti sulle opere del ingegno”, en *Tratatto di diritto civile italiano*, Utet, Turín, 1974.

GRECO, P. y VERCELLONE, P., *Le invenzioni e i modelli industriali*, en *Tratatto di diritto civile italiano*, Editoriale Utet, Turín, 1968.

GUALTIERI, G., “La ratifica della Convenzione di Berna nell’atto di Parigi e l’adeguamento della legislazione italiana”, en *Diritto d’autore*, 1979.

GUBERN, R., *El simio informatizado*, Colección Impactos, Madrid, 1987.

GUGLIELMETTI, G., *Il marchio. Oggetto e contenuto*, Giuffrè Editore, 1955.

GUGLIELMETTI, G., *Le opere multimediali*, AIDA 1998.

GUIDOBALDI, L., “Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d’autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell’illecito e obbligo de sorveglianza”, nota a Tribunale di Roma 15 dicembre 2009, Sez. Spec. Proprietà Int. e Ind., en *Rivista Diritti della Informazione e informatica*, núm 4, 2010.

GUTIERREZ, B.M., *La tutela del diritto d’autore*, Secoda Edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2008.

HAUSER, A.; *Historia social de la literatura y el arte*, Barcelona, Editorial Labor, 1993, Tomo I.

HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., “El régimen jurídico de las descargas”, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN, X. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2011.

IASELLI, M., “The Pirate Bay viola il diritto d’autore” Nota alla sentenza della Corte di Giustizia UE sez. II 14/06/2017 n. C-610/15, *Altalex*, Nuove Tecnologie, julio 2017, Wolters Kluwer.

IASELLI, M., “Abusiva diffusione di video in rete: “Break” è responsabile in qualità di provider”, *Altalex*, mayo 2016; comentario a la Sentencia Tribunale, Roma, sez. IX, sentenza 27/04/2016 n° 8437.

IASELLI, M., “Ordinanza "About Elly": qual è la responsabilità del fornitore di servizi on line?”, nota a Sentenza Tribunale Roma, ordinanza 22/03/2011, *Altalex*, abril 2011.

ILARDI, A., *La protezione internazionale della proprietà intellettuale*, Argo Editore, Lecce, 2008.

IMPERADORI, R., “La responsabilità dell’Internet Service Provider per violazione del diritto d’autore: un’analisi comparata”, Trento Law and Technology research Group, *Unitn-eprints*, 2014.

IODICE, A., “Violazione del diritto d'autore in internet". Note critiche a corte di appello di milano 7.1.2015”, *Persona e danno*, febrero 2015.

IORIO, M., “Il compenso per copia privata: prestazione patrimoniale imposta”, *Rivista Marketplace*, Sezione Parere Legale, agosto 2014.

IORIO, V., “Profili di qualificazione giuridica degli archivi digitali multimediali”, en *L’arca futura. Archivi mediali digitali, audiovisivi, web*, FREZZA, G. (Dir.), Meltemi Editore, Roma, 2008.

JARACH, G. y POJAGHI, J.; *Manuale del diritto d’autore*, 2ª edizione, Milano, Ed. Mursia, 2014.

ITURMENDI MORALES, G., “¿Hacia la Responsabilidad Civil Punitiva?”, *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos / A Fondo, septiembre 2017, Editorial Wolters Kluwer

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La ciberseguridad en el marco internacional. El sistema del Convenio de Budapest de 2001 sobre la ciberdelincuencia adoptado en el Consejo de Europa”, en AA.VV., *La protección y seguridad de la persona en internet. Aspectos sociales y jurídicos*, JORDÀ CAPITÁN, E. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dirs.), Editorial Reus, Madrid, 2014.

JORI, M. G., *Diritto, nuove tecnologie e comunicazione digitale*, Giuffrè Editore, 2013.

LA ROSA, A., “Sentenza Megavideo, video-sharing non autorizzato è illecito”, en *Key4biz*, julio 2016.

