

ESTUDIO COMPARADO ACERCA DE LA LUCHA CONTRA LA INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL –HISTORIAS DE PIRATAS, USUARIOS, INDUSTRIAS CULTURALES, AUTORES, LEGISLADORES Y JUECES–

GEMMA MINERO ALEJANDRE

*Profesora Ayudante de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA lucha contra la piratería en Internet es un reto de nuestra sociedad. Sin embargo, el marco jurídico europeo no es claro. No hay una respuesta sencilla a la necesidad de buscar un equilibrio entre la protección y aplicación de los derechos de propiedad intelectual en Internet, por un lado, y la protección de la libertad de expresión e información, así como de la intimidad, con su particular vertiente de la protección de datos personales, por otro. Las estrategias nacionales seguidas hasta la fecha resultan poco definidas respecto de los intereses en juego de los varios sujetos intervinientes: los autores, los usuarios, los proveedores de acceso a Internet y de almacenamiento de datos. En este trabajo, se realiza un estudio comparado de las soluciones normativas y de las tendencias jurisdiccionales llevadas a cabo en otros países de nuestro entorno en los que se da una protección equivalente o parecida de los derechos de propiedad intelectual. A saber, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Holanda, Suecia, Alemania, Austria, Bélgica y Francia. Tras ello, se expone de manera detallada la solución adoptada por nuestro legislador –los denominados «Ley Sinde» y «Reglamento Wert»– y el contexto español que explica su adopción. Esta nueva regulación española establece un procedimiento administrativo en el que, al estar implicados derechos fundamentales, como la libertad de expresión e información y la protección de datos personales, se requiere para su instrucción y su efectiva ejecución de una serie de autorizaciones judiciales. Tras ello, se incluye una valoración personal de las medidas y una reflexión de futuro, teniendo en cuenta las particularidades del contexto español y los resultados alcanzados en otros países del entorno.

Palabras clave: propiedad intelectual, protección de datos personales, libertad de expresión y derecho a la información, derecho a la intimidad personal y familiar, Internet.

FIGHTING AGAINST PIRACY ON THE INTERNET. A COMPARTIVE STUDY –STORIES OF PIRATES, USERS, CULTURAL INDUSTRY, AUTHORS AND JUDGES–

GEMMA MINERO ALEJANDRE

*Profesora Ayudante de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

FIGHTING against piracy in Internet is a great challenge in our society. However, the European framework is not clear. The task of establishing a fair balance between the protection and enforcement of intellectual property rights, on one hand, and the freedom of speech and information and the right of privacy –in particular, the personal data protection–, on the other hand, is not easy. The national strategies that were followed up to now are not well defined regarding the interest at stake of authors, Internet users and Internet Services Providers (both Internet access and Internet hosting providers). In this article, we make a comparative study of the normative and judicial measures and solutions carried on in other countries with equivalent or similar protection of intellectual property rights. That is, the United States of America, Canada, United Kingdom, Ireland, Netherlands, Sweden, Germany, Austria, Belgium and France. After that, we set out the Spanish solution in detail –the so-called «Sinde Act» and «Wert Regulation»– and the previous Spanish context that could explained it somehow. The new Spanish regulation establishes an administrative process where, due to the implications for fundamental rights, as freedom of information and speech and personal data protection, some judicial authorizations are required for the investigation process and final enforcement. Finally, we have included a personal evaluation and an outlook, taking into account the above-mentioned Spanish context and particularities and the outcome of the other national strategies previously studied.

Keywords: intellectual property, data protection, freedom of speech, expression and information, right of privacy, Internet.

Sumario

- I. Aproximación al problema desde una perspectiva nacional, europea e internacional.
 - I.1. Definición del problema. Derechos de propiedad intelectual *versus* protección de datos personales y otros derechos y libertades fundamentales. Estado de la cuestión en la Unión Europea y en España.
 - I.2. Análisis comparado de los precedentes legislativos y jurisprudenciales de los países de nuestro entorno (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Holanda, Suecia, Alemania, Austria, Bélgica y Francia).
 - I.3. Práctica jurisprudencial española anterior a la reciente reforma normativa.
 - I.3.1. Práctica civil. El abandono de la acción de cesación del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
 - I.3.2. Práctica penal. Narración de un fracaso anunciado.
- II. La «Ley Sinde» y el «Reglamento Wert» como respuesta española. Las luces y las sombras del procedimiento creado.
- III. Conclusión. Valoración personal de la medida y reflexión acerca de las posibles alternativas y mejoras.
- IV. Bibliografía.
- V. Índice de sentencias y otras resoluciones judiciales citadas.
- VI. Índice de abreviaturas.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL, EUROPEA E INTERNACIONAL

I.1. Definición del problema. Derechos de propiedad intelectual *versus* protección de datos personales y otros derechos y libertades fundamentales. Estado de la cuestión en la Unión Europea y en España

Si bien la conciencia social invoca un apoyo cuasiunánime¹ a la lucha contra la piratería cultural en Internet², la división de posturas extremas que surgen posteriormente, a la hora de proponer posibles soluciones para acabar con esta lacra del siglo XXI, es igualmente sonada. En otras palabras, que las descargas no consentidas de creaciones intelectuales y prestaciones protegidas³ por la

¹ Que no unánime. El tratamiento que merece la propiedad intelectual no resulta en modo alguno indiferente a la población. Por el contrario, ha tenido el honor de ser el objeto principal del ideario de un partido político –el *Piratpartiet*– que cuenta con los votos suficientes para disponer de dos escaños en el Parlamento europeo, al alcanzar el 7,13 por 100 de los votos emitidos en Suecia en las elecciones al Parlamento europeo de 2009.

² Entendiéndose extinguida casi por completo la piratería convencional –salvo los reductos actualmente existentes en las costas de Somalia, Indonesia o Malasia–, el vocablo «piratería» se emplea, de modo coloquial e incluso legal, a nivel mundial, para hacer referencia al uso ilegal de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, sin contar para ello con el previo consentimiento de los respectivos titulares de estos derechos. Como ejemplo de los varios cuerpos legales en cuyo tenor literal se emplea este término podemos citar el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el Funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (punto tres del preámbulo), sobre el que volveremos en el epígrafe II de este estudio. El presente trabajo se centra en el análisis de la piratería digital, esto es, aquella que se lleva a cabo a través de Internet, que ha disminuido, si bien no erradicado, la piratería física –de productos culturales– propiamente dicha. Para un estudio de este segundo tipo de piratería, me remito a la obra de VALLÉS CAUSADA, L., «Guardia civil y defensa de la propiedad intelectual. La lucha contra la piratería física», *Estudios de derecho judicial*, núm. 129, 2007, págs. 189-215.

³ Se habla de «creaciones intelectuales» para hacer referencia a aquellos productos culturales que, por gozar de originalidad suficiente, merecen la calificación de «obra» según el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (cuerpo legal al que en adelante nos referiremos con la abreviatura LPI) y estarán protegidas por el derecho de autor, regulado en los artículos 14 y siguientes de la LPI. Esta categoría comprende, entre otras, los libros, composiciones musicales, obras dramáticas, obras cinematográficas, esculturas, pinturas, obras fotográficas y programas de ordenador, siempre y cuando estos sean originales. Por su parte, las denominadas «prestaciones protegidas» son aquellos productos culturales que, si bien no gozan de la originalidad suficiente para ser tenidos por obras y protegidos por el derecho de autor, sí se entiende que merecen una protección menor, por medio de alguno de los denominados derechos afines, vecinos o conexos al derecho de autor, regulados en el Libro II de la LPI («De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos», arts. 105 y ss.). Entre estas cabe citar las actuaciones e interpretaciones, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales, las emisiones o transmisiones sonoras o visuales de las entidades de radiodifusión, las meras fotografías, determinadas producciones editoriales y las bases de datos sui generis.

propiedad intelectual –y, en su caso, el ulterior intercambio de archivos– son una práctica habitual a la que la mayoría de internautas no se resisten es algo que necesita pocos análisis sociológicos o investigaciones estadísticas⁴. Pero lo que para el ciudadano común, para los juzgadores y para nuestros legisladores sigue siendo una incógnita global es, en muchos casos, cómo calificar los usos no consentidos de obras y prestaciones protegidas, cómo identificar a los sujetos que llevan a cabo dichas acciones y cómo sancionar tales conductas de manera efectiva, con un efecto realmente disuasorio para el resto de usuarios de Internet que realizan conductas paralelas.

En todo caso, en el examen de esta cuestión debemos partir del inexcusable principio según el cual todo lo que es ilegal en el mundo físico también lo es en el virtual o digital. El empleo de Internet para cometer actuaciones ilícitas no exime ninguna conducta de su encaje en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, Internet presenta una problemática motivada por la ausencia de un núcleo central de gobierno y por la dificultad de identificar y, por tanto, de exigir responsabilidades a los infractores⁵.

Las infracciones a los derechos de propiedad intelectual llevadas a cabo por medio de Internet pueden ser de dos tipos. Pueden consistir, en primer lugar, en la inserción de obras o prestaciones protegidas en páginas y sitios webs –*uploading*–, mediante actos que, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, reciben el nombre de puesta a disposición del público [art. 20.2 i) TRLPI]⁶. Dentro del concepto de página web, al que aquí hacemos referencia en un sentido amplio, se pueden englobar buena parte de los productos webs existentes en la actualidad, tales como bases de datos en línea, *blogs*, redes sociales, etc⁷. En la mayoría de los supuestos, el *webmaster* no aloja la obra o prestación protegida en su propio servidor, sino que únicamente enlaza su página a otra

⁴ En este sentido, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M.Y. y RODRÍGUEZ ANDRÉS, M.A., «Las redes P2P y la responsabilidad de los que suben y de los que bajan obras protegidas», *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación*, núm. 13, 2007, págs. 1-2.

⁵ *Vid.* BARRIO ANDRÉS, M., «Los delitos cometidos en Internet. Marco comparado, internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010», *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, editorial La Ley, pág. 41.

⁶ Acompañado del previo acto de reproducción (art. 18 LPI). El artículo 20.1 de la LPI define la comunicación pública 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». La diferencia entre el derecho de distribución y el derecho de comunicación pública de los autores es, por tanto, que el primero se refiere a la explotación de la obra mediante un soporte tangible, mientras que el segundo, sin embargo, comprende los usos de obras que se lleven a cabo sin necesidad de medio físico alguno. Por su parte, el apartado i) de este artículo 20.1 de la LPI dispone: «Especialmente, son actos de comunicación pública (...) 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». Este apartado i) proviene de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica la LPI, que incorpora al Derecho español la 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 –conocida como DDASI–. El artículo 3 de la DDASI no era novedoso en este punto, sino que se limitaba a regular a nivel europeo un derecho del autor que ya había sido reconocido mundialmente por el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, artículo 8. Reconocimiento que, en definitiva, trataba de adaptar los derechos de los autores para la explotación de sus obras al medio de Internet.

⁷ Para un estudio en profundidad del concepto de página web, *vid.* MINERO ALEJANDRE, G., «Protección jurídica de las páginas web. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *CEFLegal*, Revista Práctica de Derecho, núm. 129, 2011, págs. 12-13; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GOZALO, A., «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 8, 2001, pág. 82.

página web⁸, a la que los usuarios podrán acceder mediante un simple clic⁹. Se debe tener en cuenta que la descarga –*downloading*– o la visualización en línea de la obra o prestación protegida –*streaming*– no siempre van a ser gratuitas para el usuario y que, aun cuando sí lo sean, las páginas de descargas suponen una importante remuneración para sus *webmasters*, obtenida por la inclusión de publicidad en su portal o, en muchos casos, por el uso o la cesión de datos personales de sus usuarios a otras empresas¹⁰.

En segundo lugar, las infracciones pueden tener su origen en el intercambio masivo de obras o prestaciones protegidas entre los propios usuarios a través de sistemas *peer-to-peer* –P2P–¹¹, sean estos centralizados o descentralizados¹². El reconocimiento de nombres tales como Napster, BitTorrent, eDonkey, Ares o Gnutella es sinónimo de su habitual presencia en los medios de comunicación y en los tribunales. En ambos casos, la falta de autorización por parte del titular de los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas para realizar este tipo de actos supone la infracción de tales derechos.

En el marco europeo se ha tratado de ofrecer soluciones consensuadas, dentro del Consejo de Europa, que, si bien no tienen un carácter vinculante, sí establecen ciertas guías para los legisladores nacionales¹³. Del mismo modo, el marco legal instaurado por la Unión Europea (UE), sobre el que volveremos a lo largo de este apartado, establece un suelo común y vinculante para los veintisiete Estados miembros, si bien deja en manos de estos cierta libertad normativa que ha generado importantes diferencias prácticas.

En los países de nuestro entorno, tanto los legisladores como los tribunales, desde un principio, tuvieron claro que el principal responsable de la infracción de los derechos de propiedad intelectual es el propio usuario –bien de redes P2P, bien de páginas webs de enlaces¹⁴– y no solo quie-

⁸ Más adelante me referiré a la jurisprudencia que ha aplicado el denominado «test del servidor» en relación con este tipo de supuestos.

⁹ Dicho administrador web no hace otra cosa que introducir una línea de código que hace que el archivo audiovisual, musical o de otra naturaleza, alojado en servidores de un tercero (por ejemplo, MegaVideo), se visualice en el marco de su propia página web. Para un estudio sobre las distintas clases de enlaces y el tratamiento jurídico de cada una de estas, sigue siendo ciertamente recomendable el trabajo de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 1, 1999, págs. 67 y ss.

¹⁰ Así, por ejemplo, mientras que SeriesYonkis es la página de enlaces, el servidor es MegaVideo –y otros–, pues es en esta segunda donde se alojan los contenidos enlazados por SeriesYonkis.

¹¹ Expresión anglosajona que puede traducirse por «de igual a igual». Dicha expresión se ha exportado al resto de países no angloparlantes y forma parte de la actual jerga técnica internacional.

¹² Para un análisis del funcionamiento técnico de los varios tipos de redes P2P, *Vid.* LLOYD, I. J., *Information Technology Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 6.ª ed., 2011, págs. 15 y ss.; y BAINBRIDGE, P.I., *Introduction to Information Technology Law*, Pearson Education, Edimburgo, 2007, 6.ª ed., págs. 99 y ss.

¹³ Así el documento del Consejo de Europa, *Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet développés par le Conseil de l'Europe en coopération avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EuroSPA)*, H/Inf (2008) 9, Estrasburgo, julio de 2008.

¹⁴ En esto la doctrina es unánime en España y en Derecho comparado. *Vid.*, a modo de ejemplo, GINSBURG, J. y GAUBIAC, Y., «Confreçon, fourniture de moyens et faute: perspectives dans les systèmes de Common Law et civilistes à la suite des arrêts Grokster et Kazaa», *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, núm. 207, 2006, pág. 17; y *vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 20, 2005, págs. 83-84; y SÁNCHEZ

nes ponen a disposición del público los medios técnicos para llevar a cabo el intercambio de archivos con obras o prestaciones protegidas o los enlaces a los servidores en las que estas se encuentran alojadas¹⁵. Y ello, porque estamos ante auténticos actos de piratería, a pesar de que normalmente se lleven a cabo en la intimidad del hogar¹⁶.

El empeño de parte de los usuarios de este tipo de páginas webs y redes de intercambio de archivos en negar la ilicitud del intercambio de obras y prestaciones protegidas, mediante este tipo de medios, se ha visto refutado por el camino escogido por los legisladores, tanto en Estados Unidos como en buena parte de los Estados miembros de la UE, mediante una serie de reformas legislativas para clarificar las normas existentes en materia de propiedad intelectual, tipificando como conducta ilícita –tanto civil como penalmente– este tipo de usos no consentidos¹⁷. Hasta la saciedad han invocado los usuarios como justificación de sus actuaciones un supuesto «derecho a la copia privada»¹⁸. Pero, sin perjuicio de que el legislador europeo –y, con ello, el español y los del resto de Estados miembros de la UE– lo confi-

ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, editorial Instituto de Autor, Madrid, 2007, págs. 163 y ss. En algunos casos, la minoría de edad de los sujetos infractores de derechos de propiedad intelectual en redes P2P suaviza considerablemente las penas impuestas a estos –cabe citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Première Instance de Bruselas, Sala de lo Penal, de 28 de abril de 2003–.

¹⁵ Sin embargo, por motivos obvios, los titulares de derechos de propiedad intelectual prefieren seguir dirigiéndose contra las empresas o personas físicas que están detrás de la dirección de este tipo de redes o de páginas de intercambio de archivos. *Vid.*, en el contexto estadounidense, la resolución de la Corte de Distrito de California en el caso *A&M, Records, Inc. y otros contra Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D. Cal. 2000), así como la de la Corte de Apelación del Noveno Circuito, que vino a confirmar la anterior (*A&M, Records, Inc. y otros contra Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 [9th Cir. 2001]), concediendo las medidas cautelares solicitadas por los titulares de derechos a la entidad que centralizaba el intercambio de archivos con obras y prestaciones protegidas. En relación con el célebre caso *Grokster*, *Vid.* la Sentencia de la Corte Suprema de 27 de junio de 2005, asunto *Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. y otros contra Grokster Ltd.*, y otros (125 S. Ct. 2764 [U.S. 2005]). Entre los países europeos en los que este tipo de acciones han tenido una mayor acogida sistemática cabe destacar Holanda y Reino Unido. *Vid.*, entre otras resoluciones holandesas, la Sentencia de la Hoge Raad holandesa de 25 de noviembre de 2005 en el asunto *Lycos contra Pessers*, la Sentencia del Rechtbank de la Haya de 5 de enero de 2007 en el asunto *Stitching BREIN contra KPN* y la Sentencia del Hof Amsterdam de 3 de julio de 2008 en el asunto *Stitching BREIN contra Leaseweb*. Entre las resoluciones inglesas en las que se declara expresamente la responsabilidad tanto del operador de la red P2P como del usuario individual podemos citar las Sentencias de la High Court of Justice (Chancery Division) de 28 de noviembre de 2005, asunto *Polydor Ltd y otros contra Brown y otros* [2005] EWHC 3191 (Ch); de 29 de marzo de 2010, asunto *Twentieth Century Fox Film Corp. contra Newzbin Ltd* [2010] EWHC 608 (Ch); de 28 de julio de 2011, asunto *Twentieth Century Fox Film Corp. contra British Telecommunications Plc* [2011] EWHC 1981 (Ch); y de 20 de febrero de 2012, asunto *Dramatico Entertainment Ltd y otros contra British Broadcasting Ltd y otros* [2012] EWHC 268 (Ch). En el contexto alemán cobra una especial importancia la célebre Sentencia del Bundesgerichtshof de 15 de enero de 2009 (I ZR 57/07), respecto del programa de intercambio de archivos *peer-to-peer* *Cybersky*, en relación con programas de televisión emitidos por entidades de radiodifusión de pago.

¹⁶ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., «El límite de la copia privada y las redes de intercambio peer-to-peer», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2007, Cívitas Thomson Reuters, pág. 153; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 38, 2011, Bercal, pág. 22.

¹⁷ *Vid.* epígrafe I.2 de este trabajo.