KAYSER, P., “Les Droits de la personnalité. Aspects theoriques et praticques”, *RTDC*, julio-septiembre 1971, págs. 445 a 509.

KOZIOL, H., “Punitive Damages-A European Perspective” *Louisiana Law Review*, vol. 68, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos del Derecho Civil III*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

LAPROVITERA, F., “Pirateria online: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta”, *Altalex*, marzo 2016.

LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, *Diario La Ley*, núm. 6951, mayo 2008.

LAVAGNINI, S., “Misure tecnologiche di protezione. Informazione sul regime dei diritti”, en UBERTAZZI, L.C. (Dir.), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Editorial Cedam, Padua, 2007.

LAVAGNINI, S., “sub art. 71 sexies-71 octies I.a.”, en *Commentario breve al diritto della concorrenza*, UBERTAZZI, L.C. (Dir.), Cedam Editore, Padua, 2003.

LAVAGNINI, V. S. en MARCHETTI, P. y UBERTAZZI, L.C. (coord.), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Tercera edición, Padua, 2004.

LE TARNEC, A., *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1966.

LELIO ADAMO, G., *Il software tra normativa civilistica, diritto d'autore e brevettabilità. Profili evolutivi della tutela*, DP Editore, Lecce, 2014.

LLAMAS POMBO, E., “Nuevo debate sobre los punitive damages”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 101, Sección Editorial, enero 2012

LLAMAS POMBO, E., “Un ratón, un susto y, otra vez, los daños punitivos”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 95, Sección Editorial, julio-agosto 2011

LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño (y II)”, *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 81, Sección Estudios, Abril 2010

LLAMAS POMBO, E., “El derecho de daños, sistema y problema”, en *Reflexiones sobre derecho de daños casos y opiniones*, 1ª edición, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010.

LOZANO SERRANO, C.; “Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998.

LUCCHI, N.; *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer-Verlag Italia, 2010.

LUPIANI, A., “Diritti di utilizzazione economica nei contenuti audiovisivi e digitali”, *Altalex*, Sezione Nuove Tecnologie, 15 marzo 2017.

MACÍAS CASTILLO, A., “El daño moral causado al autor de la obra intelectual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 100, Sección Informe de Jurisprudencia, enero 2012

MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, edición no 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008, LALEY 3886/2010

MAGRO SERVET, V., “Casuística práctica de la carga de la prueba en el daño moral”, *Práctica de derecho de daños*, núm. 125, Sección Estudios, cuarto trimestre 2015, Editorial Wolters Kluwer.

MANFREDI, G., “Il controllo giudiziale degli atti amministrativi di enforcement”, en UBERTAZZI, L. C. (Dir.), *AIDA*, XXI-2012, Giuffrè Editore.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1934.

MARANI, S., “Internet non è una "zona franca". Condannati i dirigenti di Google”, *Altalex*, aprile 2010; comentario a la Sentencia Tribunale, Milano, sez. IV penale, sentenza 12/04/2010 n° 1972.

MARGONI, T., “Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet”, *Trento Law and Technology Research Group*, n. 9, enero 2012.

MÁRQUEZ, I.V.; “Hiper música: la música en la era digital”, en *Trans. Revista Transcultural de Música*, núm. 14, 2010, págs. 1-8, Sociedad de Etnomusicología Barcelona, España.

MARTÍN GARCÍA, J.; “De la apropiación penal a la propiedad literaria: sobre los orígenes del derecho de propiedad intelectual en España (siglos xviii-xix)”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, 2000.

MARTINEZ DE AGUIRRE, J., “Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior”, *Revista Boletín Mercantil*, núm. 16, Enero 2014.

MARTUSCIELLO, A., en Documento AGCom “Conclusioni della prima sessione”, agcom.it.

MASOUYÉ, C., *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Ginebra, 1978.

MASOUYÉ, C., *Guide de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes*, OMPI, Ginebra, 1981.

MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el ámbito digital”, *Revista de propiedad intelectual*, núm. 13, enero-abril 2003.

MASTROIANNI, R., *Diritto Internazionale e Diritto d'Autore*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

MATA Y MARTÍN, R.M. (Coord.) y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*; Editorial La Ley, Madrid, 2011.

MCKENZIE, D. F.; *Bibliografía y sociología de los textos* (traducción de Fernando Bouza), Madrid, Akal, 2005.

MEO, C., “Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in Italia e il futuro del monopolio della SIAE. Note a margine di un recente convegno”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 18/2016.

MERZI D'ERIL, C., “Il sequestro di siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. “a dispetto” della giurisprudenza”, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 2, 2014.

MILLARES CARLO, A., *Introducción a la Historia del libro y de las bibliotecas*, Fondo de Cultura Económica de España, 1993.

MIRÓ LLINARES, F., “El futuro de la Propiedad Intelectual desde su pasado. La historia de los Derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet”; *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, núm. 2, marzo 2007.

MONTAGNANI, M. L., “Dal “peer-to-peer” ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online”, *Rivista Il diritto d'autore*, 2007.

MONTAGNANI, M. L., “Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all'entrata”, en CASO, R. (Dir.), *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Università degli Studi di Trento, 2008.

MONTAGNANI, M. L., *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè Editore, 2012.

MONTAGNANI, M.L., “Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete”, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 3, 2014.

MONTAÑA, M., “Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la “regalía hipotética” y el daño moral son compatibles”, Client Briefing, marzo 2016, Clifford Chance

MONTELEONE, C., "Brevi note a margine del nuovo art.171 bis della Legge sul diritto d'autore.", *Cyberspazio e diritto : internet e le professioni giuridiche*, 1(4), 2000.

MONTESINOS GARCÍA, A., "El refuerzo de las competencias de la Comisión de la Propiedad Intelectual en la nueva Ley de Propiedad Intelectual", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 895/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MULA, D., "La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore", *Rivista di Diritto Industriale*, fascicolo 3, 2010.

MULA, D., "Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anómalo", *Quaderni Diritto mercato tecnologia*, núm. 2, año III, abril/junio 2013.

NAVARRO FERNANDEZ, J.A., "La copia privada y la metamorfosis del Derecho de autor", *Revista Actualidad Civil*, núm. 7, 1999.

NAVAU MARTÍNEZ-VAL, P.; "La controvertida naturaleza jurídica del canon digital: ¿un tributo inconstitucional?", *Impuestos*, núm. 7, Sección Doctrina, Quincena del 1 al 15 de abril 2010, año XXVI, Tomo I, Editorial La Ley.

NEVADO AGUIRRE, J.M; "Una cuestión a debate: La remuneración compensatoria del Derecho de autor", *La Ley*, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, t. 4, 1992.

NOGUEROLLES LLINARES, V., "La situación jurídica actual de la copia privada y la compensación en el derecho de propiedad intelectual", *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 9/2017 parte Estudios; Editorial Aranzadi.

NOMEN, E., "Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y la Unión Europea dentro del territorio de ésta", en *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O'CALLAGHAN (Dir.), Dykinson, Madrid, 2011.

NOTO LA DIEGA, G., "Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0", *Europa e Diritto privato*, fasc. 2, 2014.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El vídeo como objeto de la propiedad intelectual", *Revista de derecho privado*, Año nº 66, Mes 1, 1982, págs. 1011-1030.

OMPI, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, "Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el caribe", MONROY RODRÍGUEZ, J.C., Decimonovena Sesión, Ginebra, 14 a 18 diciembre de 2009.

OROZCO GONZALEZ, M., "El sistema español de compensación por copia privada a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2016, parte Estudio, Aranzadi, Cizur Menor 2016.

OROZCO GONZALEZ, M., “La reforma de la ley de Propiedad Intelectual. Algunos puntos críticos”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8444, diciembre de 2014.