¹⁸ Así se defiende por la Asociación de Usuarios de Internet (http://aui.es/index.php?body=dest_v1article&id_article=936) y por la propia Organización de Consumidores y Usuarios (<http://www.ocu.org/descargas-de-Internet-y-copia-privada-dinero-y-derechos-neordm-106-s430184/newsletter-ocu-informa-contenido190151/bannerid/14028/zoneid/10600.htm>), entre otros. De poco han servido los intentos de aclarar la cuestión llevados a cabo por el antiguo Ministerio de Cultura –convertido hoy en Dirección General dentro del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes–, mediante guías educativas (<http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/PropiedadIntelectual/PreguntasFrecuentes/CopiaPrivada.html#a>).

gure como un límite o excepción a los derechos de propiedad intelectual, y no como un derecho de terceros en sí mismo¹⁹, lo que es aún más evidente es que el intercambio de obras y prestaciones protegidas queda fuera del ámbito de la copia privada del copista, pues la reproducción no es para uso privado de este desde el momento en que esa copia se pone a disposición de los demás usuarios en una página web o en una red de intercambios para que puedan hacer uso de esta –ilimitado o no– si así lo desean²⁰. Como ya hemos adelantado, esta puesta a disposición constituye un acto de comunicación pública *stricto sensu*, así como una previa reproducción, ninguna de ellas consentidas, y determina que la copia realizada sea para uso colectivo, lo que impide de manera tajante toda posible aplicación del límite o excepción de copia privada en favor del copista²¹. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, a la luz del análisis de la jurisprudencia recaída hasta la fecha en la vía civil.

Por su parte, la postura de las industrias culturales, de los autores y titulares de derechos afines y de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual era tajante a la hora de reclamar la regulación de un procedimiento con eficacia disuasoria real que permitiera, por un lado, la flexibilización de la estricta aplicación actual de la normativa de protección de datos personales, entablado una colaboración por parte de los prestadores de acceso a Internet para la identificación de los sujetos infractores²², por otro lado, la solicitud de retirada de los contenidos piratas de las páginas

¹⁹ El tenor del artículo 5.2 b) de la DDASI y, por extensión, del artículo 31.2 de nuestra LPI en modo alguno hacen referencia a un supuesto derecho del usuario. Simplemente afirman que este tipo de reproducción «no necesita autorización del autor», siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos allí enumerados.

²⁰ En concreto, para que una reproducción de una obra o prestación protegida llevada a cabo por un tercero entre en la excepción de copia privada, el artículo 31.2 de la LPI exige que «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». Por su parte, el artículo 25 de la LPI vuelve a poner énfasis en el cumplimiento de la exigencia de que la reproducción haya sido realizada para uso privado del copista.

²¹ Opinión que es mayoritaria –¿acaso no unitaria?– entre la doctrina que ha estudiado la materia. Sobre el particular pueden verse, entre otros, los trabajos de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., «El límite de la copia privada y las redes de intercambio peer-to-peer», *cit.*, pág. 176; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual*, Comares, Granada, 2005, págs. 217 y ss.; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes "peer to peer" (P2P)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 18, 2004, págs. 25 y ss.; GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, pág. 78; y APARICIO VAQUERO, J.P., «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 8, 2005, pág. 69.

²² Para averiguar la identidad de quien infringe los derechos de propiedad intelectual, el titular en cuestión debe conectarse a la red P2P o acceder a las páginas de enlaces y buscar obras o prestaciones protegidas de su repertorio para cerciorarse de que, de forma global, sus derechos están siendo infringidos en ellas. El siguiente paso es averiguar quién es el concreto infractor. Lo normal, lógicamente, sobre todo en el caso de las redes P2P, es que sean muchos usuarios los que están poniendo a disposición de los demás esas obras o prestaciones protegidas o, en el supuesto de las páginas webs de enlaces, que sean varios los servidores enlazados. Una vez localizados todos ellos, el titular de derecho solamente podrá tomar nota de la fecha y la hora en la que se llevó a cabo la infracción o de la URL desde la que se accedía a los archivos infractores, así como el *nickname* o alias del supuesto infractor –que será el adoptado por este en la fecha de registro en la página o red P2P, pero nunca su nombre real–. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos, no podrá determinar por sí mismo la dirección IP de este sujeto, ni estará en condiciones de determinar la identidad real del supuesto infractor (*Vid.* AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 327/2003, Carácter de dato personal de la dirección IP*, págs. 1-2. Accesible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0327_Car-aa-cter-de-dato-personal-de-la-direcci-oo-n-IP.pdf). Para ello tendrá que recurrir a la ayuda de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y, más concretamente, a los proveedores de acceso a Internet, pues son estos quienes adjudican dichas direcciones entre sus

webs y redes P2P y, finalmente, la implantación de un procedimiento gradual de avisos a los propios internautas e interrupción del servicio de conexión a Internet cuando reiteradamente se les hubiere advertido de la ilicitud de las conductas realizadas.

A partir de la consideración del intercambio o la puesta a disposición de archivos sin previo consentimiento como conducta ilícita, por un lado, y de la imposibilidad de identificar a los sujetos infractores por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual infringidos, por otro, se planteó en los países de nuestro entorno la cuestión previa de si los proveedores de acceso a Internet tenían o no la obligación de desvelar a los demandantes la identidad de la persona que se esconde tras una dirección IP determinada desde la que se hubieran detectado intercambios o usos ilícitos²³.

Pero a la hora de llevar a la práctica este procedimiento de identificación de los infractores, de imposición de las correspondientes condenas de retirada de los contenidos ilícitos y de interrupción del acceso a Internet, surgen serios conflictos con derechos fundamentales de la persona, como son la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión y el derecho a la información de los supuestos infractores de la propiedad intelectual. Derechos cuya posible contravención va a tener asimismo un alcance mundial –como también lo tiene, en su caso, la infracción realizada por sus titulares–. En definitiva, Internet ha supuesto una alteración de la visión regional o estatal de cuestiones jurídicas de enorme calado, pero cuya regulación todavía no está unificada a nivel internacional –ni siquiera a escala europea, en algunos aspectos prácticos importantes–. Además, y muy especialmente en relación con la protección de los datos personales, aun en relación con las normativas nacionales y europeas que regulan su tutela, la fisonomía particular de Internet sigue exigiendo un esfuerzo regulatorio y jurisdiccional complementario que contemple y pondere determinados aspectos jurídicos que solamente surgen o son problemáticos en este especial canal de comunicación²⁴; en particular, atendiendo al procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que acaba de entrar en vigor en nuestro país, sobre el que seguidamente volveremos en profundidad. El volumen de normas aprobadas por el legislador europeo sobre la mate-

clientes al recibir la solicitud de conexión a Internet por parte de estos últimos. Hoy por hoy, la escasez de direcciones IP y el potencial de usuarios imposibilitan que todas estas direcciones sean estáticas. Por ello, partiendo de la base de que no todos esos usuarios en potencia querrán conectarse simultáneamente a Internet, se funciona mayoritariamente con direcciones IP dinámicas. Las direcciones estáticas se reservan para productos tales como servidores webs, servidores de correo y enrutadores, que requieren de una dirección fija para realizar sus funciones. El resto de direcciones se asignan automáticamente por los proveedores a los usuarios cuando se conectan a Internet, y únicamente para el tiempo que dure la sesión. En definitiva, ello implica que un mismo usuario va a poder tener una dirección IP distinta cada vez que se conecte a Internet. *Vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, pág. 81; y CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 16, 2004, Bercal, págs. 52-53. *Vid.*, asimismo, *Privacidad en Internet –enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea–*, documento de trabajo redactado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos de la Comisión Europea, de 21 de noviembre de 2000, 5063/00/ES/FINAL, págs. 13 y ss. (https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/docu_grupo_trabajo/wp29/2000/common/pdfs/Documento-de-trabajo.-Privacidad-en-Internet.-Enfoque-comunitario-integrado-de-la-proteccion-oo-n-de-d.pdf).

²³ *Vid.* nota al pie anterior.

²⁴ En este sentido, *vid.* MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La protección de datos de carácter personal en las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 89-90.

ria es considerable²⁵, si bien actualmente parece no ser suficiente, habiéndose propuesto varias vías de modernización o actualización²⁶.

Estos derechos encuentran un reconocimiento en las constituciones nacionales, pero también han sido proclamados a nivel europeo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (arts. 7, 8 y 11)²⁷. No obstante, dichos derechos no son en ningún caso ilimitados. De los artículos 8, apartado 2, y 52, apartado 1, de la Carta se desprende que, bajo ciertas condiciones, pueden introducirse restricciones a dichos derechos²⁸. Corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar sus ordenamientos jurídicos a la normativa europea sobre protección de datos de carácter personal, procurar basarse en una interpretación de esta, de tal forma que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales reconocidos en el ordenamiento de la UE²⁹.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –al que en adelante nos referiremos por la siglas TJUE– ha puntualizado que la Directiva 2002/58 no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil por

²⁵ Directiva 2000/31, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico –«Directiva sobre comercio electrónico»– y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, por una parte; y, por otra parte, la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas –«Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas»– y la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. A ello debe añadirse la Decisión marco 2008/977/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

²⁶ El 25 de enero de 2012, Viviane Reding, comisaria de Justicia y vicepresidenta de la Comisión europea, anunciaba la propuesta de esta institución de llevar a cabo una reforma general y de calado de las normas de protección de datos de la Unión Europea, en el seno de los objetivos de la Agenda Digital para Europa. En los documentos que han trascendido se hace un especial hincapié en el hecho de que en la actualidad, a pesar del volumen de normas europeas que regulan la materia, se observan grandes diferencias a la hora de cumplir estas normas entre Estados miembros, tal y como expondremos en el siguiente apartado de este trabajo. Por ello, la Comisión propone la redacción de un Reglamento de Protección de Datos Personales que establezca un marco general y detallado de la Unión para la protección de datos personales –que sustituirá y complementará la Directiva 95/46/CE– y la adopción de una nueva Directiva sobre protección de datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación y persecución de delitos y en relación con las actuaciones judiciales correspondientes. Ambas propuestas se encuentran actualmente en fase de debate en el Parlamento europeo. *Vid.* <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/46&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>. El texto íntegro de la propuesta de Reglamento redactada por la Comisión europea [Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (reglamento general de protección de datos) COM(2012) 11 final] está disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_es.pdf

²⁷ Como también se refiere, en su artículo 17, a los derechos de propiedad intelectual, con el mismo rango de derecho fundamental que la intimidad personal y familiar, la protección de datos personales y la libertad de expresión y de información.

²⁸ El artículo 8.2 de la Carta prevé: «Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley». Por su parte, el artículo 52.1 de este cuerpo normativo dicta: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

²⁹ En este sentido, la STJUE de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España SAU* (apdo. 68).

infracción de derechos de propiedad intelectual, pero tampoco obliga a dichos Estados a imponer tal deber³⁰. Asimismo, el TJUE advierte que es plausible un requerimiento al operador de acceso a Internet para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes, pues, si bien es cierto que resulta necesario respetar la protección de datos personales, no lo es menos que, cuando el infractor de un derecho de propiedad intelectual no actúa en el ámbito de la esfera privada, este debe ser claramente identificable³¹. En definitiva, de la jurisprudencia europea parece deducirse que la intervención judicial de los órganos nacionales, con el fin de atajar los atentados a los derechos de propiedad intelectual que repercutan en la esfera de la protección de los datos personales de los individuos, puede estar justificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión, siempre que se cumplan los requisitos formales –necesidad de una previsión en forma de ley– y materiales –proporcionalidad de la medida en tanto que afecta a derechos fundamentales, en particular al relativo a la protección de datos personales–³².

Por si los problemas interpretativos fueran pocos, el TJUE, con fecha de 24 de noviembre de 2011, dicta sentencia resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (TS) español³³. En ella se declara que el artículo 7 f) de la citada Directiva 95/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, tiene eficacia directa³⁴ y que es exhaustiva y taxativa, de manera que a la hora de transponerla los Estados miembros no van a poder modificar, mediante exigencias adicionales, el alcance de los supuestos contenidos en este precepto. En el caso español, el artículo 10.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos³⁵, en reproducción prácticamente literal del artículo 6.2. *in fine* de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD)³⁶, prevé que «(...) será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad de consentimiento del interesado cuando: (...) b) Los datos objeto de tratamiento o cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado». Pues bien, el TJUE declara que el artículo 7 f) de la directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone de manera radical a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por tercero o terceros a los que se comu-

³⁰ Vid. la STJUE de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH* (apdo. 27).

³¹ Vid. la STJUE de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros* (apdo. 142).

³² En este sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *Revista Aranzadi Unión Europea*, año XXXVII, núm. 11, 2011, Aranzadi Thomson Reuters, pág. 12.

³³ STJUE de 24 de noviembre de 2011, asuntos C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) contra Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM)*.

³⁴ Pudiendo los particulares invocar la norma con eficacia directa frente al Estado cuando este no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro del plazo señalado o, como ocurría en el caso español, cuando haya procedido a una adaptación incorrecta, dejándose sin aplicación, por tanto, la norma nacional que transpone inadecuadamente la europea.

³⁵ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

³⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

niquen los datos, exija, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no solo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de este, sino, además, que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en este tipo de fuentes. Es esta segunda exigencia adicional la que resulta contraria al Derecho europeo.

En aplicación de estas consideraciones, el TS, en su reciente Sentencia de 8 de febrero de 2012³⁷, declaraba la nulidad del artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD³⁸. Dejando en un segundo plano la crítica acerca del exceso de la sentencia a la hora de declarar la nulidad del citado artículo 10.2.b) del Reglamento en su totalidad³⁹, debemos hacer hincapié en la cuestión de que el hecho de que los datos figuren en una fuente accesible al público ha dejado de ser un requisito –adicional al del interés legítimo del responsable del tratamiento o del tercero a quien se comunique el dato– para la legalidad del tratamiento de datos personales realizado sin el consentimiento del interesado. Sin embargo, puesto que sigue siendo una exigencia necesaria para esa legalidad –junto con el mencionado interés legítimo– que el tratamiento no vulnere los derechos y libertades fundamentales del interesado, se impone una ineludible ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto. Y en esa ponderación, con independencia del pronunciamiento contenido en la sentencia que ahora se comenta, sigue teniendo un cierto protagonismo el hecho de que los datos se encuentren o no en fuentes accesibles al público⁴⁰.

Profundizando algo más en el procedimiento de identificación del infractor de derechos de propiedad intelectual, se debe constatar la negativa sistemática de los proveedores de acceso a Internet de nuestro país (fundamentalmente, grandes empresas de telecomunicaciones) a revelar la identidad real de sus clientes usuarios infractores, refugiándose en la legislación europea y española

³⁷ STS, Sala Tercera, Sección 6.ª, de 8 de febrero de 2012, recurso núm. 25/2008.

³⁸ No así del artículo 6.2. *in fine* de la LOPD, pese a su práctica identidad. La razón alegada por el TS para justificar esta actuación, sin embargo, resulta impecable desde el punto de vista formal: «Esta jurisdicción [contencioso-administrativa], conforme resulta del artículo 1.1 de su ley reguladora, no extiende su conocimiento a disposiciones con rango de ley» (fund. de derecho segundo). Con todo, tal y como advierte MARÍN LÓPEZ, ello deja sin respuesta la duda que plantea la exigencia que se contiene aún en el artículo 6.2 de la LOPD de que los datos figuren en una fuente accesible al público (*Vid.* MARÍN LÓPEZ, J.J., «El tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 8 de febrero de 2012», diario *La Ley*, núm. 7.805, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2012, año XXXIII, pág. 2). Compartimos con este autor la opinión de que la solución a este interrogante se encuentra en la afirmación del TJUE de que el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE tiene efecto directo, lo que debe interpretarse en el sentido de dejar sin validez todas las disposiciones de Derecho interno que menoscaban ese efecto directo, incluso si se encuentran contenidas en una norma con rango de ley.

³⁹ Ciertamente, hubiera bastado con anular el inciso de esta disposición que exige que «los datos objeto de tratamiento o cesión figuren en fuentes accesibles al público», pues es esta exigencia –no prevista en el art. 7 f) de la Directiva 95/46/CE– la única que el TJUE entiende contraria al Derecho de la UE. Por ello, no se entiende el sentido de declarar la nulidad de este precepto en cuanto reclama también que «el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulnere los derechos y libertades fundamentales del interesado».

⁴⁰ De ahí que MARÍN LÓPEZ afirme: «Lo que en la Sentencia de 8 de febrero de 2012 se ha echado por la puerta de la "legalidad" está llamado a entrar, se quiera o no, por la ventana de la "ponderación"». MARÍN LÓPEZ, J.J., «El tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 8 de febrero de 2012», *cit.*, pág. 3.

sobre protección de datos. Este rechazo parte de la idea de que la dirección IP es un dato personal y, como tal, no puede ser tratado libremente, sino en cumplimiento de la normativa que regula su protección⁴¹. Sorprendentemente, no se ha recurrido al citado artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE ni a su homólogo español, el artículo 6.2 de la LOPD. Tal consideración estaba presente en el documento *Privacidad en Internet*, al que anteriormente nos hemos referido⁴², y pasó con posterioridad tanto a la Directiva 95/46/CE como a la Directiva 2002/58/CE. En efecto, de acuerdo con el artículo 2 a) de la primera directiva, lo decisivo a la hora de calificar una dirección IP como dato personal es la posibilidad de identificar a su titular a partir de ella. Se entiende que la persona a la que hace referencia el dato es identificable cuando puede determinarse su identidad directa o indirectamente⁴³. Pues bien, según precisa el considerando 26.º de este cuerpo normativo, «para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento, o por cualquier otra persona, para identificar al interesado»⁴⁴. Desde la perspectiva de los proveedores de acceso a Internet, las direcciones IP van a ser datos personales, ya que estos pueden, por medios propios y sin dudas razonables, determinar la identidad del usuario que se conectó a Internet a través de dicha dirección⁴⁵. Obviamente, el titular del derecho de propiedad intelectual supuestamente infringido razonará a la inversa, defendiendo la falta de naturaleza personal de la dirección IP del infractor de sus derechos, tendiendo a su propia incapacidad para recabar dicha dirección IP, si no es con la colaboración del prestador de acceso a Internet. Con todo, la amplitud de los preceptos citados, que contemplan la identificación indirecta –además de la vía directa– del infractor, no dejan lugar a dudas acerca de la consideración de la IP como dato de carácter personal⁴⁶.

Sin embargo, por otra parte, el artículo 8.2 de la Directiva 2001/29, de la sociedad de la información, completando, en relación con la propiedad intelectual, el artículo 18.1 de la Directiva de comercio electrónico⁴⁷, establece que cada uno de los Estados miembros adoptará las medi-

⁴¹ En este sentido, *vid.* AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 327/2003, Carácter de dato personal de la dirección IP, cit.*, pág. 1.

⁴² *Privacidad en Internet –enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea–, cit.*, pág. 23.

⁴³ En este sentido, *vid.* la STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto *Volker und Markus Schecke y Eifert*, C-92/09 y C-93/09, apartado 52.

⁴⁴ Por su parte, la Directiva 2002/58/CE no alteró la situación descrita.

⁴⁵ *Vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, págs. 95-96. También en este sentido se ha pronunciado la AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 327/2003, Carácter de dato personal de la dirección IP, cit.*, págs. 1-2.