OROZCO PARDO, G., “Libertad de creación, propiedad intelectual y censura en la jurisprudencia del tribunal constitucional.”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 2007 (Ejemplar dedicado a: Arte, Cultura y Derecho).

ORTEGA DOMÉNECH, J.; *El Derecho de Autor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2013.

ORTEGO RUIZ, M.; *Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

ORTIZ NAVACERRADA, S. y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Sentencia del T.S. de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (Escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil”, *Actualidad Civil*, n. 9, 1986, pp. 593-614.

OTERO LASTRES, J.M., “La inclusión del Derecho de Autor en el moderno Derecho Mercantil”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, ISSN 1139-3289, Tomo 8, 1982, págs. 43-56.

OTRANTO, P., *Internet nell'organizzazione amministrativa: Reti di libertà*, Cacucci Editore, Bari, 2015.

PABÓN CADAVID, J.A.; “Aproximación a la historia del Derecho de autor. Antecedentes normativos”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 13, 2009.

PALOMAR CUELI, S., “Los derechos de explotación en la Directiva 2001/29/CE”, *Revista Autor y Derecho*, diciembre 2002.

PARISI, A.G., “Il commercio elettronico”, en SICA, S. y ZENO ZENCOVICH, V. (Dir.), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Tercera Edición, Cedam, Padua, 2012.

PATTI, S., “Pena privata”, en *Digesto*, 4ª ed., vol. XIII, Civile.

PEGUERA POCH, M., “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario a la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web elrincondejesus)”, *Diario La Ley*, Nº 7462, Sección Doctrina, 7 septiembre 2010, Año XXXI, Ref. D-261, Editorial LA LEY.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., “Capítulo III. La Propiedad Intelectual”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), Tomo V, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1985.

PEREZ DE CASTRO, N., “¿El derecho de acceso a la cultura es un límite?”, en O'CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

PEREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949.

PETRI, M., *File Sharing. Trovare, scaricare e condividere i file in internet*, Editore Tecniche Nuove, Milano, 2006.

PICARD, E., *El derecho puro*, traducción, prólogo y notas de Alfredo Serrano Jover, Editorial Lib. Gutenberg, Madrid, 1911.

PINO, G., “Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete”, *Danno e Responsabilità*, núm. 8-9, 2004.

PIOLA CASELLI, B., voz “Internet e il diritto d’autore”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento F-Z, Editorial Utet, Turín, 2003.

PIOLA CASELLI, en *Tratatto del diritto d’autore e del contrato di edizione*, Utet, Turín, 1927.

PISTILLI, A., “L’evoluzione del diritto d’autore e la relativa tutela nell’ambito delle comunicazioni elettroniche. Le delibere Agcom 668/10/CONS e 398/11/CONS: dove eravamo rimasti?”, *Quaderni Diritto Mercato Tecnologia*, marzo 2013.

PLAZA PENADÉS, J., “La propuesta de directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN 1139-7179, N° 4, 2000.

PONZANELLI, I., “I Danni Punitivi”, *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2008, II

PONZANELLI, G., “Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile”, *Danno e responsabilità*, 2005

PONZANELLI, G., “Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider”, en STANZIONE, P. y SICA, S. (Dir.), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

PROSPERETTI, E., “La circolazione dei contenuti mediante link ad opere protette tra diritto d’autore, responsabilità del prestatore e concorrenza”, *Quaderni Diritto Mercato Tecnologia*, núm. 2, 2013.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, Vol. III, Editorial Bosch, 1989.

QUATTRONE, M. F., TOZZI, F. y D’AMICO, A., “Art. 71-sexies, l. 22.4.1941, n. 633”, en *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, C. GALLI, C. y GAMBINO, A. M. (Dir.), Utet Giuridica, 2011.

RAMA, C., *Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina. Siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

RAMIREZ SILVA, P., “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *Revista InDret*, núm. 2/2012.