⁴⁶ *Vid.* AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 327/2003, Carácter de dato personal de la dirección IP, cit.*, págs. 1-2. Con todo, se debe tener en cuenta que la identificación que permite la IP es la del titular de la cuenta de acceso a Internet, pero este no tiene por qué coincidir con el concreto usuario infractor, cuando un mismo terminal conectado a la Red es empleado por varios sujetos. *Vid.*, en este sentido la sentencia del Bundesgerichtshof de 12 de mayo de 2010 (I ZR 121/08), reseñada en *GRUR-RR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report)*, 2010, Múnich, Beck, pág. 633.

⁴⁷ Este precepto prevé: «Los Estados miembros velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional, en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información, permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados».

das necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito. Al igual que el artículo 18 de la Directiva de comercio electrónico, el artículo 8.2 de la Directiva 2001/29 también destaca por su amplitud en cuanto a las medidas contempladas, entre las que, desde luego, cabe incluir la revelación de la identidad del infractor, cuanto esta resulta necesaria para garantizar que el titular de derechos de propiedad intelectual infringidos pueda interponer una acción de daños y perjuicios. Ello es así en la medida en que esta acción solo cabe contra el responsable de la infracción, que, normalmente, no será el prestador de los servicios de los que se vale el usuario para cometer la infracción, sino el infractor directo, a quien solo se va a poder demandar, en un sistema como el nuestro, si se conoce su identidad⁴⁸. Ello queda corroborado por el artículo 8.1 de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, regulador del régimen aplicable al denominado «derecho de información», en el que pueden ampararse los titulares de derechos de propiedad intelectual para obtener de los prestadores de servicios de la sociedad de la información la identidad de quienes infringen sus derechos por medio de Internet⁴⁹.

Respecto de la relación de estos dos bloques de normas, el TJUE ha sido revelador. En su auto de 19 de febrero de 2009⁵⁰ afirmaba que «el Derecho comunitario, en particular el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2004/48/CE, en relación con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no se opone a que los Estados miembros establezcan una obligación de transmitir a terceros particulares datos de tráfico personales para permitir ejercer acciones ante la jurisdicción civil contra las infracciones al derecho de propiedad intelectual». Eso sí, el Derecho de la UE exige que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a la Directiva de comercio electrónico, la Directiva de la sociedad de la información, la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y la Directiva de respeto de los derechos de propiedad intelectual, «procuren basarse en una interpretación de estas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales de que se trate»⁵¹.

⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, pág. 100.

⁴⁹ Este artículo 8.1 declara: «Los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que (...) c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras». Este precepto tiene su antecedente en el artículo 47 del ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio), que permite a los Estados parte «disponer que, salvo que resulte desproporcionado con la gravedad de la infracción, las autoridades judiciales puedan ordenar al infractor que informe al titular del derecho sobre la identidad de los terceros que hayan participado en la producción y distribución de los bienes o servicios infractores (...)».

⁵⁰ Auto del Tribunal de Justicia (Sala octava) de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH*.

⁵¹ A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como hemos visto, no solo otorga carácter de derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8), sino también a los derechos de propiedad intelectual (art. 17.2). Tanto el legislador como los tribunales españoles están obligados

Equilibrio que, asimismo, debe existir en la aplicación de las normas nacionales de transposición por parte de los tribunales de los veintisiete⁵².

Con base en dicha proporcionalidad, según reciente doctrina jurisprudencial del TJUE –en Ss. de 12 de julio de 2011⁵³ y 24 de noviembre de 2011⁵⁴–, los tribunales nacionales deben poder requerir a los proveedores de acceso a Internet para que adopten medidas dirigidas no solo a poner término a las lesiones de derechos de propiedad intelectual ya causadas, sino también a evitar nuevas infracciones. Sin embargo, una lectura conjunta de los bloques de directivas relativas a la protección de datos personales y a la tutela de derechos de propiedad intelectual se opone a un requerimiento judicial por el que se ordena a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar la circulación de archivos electrónicos –tanto salientes como entrantes– que contengan una obra o prestación protegidas sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnere los derechos de autor o derechos afines. Un sistema de este tipo, declara el TJUE, sería contrario al artículo 3.3 de la Directiva de respeto de los derechos de propiedad intelectual, que exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas, así como el derecho de protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones, pues recopila e identifica las direcciones IP de los usuarios que hayan enviado contenidos ilícitos y, al no distinguir suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, su establecimiento podría dar lugar a un bloqueo de las comunicaciones⁵⁵.

Por su parte, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento de datos tipo redes sociales, el TJUE, en Sentencia de 16 de febrero de 2012⁵⁶, ha declarado que una orden judicial de cesación ordenada por un juez de un Estado miembro, a instancia de un titular de derechos de pro-

al cumplimiento de la normativa europea citada y de la jurisprudencia del TJUE que interpreta estas normas, debiendo buscar un justo equilibrio entre ambos derechos, con el mismo rango e importancia, con base en el principio de proporcionalidad.

⁵² Seguidamente, el TJUE declara: «Asimismo, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas directivas, las autoridades y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas directivas, sino también no basarse en una interpretación de estas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad».

⁵³ Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

⁵⁵ En este mismo sentido se había pronunciado el abogado general P. CRUZ VILLALÓN en las conclusiones emitidas el 14 de abril referidas a este asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Para un resumen de todas estas dos sentencias y de las conclusiones citadas, *Vid.* MINERO ALEJANDRE, G., «Reseñas jurisprudenciales. Unión Europea», *Revista de Propiedad Intelectual Pe. i.*, núm. 39, de 2011, y núm. 40, de 2012.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV*.

propiedad intelectual y dirigida contra un prestador de servicios de alojamiento de este tipo, en defensa de las infracciones ya cometidas y en previsión de las posibles, que imponga la obligación de filtrar las comunicaciones llevadas a cabo a través de los perfiles de los usuarios de estas redes sociales implicaría la creación de un sistema informático complejo, exclusivamente a expensas del prestador de servicios, y que, por tanto, incumpliría la obligación de resultar equitativa y proporcionada y no excesivamente gravosa exigida por el artículo 3 de la Directiva de respeto de los derechos de propiedad intelectual, pues rompería el equilibrio que debe regir entre la protección de la propiedad intelectual y la tutela de la libertad de empresa en manos de los operadores, quedando esta última seriamente menguada. Además, esta medida vulneraría los derechos fundamentales de los clientes del prestador a la protección de datos de carácter personal y a la libertad de recibir y comunicar informaciones, previstos en los artículos 8 y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Por un lado, porque las medidas implican el análisis y tratamiento de la información de los perfiles de tales usuarios, teniendo esta información la naturaleza de datos de carácter personal, ya que permiten identificar a estos clientes. Por otro lado, porque el sistema de filtrado puede no discriminar a efectos de su análisis entre contenidos lícitos e ilícitos, pudiendo bloquear comunicaciones de contenido lícito y quedando afectada, con ello, la libertad de información de los clientes de la red social.

Hasta el momento, las demandas planteadas por titulares de derechos de propiedad intelectual supuestamente infringidos no se han dirigido, ni en España ni los países de nuestro entorno⁵⁷, contra este tipo de servicios de alojamiento de datos –redes sociales u otros–. Por contra, los requerimientos realizados han tenido por destinatarios a los proveedores de acceso a Internet, con el fin de asistir a los demandantes a conocer la identidad concreta de los supuestos infractores, a los efectos de entablar las correspondientes acciones legales contra estos últimos.

⁵⁷ A excepción hecha del litigio principal nacional que dio origen a la cuestión prejudicial planteada por la Rechtbank van eerste aanleg de Bruselas en el citado asunto *SABAM contra Netlog*. Netlog, demandada en el litigio principal, es una red social, en la que los usuarios pueden comunicarse entre ellos. SABAM, entidad de gestión demandante, considera que esta red social ofrece también a sus usuarios la posibilidad de usar, a través de su perfil, obras musicales y audiovisuales del repertorio de SABAM, poniéndolas a disposición del público sin su autorización y sin que Netlog abone una compensación por esa utilización. SABAM ejercita una acción de cesación con arreglo al citado artículo 87.1 de la ley belga contra Netlog, requiriendo a este que cesara inmediatamente la puesta a disposición ilícita de obras de su repertorio. Este precepto dispone: «El presidente del tribunal de primera instancia [...] declarará la existencia y ordenará que se ponga fin a las infracciones de los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor. Asimismo, podrá dictar un requerimiento judicial de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor». El citado tribunal belga plantea al TJUE la cuestión de si las Directivas 2000/31, 2001/29, 2004/48, 1995/46 y 2002/58, leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial hecho por un juez nacional por el que se ordene a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado: i) de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios; ii) que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; iii) con carácter preventivo; iv) exclusivamente a sus expensas; v) y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de dicho proveedor archivos electrónicos que contengan una obra sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnere los derechos de autor.

En el ámbito de las legislaciones nacionales, la incorporación de estas directivas a los ordenamientos internos de los Estados miembros ha permitido a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en algunos supuestos, obtener de las autoridades judiciales competentes órdenes de revelación de la identidad de los supuestos infractores dirigidas contra los proveedores de acceso a Internet, con algunas peculiaridades que más adelante expondremos. Sin embargo, el español, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, es un supuesto algo especial, dada la negativa generalizada de los órganos jurisdiccionales y de los prestadores de servicios en línea a desvelar dichos datos necesarios para interponer la correspondiente demanda. De ahí que, para eludir esta práctica sistemática de los proveedores de acceso a Internet españoles, y prestando una especial atención al carácter temporal –no fijo o estable– de la mayoría de direcciones IP actuales, algún prestigioso autor haya defendido la posibilidad de no calificar la IP como un «dato de carácter personal», sino como un mero «dato de tráfico», por llamativo que eso parezca⁵⁸.

Por tanto, el problema y sus vías de solución no se plantean solamente a nivel nacional. A nadie se le escapa que la dimensión internacional de estos asuntos viene propiciada por la naturaleza global de Internet. Desde el momento en que una persona pone un contenido disponible en la Red, este resulta accesible desde un ordenador conectado a Internet situado en cualquier país del mundo. De ahí que el tribunal ante el que se presenta la demanda por infracción de derechos de propiedad intelectual deba, antes de entrar a conocer del asunto, determinar si posee competencia judicial internacional para ello. Si bien, para el estudio de esta materia, me remito a la reconocida doctrina española e internacional que ha estudiado la cuestión⁵⁹, es importante señalar que la mera accesibilidad a los archivos infractores genera un daño cierto para los titulares de los derechos, lo cual puede generar una multiplicación de los foros, que habrá de ser evaluada caso por caso. Con todo, habremos de esperar a la resolución de las cuestiones prejudiciales pendientes ante el TJUE en relación con la materia⁶⁰.

A través de este trabajo pretendo dar una respuesta adecuada –mejor dicho, la menos mala posible– a los conflictos de intereses y derechos que entran en juego aquí. A tal efecto analizaré cuáles han sido los cambios normativos recientemente producidos en nuestro país y las diferencias –o coincidencias– con algunos países de nuestro entorno, su razón de ser y los posibles escollos que resulten de su aplicación.

⁵⁸ En este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, págs. 22 y 43-50.

⁵⁹ *Vid.*, entre otros, DE MIGEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 4.ª ed., 2011; HEINZE, C., «The CLIP Principles on Jurisdiction», *Intellectual Property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgment in Europe, Japan and the US*, BASEDOW, J., KONO, T., y METZGER, A. (coord.), Ed. Mohr Siebeck, 2010, págs. 68-69; LÓPEZ-TARRUELLA, A., «Criterio de focalización y forum delicti commissi en infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 31, 2009, págs. 16 y ss; y VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2007, 2.ª ed., págs. 194-195.

⁶⁰ Asunto C-532/10, *Winterstegier AG contra Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*. Las conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN fueron emitidas el 16 de febrero de 2012, sin que en la página web del TJUE se haya hecho pública aún la fecha del fallo del TJUE.

I.2. Análisis comparado de los precedentes legislativos y jurisprudenciales de los países de nuestro entorno (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Holanda, Suecia, Alemania, Austria, Bélgica y Francia)

Antes de analizar cuál era el estado legislativo y jurisprudencial español previo a las reformas de 2011, haré un recorrido por las prácticas seguidas en otros Estados a los efectos de atajar los perjuicios producidos por la piratería⁶¹.

a) Seguramente, el primer lugar donde se plantearon demandas frente a usuarios individuales de redes P2P fue en Estados Unidos. Pero tan pronto como los titulares de derechos de propiedad intelectual emprendieron acciones legales, se encontraron con la reticencia de los prestadores de acceso a Internet a revelar la identidad de sus clientes en el marco de dichas acciones. El punto de desacuerdo entre los unos y los otros radicaba en la sección 512(h) de la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 –en adelante, DMCA–, según la cual, el titular del *copyright* puede solicitar al oficial de cualquier Corte de Distrito federal –*subpoena*– que emita un requerimiento dirigido a un prestador de servicios en línea a fin de que comunique directamente al interesado las identidades de los abonados que hubiesen infringido sus derechos de propiedad intelectual⁶². Así, ante la batería de demandas entabladas en 2003 contra más de 250 usuarios, algunos proveedores de acceso sí facilitaron dichos datos a los titulares del *copyright* por esta vía, pero otros se negaron a ello, de manera que la cuestión acabó en los tribunales.

El asunto que enfrentaba a la RIAA –*Recording Industry Association of America*– y al prestador de servicios de acceso a Internet Verizon sirve para ilustrar el problema. La facultad que la sección 512(h) de la DMCA confiere a los titulares del *copyright* afecta a los derechos fundamentales de privacidad y secreto de las telecomunicaciones de los presuntos infractores del *copyright*,

⁶¹ Para un análisis más prolijo de la cuestión, *Vid.* los informes de la Comisión europea de noviembre de 2009 y abril de 2010 que llevan por título *Study on Online Copyright Enforcement and Data Protection in Selected Member States*, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/study-online-enforcement_en.pdf y http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/study-online-enforcement_042010_en.pdf

⁶² Para ello, el titular del *copyright* debe presentar tres documentos: una copia de la notificación de infracción del *copyright* a la que se refiere la sección 512(c)(3)(A) de la DMCA, una propuesta de requerimiento y una declaración jurada de que el propósito del requerimiento es obtener la identidad del supuesto infractor y de que la información solo será utilizada a los efectos de la protección del *copyright*. La notificación de la infracción del *copyright* a la que se refiere la citada 512(c)(3)(A) de la DMCA debe contener los siguientes elementos: i) la firma del titular del *copyright*; ii) la identificación de la obra objeto de *copyright* que supuestamente ha sido infringida; iii) la identificación del material que presuntamente infringe el *copyright* y que debe ser retirado o el acceso que debe ser eliminado; iv) información razonablemente suficiente para permitir al prestador de acceso a Internet ponerse en contacto con el solicitante del requerimiento; v) la declaración de creencia de buena fe en que el material supuestamente infractor no es lícito de acuerdo con la sección 506 (a)(1)(A) de la *Copyright Act* estadounidense; y vi) la declaración, bajo pena de perjurio, de que la notificación es correcta y de la capacidad procesal del solicitante del requerimiento. A la vista de estos documentos, cumplidos los requisitos formales apuntados, el oficial judicial firmará el requerimiento propuesto por el solicitante y se lo devolverá a este para que se lo envíe al correspondiente prestador de servicios de acceso a Internet. Una vez este último reciba dicho requerimiento, deberá revelar al solicitante la información a la que este se refiere. En caso de incumplimiento, el titular del *copyright* podrá solicitar la ejecución forzosa del requerimiento. *Vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, págs. 84-85.

ya que no es un juez quien autoriza dicho requerimiento, sino un oficial judicial, que se limita a constatar el cumplimiento de las exigencias formales antes apuntadas. En este caso el prestador de acceso a Internet requerido se negaba a revelar la identidad de sus clientes, presuntos infractores, alegando la inconstitucionalidad de la sección 512(h) de la DMCA, con base en la doctrina jurisprudencial referida al derecho a expresarse anónimamente⁶³. La Sentencia de la Corte de Apelación del distrito de Columbia de 19 de diciembre de 2003⁶⁴, confirmada posteriormente por otras cortes de apelación⁶⁵, resuelve este litigio, habiendo devenido posteriormente doctrina consolidada⁶⁶. Según esta, la sección 512(h) de la DMCA estaba pensada únicamente para los prestadores de servicios de alojamiento –*hosting*– respecto de los datos de los operadores de páginas webs, clientes suyos, contenidos en sus respectivas páginas webs, pero no para los prestadores de servicios de acceso a Internet.

Ahora bien, que la primera enmienda ampare el derecho al anonimato en la comunicación vía Internet no quiere decir que no sea posible instar la revelación de las identidades de los usuarios infractores del *copyright*, sino que, en estos casos, antes de comunicar dicha identidad, es necesaria la intervención de un juez, que habrá de efectuar una adecuada ponderación de los intereses en juego –no siendo suficiente, por tanto, la actuación del *subpoena* u oficial judicial prevista en la sección 512(h) de la DMCA–.

Ante la tendencia jurisprudencial citada, la estrategia de las industrias culturales norteamericanas se centró en presentar acciones individuales contra usuarios infractores del *copyright* de identidad desconocida –las denominadas *John Does lawsuits*–⁶⁷, de modo que es el propio juez que conozca del caso el que requerirá mediante diligencia judicial a los prestadores de acceso a Internet la información acerca de los usuarios que infringen los derechos de propiedad intelectual señalados bajo el aparente anonimato de una dirección IP⁶⁸. Para ello, el juez habrá de llevar a cabo un análisis de las pruebas presentadas por el actor, para las que se exigen las mismas reglas formales que en el supuesto de la sección 512(h) de la DMCA⁶⁹, de manera que solicitará al interme-

⁶³ La Corte Suprema había declarado que la decisión del comunicante de permanecer en el anonimato se enmarca dentro de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda (caso *Talley contra California*, 362 U.S. 60 [1960]). Doctrina que ha sido ampliada por las cortes inferiores a los supuestos de comunicaciones a través de Internet, con base en las resoluciones de la Corte Suprema en el caso *Reno contra ACLU* (521 U.S. 844 [1997]) y en el caso *ApolloMedia Corp. contra Reno* (526 U.S. 1061 [1999]). Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Distrito del Norte de Georgia, en el asunto *ACLU contra Millar* (977 F. Supp 1228 [1997]).

⁶⁴ *Recording Industry Association of America Inc. contra Verizon Internet Services, Inc.* (341 F.3d 1299 [2003]).

⁶⁵ Entre otras, la sentencia de la Corte de Apelación del Octavo Circuito de 4 de enero de 2005, asunto *Charter Communications Inc. y otros contra Recording Industry Association of America Inc. y otros*, 2005 WL 15416.

⁶⁶ *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Corte de Distrito de Carolina del Norte de 14 de abril de 2005, asunto *In re Subpoena to University of North Carolina at Chapel Hill* (2005 WL 1027099 [M.D.N.C. 2005]). En este sentido, también se ha pronunciado GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, pág. 24.

⁶⁷ Permitidas por la regla 45 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses.

⁶⁸ *Vid.* OWNER, J.R. y KATZ, A., «RIAA v. Verizon Internet Services, Inc.: Peer-to-peer networking renders section 512(h) subpoenas under the DMCA obsolete», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, núm. 24, 2004, págs. 633-634.