RAMOS GIL DE LA HAZA, A., “Redes sociales y propiedad intelectual. Dos mundos obligados a entenderse”, *Revista Telos: Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 76, 2008.

REGLERO CAMPOS, F., en AA.VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edición, Editorial Aranzadi.

RENGIFO GARCÍA, E., *Propiedad Intelectual: El moderno Derecho de Autor*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.

RENGIFO GARCÍA, E.; “El Derecho de autor en el Derecho Romano”, *Revista de Derecho Privado*, núm.16, 2009.

RESTA, G. “Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato”, *Il diritto della informazione e dell'informatica*, anno XXX, fasc. 2, 2014, Milán, Giuffrè Editore.

RICCIO, G. M., “Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca”, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.4-5, 2014.

RICCIO, G. M., “Social networks e responsabilità civile”, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 26, núm. 6, 2010.

RICCIO, G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, London, 1986.

RICOLFI, *Il diritto industriale*, Ed. Cedam, Milán, 2001.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al artículo 17”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

RIZZO, C., *I diritti degli artisti e dei produttori musicali*, Primiceri Editore, Padua, 2016.

RIZZO, G., “Linkare contenuti protetti illegittimamente pubblicati: il sottile confine tra libertà d'informazione e violazione del diritto d'autore”, *mmlex.it*, mayo 2016.

ROBERTI, G.M., y ZENO ZENCOVICH, V., “Dalla Televisione ai “Servizi Media Audiovisivi”: La Direttiva 65/07 e il “Decreto Romani”, en *Manuale di Diritto Dell'Informazione e della Comunicazione*, Editore Cedam, Milán, 2015.

ROBLES DE LA TORRE, P., “La regulación del intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española”, en O’CALLAGHAN, X. (Coord.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

RODOTÀ, S., “Libertà, opportunità, democrazia, informazione”, en *Internet e privacy: quali regole?*, en Supp. Núm. 1, bollett. Núm. 5 Garante per la protezione dei dati personale informazione, Roma, 1998.

RODOTA, S., “Privacy, libertà, dignità”, *Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 6ª Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali Wroclaw (PL), 14, 15, 16 settembre 2004.

RODOTA, S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Feltrinelli Editore, 2006.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMENTE y GIMÉNEZ BAYO, *La propiedad intelectual. Compilación y comentarios de las disposiciones legales vigentes en España con su jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

RODRÍGUEZ PARDO, J., *El derecho de autor en la obra multimedia*, Editorial Dykinson, 2003.

ROGEL VIDE, C., “El devenir de la Propiedad Intelectual –Entre Inventos y Leyes–”, en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Vol. Cuarto*, ROGEL VIDE, C. (Dir.), Editorial Reus, Madrid, 2013.

ROGEL VIDE, C., “El video y la Propiedad Intelectual”, *Diario La Ley*, 1983, pág. 1104, tomo 1, Editorial La Ley.

ROGEL VIDE, C., *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, Madrid, 1999.

ROGEL VIDE, C.; “De los límites a las infracciones del Derecho de autor en España”, en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, REVERTE, A. (ed.), 1989.

ROGEL VIDE, C.; en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dirs.), Tomo V, Vol. 4º-A, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

ROMÁN PÉREZ, R., “Naturaleza jurídica del derecho de autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.), Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, 2005.

ROMANA ALLEGRI, M.; “La fruizione dell’opera dell’ingegno nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale” en *Il diritto d’autore e la sua evoluzione*, Università di Roma, Sapienza.

ROSMINI, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti di autore*, Milán, 1890.

RUBIO VICENTE, P.J., “El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Núm. 20, Sección Estudios, Primer semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

SAETTA, B., “Calcio e responsabilità da link”, en *Internet e Diritto*, mayo 2010.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, M. B., *La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación*, Editorial Comares, Granada, 1997.