⁶⁹ En definitiva, para que proceda dictar esta orden, el solicitante tendrá que acreditar la necesidad de los datos requeridos para la continuación del procedimiento, así como la imposibilidad de obtenerlos por otras vías, proporcionar la

diario la revelación de la identidad del infractor desconocido siempre que exista un principio de prueba razonable –*fumus boni iuris*– por parte del titular del *copyright* demandante y cuando, tras una ponderación del interés público de identificar al infractor y el interés legítimo de este en preservar su intimidad, estime prevalente el primero de ellos. Táctica que, desde un auto pionero de 2005 de la Corte del distrito de Columbia en el asunto *Paramount Pictures Corp. contra John Davis*⁷⁰, ha tenido y sigue teniendo una muy buena acogida por los órganos jurisdiccionales estadounidenses⁷¹.

En el plano legislativo, pueden destacarse dos recientes proyectos de ley presentados por ambas cámaras –los mediáticos SOPA⁷² y PIPA⁷³, cuya negociación ha sido ciertamente problemática, por contar con igual número de partidarios –los titulares de *copyright*, tanto de manera individual como agrupados en asociaciones, y la práctica totalidad de la industria cultural norteamericana⁷⁴– que de detractores –de igual o mayor peso que los primeros, entre ellos, Google, YouTube, Facebook, Twitter, eBay, asociaciones de internautas, etc.⁷⁵–.

Ambas propuestas legislativas buscan ampliar los medios de los titulares de derechos de propiedad intelectual para hacer frente a las continuadas utilizaciones no consentidas, por medio de Internet, de sus obras y prestaciones protegidas. Así, entre las medidas contenidas en estos proyectos legislativos, está la posibilidad de intervención de un órgano administrativo –el Departamento de

información imprescindible para que el prestador de servicios de acceso a Internet pueda identificar al supuesto infractor y obligarse a no utilizar los datos resultantes para una finalidad distinta de la continuación del proceso por infracción del *copyright*.

⁷⁰ Auto de la Corte de Distrito de Columbia de 2 de diciembre de 2005, asunto *Paramount Pictures Corp. contra John Davis* (235 F.R.D. 102).

⁷¹ En el sector discográfico, la oleada de acciones emprendidas por la RIAA ha alcanzado a más de 30.000 usuarios de redes P2P, si bien en la mayoría de los supuestos no fue necesaria sentencia sobre el fondo, sino que se resolvieron por acuerdo extrajudicial. Por el impacto mediático alcanzado, puede citarse la Sentencia de la Corte de Distrito de Massachusetts de 9 de julio de 2010, asunto *Sony BMG Music Ent. contra Tenenbaum* (F. Supp. 2d 85 D. Mass. [2010]), en la que se condenó a un usuario infractor a abonar una indemnización originaria de 675.000 dólares en concepto de *statutory damages* por infracción dolosa del *copyright* de las discográficas demandantes. Esta indemnización quedó reducida posteriormente a 2.250 dólares por cada uno de los treinta fonogramas compartidos por dicho usuario a través de la red P2P. Igualmente populares fueron la Sentencia de la Corte del distrito de Tennessee Este de 10 de abril de 2006, en el asunto *Disney Enterprises, Inc. y otros contra Kathy Farmer* (427 F.Supp. 2d 807), y la Sentencia de la Corte de Distrito del Sur de Nueva York de 8 de septiembre de 2004, asunto *Elektra Entertainment Inc. contra Does 1-9*, 2004 WL 2095581 (S.D.N.Y. 2004).

⁷² *Stop Online Piracy Act* (H.R. 3261), introducida por el congresista Lamar Smith con fecha de 26 de octubre de 2011. Vid. la página web de la *Library of Congress*: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:HR03261>

⁷³ *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft on the Intellectual Property Act*, también denominada *Protect IP Act* (S. 968), introducida por el senador Patrick Leahy a fecha de 12 de mayo de 2011. Vid. <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:SN00968>. Ambas propuestas tratan de reconstruir la fallida *Combating Online Infringement and Counterfeits Act* –conocida como COICA–, propuesta en 2010, que engrosa la lista de proyectos de ley de lucha contra la piratería planteados desde 2003 que no han logrado superar el trámite legislativo.

⁷⁴ La Cámara de Comercio de Estados Unidos, uno de los grandes grupos a favor de la legislación propuesta, alega que la piratería supone a empresas norteamericanas daños y perjuicios cuantificables en más de 135.000 millones de dólares anuales.

⁷⁵ Todo ello acompañado de una campaña mediática e informática entablada por el grupo de *hackers* informáticos *Anonymous*. De ahí que a finales de enero de 2012 se decidiera aplazar la tramitación parlamentaria de ambos textos, con el fin de iniciar una nueva ronda de consultas con las asociaciones de internautas y otros opositores.

Justicia— con competencia para impedir el cobro de ingresos por publicidad o para decretar el cierre —bloqueo— de páginas webs, alojadas en territorio norteamericano, que permitan las descargas o visualizaciones ilegales de obras o prestaciones protegidas, aun cuando los titulares de tales páginas no tengan su residencia en dicho territorio, y todo ello sin necesidad de orden judicial previa⁷⁶. Asimismo, a instancia de parte, dicho órgano podría exigir a los buscadores de Internet —Google, Yahoo!, Lycos, entre otros— que eliminen tales páginas de sus resultados de búsqueda⁷⁷, o bien que inutilicen los enlaces a estas páginas que aparezcan en otros sitios webs. En caso de entablarse un procedimiento judicial posterior, el cumplimiento de tales resoluciones administrativas sería requisito necesario para desestimar la posible demanda de responsabilidad vicaria —*vicarious liability*— contra el prestador de servicios en Internet —bien el prestador de acceso, bien el buscador web—, complementaria a la demanda contra los usuarios infractores directos de los derechos de propiedad intelectual⁷⁸.

Ante el fracaso de estas propuestas legislativas, la RIAA ha anunciado con fecha de 14 de marzo de 2012 que los principales proveedores de servicios de Internet implementarán sistemas de alerta antipiratería (*Copyright Alert System*) a partir del 1 de julio de este año⁷⁹. El anuncio llega después de que las industrias discográfica (representada por la RIAA) y cinematográfica (representada por la MPAA⁸⁰) llegaran a un acuerdo de buenas prácticas con los proveedores de acceso a Internet⁸¹.

b) Una práctica similar se sigue en Canadá, donde no existe, sin embargo, una norma equiparable en lo sustancial a la sección 512(h) de la DMCA estadounidense. De ahí que los titulares del *copyright* hayan empleado sistemáticamente la vía de las demandas contra infractores de identidad desconocida —*John Does lawsuits*⁸²—, en el curso de las cuales solicitan al juez el requerimiento de la revelación de la identidad de los sujetos demandados. Orden judicial que, al igual que sucede en el ordenamiento estadounidense, también se encuentra reconocida en la normativa procesal

⁷⁶ Razón por la cual buena parte de las críticas vertidas contra la sección 512(h) de la DMCA, antes expuestas, se han extendido a estas nuevas propuestas legislativas.

⁷⁷ Incluidos los puestos reservados a páginas anunciantes, previo pago al buscador web.

⁷⁸ Para dichos infractores directos esta normativa propuesta prevé una pena de prisión de hasta cinco años, en caso de reincidencia en un periodo igual o inferior a seis meses.

⁷⁹ Desde el anuncio, los proveedores de acceso a Internet no han revelado cuáles serán sus medidas antipiratería. Según el director de la RIAA, «esto se debe a que cada proveedor debe desarrollar sus infraestructuras para poner en marcha el sistema, lo cual requiere establecer una base de datos para poder hacer un seguimiento de los infractores habituales». El *Copyright Alert System* es un mecanismo de respuesta gradual que consiste en el envío de alertas pedagógicas del acceso y uso ilegales a contenido protegido por la propiedad intelectual. Tras los avisos, los proveedores de acceso a Internet eligen entre una serie de medidas, que en ningún caso incluyen el cierre de la cuenta del usuario infractor.

⁸⁰ *Motion Picture Association of America*.

⁸¹ El acuerdo lleva desarrollándose desde el 2008. Año en que la industria discográfica anunciaba su intención de colaborar con los proveedores de banda ancha como eje principal de su estrategia antipiratería. Tras el acuerdo de julio de 2011, el reciente anuncio representa un paso más hacia la implementación de este marco común. No se trata de nueva legislación, sino de una colaboración voluntaria del sector privado. El texto íntegro del acuerdo puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.copyrightinformation.org/sites/default/files/Memorandum%20of%20Understanding.pdf>

⁸² De hecho, en algunas de las demandas planteadas, la acción se dirige, de manera literal, contra «*John Doe and all those persons who are infringing copyright in the plaintiffs' sound recordings*». Así, por ejemplo, en la demanda que dio origen a la sentencia de la Corte Federal de 31 de marzo de 2004 (2004 FC 488). Para un análisis de esta, *vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *cit.*, pág. 90.

canadiense⁸³. Los requisitos exigidos por la Corte Federal para dictar orden judicial son, asimismo, similares a los expuestos en relación con el ordenamiento estadounidense. Al *fumus boni iuris* y a la ponderación de derechos entre el interés público en revelar la identidad y el interés del infractor en conservar la intimidad,⁸⁴ se le añade el requisito de que la persona requerida –el prestador de acceso a Internet– deba ser compensada razonablemente por los gastos en que incurra para cumplir la orden así dictada.

c) En el Reino Unido, los tribunales aplican a las infracciones de derechos de propiedad intelectual, por medio de redes P2P o de páginas webs de enlaces, la tradicional doctrina jurisprudencial *Norwich Pharmacal order*, según la cual si bien el sujeto que asiste a otro a cometer un acto ilícito sin tener conocimiento de tal ilicitud no se tiene por responsable de este, sí estará obligado a facilitar al demandante toda la información de la que disponga acerca de la infracción cometida, incluida la identidad del infractor⁸⁵.