SALAS CARCELLER, A., “La copia privada y la compensación: estado de la cuestión en España (1)”, *Actualidad Civil*, No 6, Sección Derechos reales e hipotecario / A fondo, Junio 2017.

SALAS CARCELLER, A., “La copia privada y el canon”, *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección A Fondo, Abril 2015, Editorial LA LEY.

SALAS CARCELLER, A., “La nueva reforma legal sobre la propiedad intelectual”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015, Sección Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SALAS CARCELLER, A., “Intercambio de ficheros y *forum shopping* desde la perspectiva del Reglamento Comunitario Roma II”, en O’CALLAGHAN, X. (Dir.), *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 01/2000, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000

SANCHEZ ARISTI, R., “El renovado sistema de compensación equitativa por copia privada tras el Real Decreto-Ley 12/2017”, *LA LEY mercantil*, No 46, Sección Propiedad Intelectual e Industrial / Doctrina, Abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.5/2012, parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas Peer-to-Peer*, Editorial Instituto de Autor, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA, R., “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936”, *Revista Hispania*, LXII/3, núm. 212, 2002.

SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de derecho civil*, Vol. II, Ed. Analecta, Pamplona, 2008.

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Ed. Jovene, Napoles, 1954.

SAPONARO, F. y QUINTAVALLE, A.; “Il regime della responsabilità degli internet provider come disciplinato dal Decreto Legislativo n. 70 del 9 aprile 2003”, rivista *Il Finanziere*, núm. 2, 2004.

SAPONARO, F., “Il Decreto Urbani novella in materia di peer-to-peer”, *Diritto d'autore.it*, septiembre 2004.

SBARBARO, E., “Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale”, *Rivista DigItalia*, Anno VII, núm. 1, 2012.

SCHANKERMAN, M. y SCOTCHMER, S., “Damages and Injunctions in Protecting Intellectual Property”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 32, nº 1, Spring 2001

SCIALDONE, M., “Cyberlocker e diritto d'autore: il Tribunale di Roma annulla il sequestro di Rapidgator”, *Diritto Mercato Tecnologia*, junio 2013.

SCIALDONE, M., “Il nuovo ruolo degli utenti nella generazione di contenuti creativi”, *Quaderni di diritti mercato tecnologia*, núm. 4, Anno III, ottobre/dicembre 2013.

SCIARRATTA, N., “La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile”, *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno II, Numero III, luglio/settembre 2015

SCORZA, G., “Diritto d'autore online: il regolamento Agcom è fuori legge, parola della Consulta. Abbiamo perso tutti”, en *IlFattoQuotidiano.it*, dicembre 2015.

SCORZA, G., “Diritto d'autore online: un anno di Regolamento Agcom. Numeri, tempi e costi della ‘giustizia parallela’”, *Ilfattoquotidiano.it*, abril 2015.

SCORZA, G., “Il diritto d'autore e la società dell'informazione”, *Rivista Consumatori, diritti e mercato*, núm. 2, Sez. Argomenti, 2008.

SEBOK, A. J., *Punitive Damages: From Myth to Theory*, *Iowa Law Review*, vol. 92, 2007

SÉNECA, Carta núm. VI “de la verdadera amistad”, Cartas a Lucilio.

SEÑOR, M. A., “Caso Peppermint: la riservatezza delle comunicazioni prevale sul diritto d'autore”, *Altalex*, marzo 2010.

SICA, S. y D'ANTONIO, V., “The balance of copyright in Italian national law”, *Rivista Comparazione e diritto civile*, junio, 2010.

SICA, S., “Le responsabilità civili”, en TOSI, E. (Dir.), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.

SIROTTI GAUDENZI, A., “La riforma del diritto processuale “industriale” alla luce del d. lgs. n. 140/2006”, *Altalex*, Sezione Articoli e Commenti, octubre 2006.

SIROTTI GAUDENZI, A., “La tutela penale del software”, *Rivista Sistema Società*, Edición abril 2008.

SIROTTI GAUDENZI, A.; *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, VII edición, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014.

SOPEÑA BLANCO, V. y MARTIN MARTIN, G. A., “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 17, Sección Estudios, Segundo semestre de 2015, Editorial LA LEY.

SPOLIDORO, M. S., “Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione”, en *Il Corriere giuridico*, núm. 3, 2003.

STAZI, A., “Il Regolamento di cui alla Delibera n. 680/13/Cons dell'agcom per la tutela del Diritto d'autore in rete”, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 2, 2014.

STOLFI, *Diritto d'autore, Società Editrice Libreria*, Milán, 1932.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., “Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta: reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1986, págs. 1177-1181.

TATAFIORE, A. “La riproduzione temporanea in Internet di opere protette”, *Rivista Il diritto d'autore*; núm. 3, 2007.

TESCARO, M., “Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di Responsabilità civile dell'internet provider”, *Giur. merito*, fasc.12, 2013.

TESCARO, M., “Sub art. 2 d.lg. n. 70 del 2003”, en DE CRISTOFARO, G. y ZACCARIA, A. (Dir.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª edición, Cedam, Padua, 2013.

TIRADO ESTRADA. J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual en la era digital. Especial referencia al tipo base nuclear y el nuevo tipo de facilitación del acceso y localización en internet de contenidos protegidos”, *Actualidad Civil*, No 6, Sección Derechos reales e hipotecario / A fondo, Junio 2017.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015”, en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, APARICIO VAQUERO, J.A. (Coord.), Editorial Dykinson, 2016.

TORRES LOPEZ, J., “Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la provisión de enlaces en internet (Comentario a la Sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, en el asunto C-160/15 [Caso GS Media])”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 4, 2016.

TOSI, E., “La responsabilidad civil per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo! Italia” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intelectual”, *Rivista di diritto industriale*, 2012, núm. 1.

TOSI, E., “La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelli reti di comunicazione elettronica tra diritto d’autore online e responsabilità civil degli internet service provider”, en FINOCCHIARO, G. y DELFINI, F. (Dir.), *Diritto dell’informatica*, Utet Editore, 2014.

TOSI, E., “La tutela della Proprietà Intelectuale nelle comunicazione elettroniche: piratería digital degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider”, en BASSAN, F. e TOSI, E., *Diritto degli audiovisivi*, Giuffrè Editore, 2012.

TRAVOSTINO, M., “Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze creative commons”, *Rivista Ciberspazio e diritto*, 2006.

TRAVOSTINO, M., “Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell’ambiente digitale”, en RICOLFI, M. (Dir.), *Il diritto d’autore nell’era digitale (Seconda Parte)*, en *Giurisprudenza Italiana*, 2011.

UBERTAZZI, L.C. y AMMENDOLA, M., *Il Diritto d’Autore*, Torino, 1993.

UBERTAZZI, L.C., “Articoli 71 sexies, 71 septies e 71 octies”, en *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intelectuale e concorrenza*, Cedam Editore, Quinta Edición, 2012.

UBERTAZZI, L.G., “Numerus clausus dei diritti esclusivi di proprietà intelectual?”, *Jurismat*, Portimão, núm. 4, 2014.

UCHTENHAGEN, U.; *Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina*, Montevideo, 1997.

URQUIZU CAVALLÉ, A.; “La naturaleza tributaria de las cuotas del seguro escolar”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 266, 2002.

VALLÉS RODRIGUEZ, M.; “Comentario al Artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1997.

VATTIER FUENZALIDA, C.; “La Propiedad Intelectual. (Estudio Sistemático de la Ley 22/1987)”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, No 3, 1993.

VEGA JARAMILLO, A.; *Manual de Derecho de autor*, Dirección Nacional de Derecho de autor, Ministerio de Justicia, Colombia, 2010.

VOZZA, V., “La Responsabilità Civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo. Nota alla sentenza Tribunale di Torino 7 aprile 2017, n. 1928”, *Danno e Responsabilità*, núm. 1/2018, Editorial Wolters Kluwer Italia.

WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D., *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890.

WRIGHT, R. W., “The Grounds and Extent of Legal Responsibility”, *San Diego Law Review*, n. 40, 2003

XALABARDER PLANTADA, R., “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al *copyright*?” , *Uocpapers* , núm. 2, 2006.

XALABARDER PLANTADA, R.: “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, IDP 2, 2006.

XIOL RIOS, J.A., “Aspectos sustantivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. Disposiciones finales. La llamada «Ley Sinde»”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY.

XIOL RIOS, J.A., “El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del Derecho civil”, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, O’CALLAGHAN, X. (Coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MAÍZ, V., “Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MAÍZ, V.; *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*, Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014

ZARZACA, P., “La sentenza di assoluzione della cassazione nel caso vivi down”, *LeggiOggi.it*, febrero 2014.

ZICCARDI, G., “La tutela penale del diritto d’autore”, *Draft v. 1.0*, *ziccardi.org*, 2002.

ZICCARDI, G., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Tomo II, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 2012.

Allegato AGCom “AS1281” “*Gestione collettiva dei diritti d’autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l’uso online nel mercato interno*”, del Presidente Giovanni Pitruzzella, de fecha 1 junio 2016.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea”, COM(2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017;

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, hacia un moderno y más europeo marco de derechos de autor, COM (2015) 626 Final, Bruselas, 9 de diciembre de 2015.

“Cuadro comparativo de las modificaciones introducidas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre”, *Aranzadi digital* núm. 1/2014 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales», DO C 264, de 20 de julio de 2016.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital», (2017/C 125/03), de 25 y 26 de enero de 2017.

Dictamen del Consejo Económico y Social sobre las «Amenazas y obstáculos al mercado único», [Dictamen de iniciativa] (2017/C 125/01), de 25 y 26 de enero de 2017.

Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013, de 28 de noviembre de 2013, sobre “el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Dictamen del Consejo de Estado 1199/2017, de 15 de marzo de 2018, sobre el “Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.”

Indagine Agcom “Il diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica”, <https://www.agcom.it/>

Informe “Il consumo di música Report 2016”, Ipsos, publicado por la “Federazione Industria Musicale Italiana”.

Informe “MUSO’s Global Film & TV Piracy Market Insight Report 2016”, MUSO, 2016.

Informe del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2014, Madrid, Gfk, marzo 2015.

Informe Ericsson AB, “Tv media 2015. The empowered Tv and Media Consumers influence”, diciembre 2015, Ericsson ConsumerLab.

Informe Observatorio de la Propiedad Intelectual, EUIPO, “El coste económico de la vulneración de los DPI en el sector de la industria discográfica”, mayo de 2016.

Informe ALAI “Reflexiones adicionales sobre las propuestas europeas de 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos”, de 16 de octubre de 2016.

Informe ALAI “Sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos”, de 18 de febrero de 2017

Informe Agenda Digital para Europa, estrategia centrada en el “cloud computing” de septiembre de 2012, “Disfrute del Potencial del Cloud Computing en Europa”.

“La responsabilità degli Internet service provider”, *Marchi e brevetti*, julio 2016.

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, publicación núm. 891.

“Proprietà intellettuale: Commento alle principali novita` introdotte dal d.lgs. 140/2006 in attuazione della Direttiva enforcement”, AIB Economia e Centro Studi.

Recomendación de la Comisión UE 2018/334, de 1 de marzo de 2018, “sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea”

“Tribunale Torino (ord.), 23/06/2014 [Diritto d'autore - Pubblicazione illegale di contenuti audiovisivi online - Onere per l'hosting provider di impedire la reiterazione della violazione del diritto su contenuti già segnalati dal titolare]”, en *Marchi e brevetti*, 2014.