En este país, la ponderación de intereses entre la protección de datos personales y la tutela del *copyright* pasó al plano normativo en 2010, con la introducción de las secciones 124 A a 124 N de la *Digital Economy Act*⁸⁶. Al igual que sucedió con la sección 512(h) de la DMCA estadounidense, también la normativa británica fue impugnada desde la perspectiva de la protección de datos personales de los usuarios de Internet. Sin embargo, hasta la fecha presente, ninguna de estas acciones han sido exitosas⁸⁷.

El procedimiento establecido en esta nueva norma, por su carácter gradual, guarda cierto parecido con la respuesta legislativa francesa, sobre la que posteriormente volveremos⁸⁸. En resumidas

⁸³ En este caso, en la regla 238 de las *Federal Court Rules* de 1998, SOR/98-106. Esta disposición permite requerir a un tercero antes de la celebración del juicio para que proporcione cierta información necesaria para continuar el procedimiento.

⁸⁴ En la sentencia de la Corte Federal de Apelación citada, el tribunal aclara que si existe riesgo de que la información suministrada no sea fiable, por haber transcurrido un lapso de tiempo excesivo entre la fecha de solicitud de la identidad de los supuestos infractores y la fecha en la que el demandante recopiló los datos necesarios, la medida judicial solicitada deberá ser denegada, con el fin de evitar la posibilidad de revelación de datos personales correspondientes a personas distintas de los infractores –e inocentes–.

⁸⁵ El nombre de esta doctrina, que data de la década de los setenta, se debe al demandante del litigio que dio origen a esta: sentencia de la House of Lords de 26 de junio de 1973, asunto *Norwich Pharmacal Co. contra Customs and Excise Comrs*, [1974] A.C. 133 (H.L.). Esta doctrina fue aplicada por primera vez en supuestos de infracciones del *copyright* en 2004, en el conocido asunto *Universal Island Records Ltd. y otras contra NTL Group Ltd. y otros*, resuelto por la High Court of Justice [Chancery Division] por Auto de 14 de octubre de 2004. Entre las sentencias relativas a redes P2P en las que esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada se pueden citar la Sentencia de la High Court of Justice (Chancery Division) de 28 de noviembre de 2005, asunto *Polydor Ltd y otros contra Brown y otros* [2005] EWHC 3191 (Ch); y la Sentencia de la Patents Court de 1 de diciembre de 2010, asunto *Media C.A.T. Ltd contra A y otros* [2010] EWPC 17. Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., «El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes P2P», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 28, 2008, pág. 43.

⁸⁶ De 8 de abril de 2010. Entrada en vigor el 12 de junio de 2010.

⁸⁷ Las alegaciones fueron descartadas por la High Court of Justice, en su Sentencia de 20 de abril de 2011, asunto *British Telecommunications Plc. & TalkTalk Telecom Group Plc. contra The Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2011] EWHC 1021 (Admin).

⁸⁸ Para un análisis en profundidad de este procedimiento, vid. RYAN, J. y HEINL, C., *Internet Access Controls: Three Strike's Graduated Response' Initiatives*, The Institute of International and European Affairs, 2010, págs. 12 y ss.; y GARROTE

cuentas, el prestador de acceso a Internet, a solicitud del titular del *copyright* supuestamente infringido y con los datos proporcionados por este, debe verificar si dichos datos coinciden con los de alguno de sus abonados y, de ser así, deberá enviar una carta de aviso al correspondiente usuario, advirtiéndole de que la dirección IP asignada a este sujeto ha sido utilizada para cometer infracciones al *copyright* de un tercero. Realizada dicha notificación, el proveedor tiene la obligación de introducir en un registro propio, no la identidad del usuario amonestado en un registro, pero sí el *nickname* o alias empleado en sus actuaciones ilícitas. Por medio de dicho registro, el titular del *copyright* podrá constatar la existencia de infractores reincidentes y hacer uso de él a la hora de entablar una acción o medida cautelar. Comprobada la coincidencia, el juez que conozca de la solicitud del titular del *copyright* podrá emitir un auto en el que ordene al prestador de acceso a Internet revelar la identidad del sujeto infractor, so pena de multa pecuniaria al prestador que se niegue a ello⁸⁹. Cumplida la orden por el prestador de acceso a Internet, es el titular del *copyright* –y no el prestador de acceso a Internet– quien deberá mandar un aviso definitivo o final al supuesto infractor de sus derechos, solicitándole la cesación de la actuación infractora. En caso de negativa, el titular del *copyright* podrá proseguir la vía judicial haciendo uso de los datos obtenidos⁹⁰.

d) A diferencia del Reino Unido, Irlanda no ha arbitrado mecanismos legislativos para requerir a los prestadores de acceso a Internet desvelar la identidad de sus clientes infractores. Sin embargo, sí se ha seguido la tendencia jurisprudencial del Reino Unido –la doctrina de la *Norwich Pharmacal order* a la que acabamos de hacer referencia–, de forma que sistemáticamente los titulares del *copyright* han acudido a los tribunales para solicitar a estos que dicten órdenes por las que se obligue a los proveedores de acceso a Internet a revelar la identidad de sus abonados, siempre y cuando dicho juez constatare el cumplimiento de una serie de requisitos, prácticamente idénticos a los ya expuestos hasta ahora⁹¹. Tampoco en este país se han acogido los alegatos de aquellos que afirmaron la invasión por esta práctica jurisprudencial del ámbito reservado a la protección de datos personales⁹².

e) Un procedimiento similar al vigente en el Reino Unido desde 2010 ya regía en Suecia un año antes, tras la modificación del artículo 53 de la ley del derecho de autor sueca⁹³. En la aplicación

FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, págs. 27-29.

⁸⁹ Multa que podrá ascender hasta las 250.000 libras esterlinas.

⁹⁰ Con todo, aún está pendiente de aprobación por la Office of Communications –OFCOM– el procedimiento técnico que aclare cómo deben llevarse a cabo las labores de detección de direcciones IP y qué requisitos formales debe presentar el titular del *copyright* para entenderse que existe *fumus boni iuris*, al estilo estadounidense.

⁹¹ Demostración *prima facie* de la existencia de una infracción del *copyright*, inexistencia de otro medio razonable para averiguar la identidad del supuesto infractor y declaración jurada de destinar la información así obtenida para entablar un proceso judicial en contra del supuesto infractor por razón de la infracción del concreto *copyright* alegado en este primer estadio. *Vid.*, entre otras, las sentencias de la High Court of Justice (Commercial) de 8 de julio de 2005, asunto *EMI Records Ireland Ltd y otros contra Eircom Ltd y BT Communications Ireland Ltd*, [2005] IEHC 233; y de 11 de octubre de 2010, asunto *EMI Records Ireland Ltd y otros contra UPC Communications Ireland Ltd*, [2010] IEHC 377.

⁹² *Vid.*, entre otras, la Sentencia de la High Court of Justice de 16 de abril de 2010, asunto *EMI Records Ireland Ltd y otros contra Eircom Ltd*, [2010] IEHC 108. *Vid.*, en este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, págs. 29-31.

⁹³ Modificada por Ley de 1 de abril de 2009. Con ello, se complementa la excepción al derecho de protección de datos personales prevista desde 1998 en la sección 21 de la Ley de Protección de Datos personales sueca, en relación con procesos judiciales

de esta norma, los órganos jurisdiccionales suecos han puesto un especial hincapié en el análisis del cumplimiento del test de proporcionalidad de la medida adoptada, de modo que habrá de constatar-se, a la luz de las características de cada caso concreto, que la finalidad legítima de la protección del derecho de autor o derecho afín deba prevalecer sobre los inconvenientes que, desde el punto de vista de la privacidad y el secreto de las comunicaciones, lleve consigo su implementación⁹⁴.

f) En Alemania, a falta de una regulación expresa en la *Urheberrechtsgesetz*⁹⁵ de este tipo de procedimientos de revelación de identidades de sus clientes por parte de los proveedores de acceso a Internet⁹⁶, los tribunales de este país admiten sistemáticamente este tipo de solicitudes a instancia de parte, pues son estos –los órganos judiciales– los únicos con competencia para dictar este tipo de órdenes⁹⁷. Para ello, eso sí, se exige la existencia de «escala o carácter comercial» de la infracción del derecho de autor o derecho afín⁹⁸. Requisito que ha sido interpretado de muy diversa forma por los tribunales alemanes⁹⁹. En todo caso, será el solicitante de la medida de identificación quien deba

referidos a infracciones de derechos de propiedad intelectual. La especialidad con respecto a la nueva normativa británica anteriormente expuesta es que, en el caso sueco, la letra g) del citado artículo 53 de la Ley de Derecho de Autor prohíbe expresamente la creación de bases de datos o simples ficheros en los que se recopile información sobre las infracciones cometidas por los abonados de un proveedor de acceso a Internet, a efectos de la comprobación de su reincidencia.

⁹⁴ Además del *fumus boni iuris* y de la necesidad de la revelación de los datos como requisitos para entablar una acción judicial por el titular de los derechos de propiedad intelectual supuestamente infringidos. *Vid.* el Informe de la Comisión europea de noviembre de 2009, *Study on Online Copyright Enforcement and Data Protection in Selected Member States*, *cit.*, págs. 46-48. Así, entre otras, la sentencia de la Corte de Distrito de Solna de 25 de junio de 2009, asunto núm. Å 2707-09 y la sentencia de la Corte de Apelación de Svea de 13 de octubre de 2009, asunto ÖÅ 6091-09.

⁹⁵ Ley del derecho de autor y derechos afines, *Gesetz über das Urheberrecht und Verwandte Schutzrechte Urheberrechtsgesetz* –en adelante, UrhG–.

⁹⁶ *Vid.* la sentencia del Oberlandesgericht de Zweibrücken de 2 de septiembre de 2009 (4 W 45/09).

⁹⁷ *Vid.* el Informe de la Comisión europea de noviembre de 2009, *Study on Online Copyright Enforcement and Data Protection in Selected Member States*, *cit.*, pág. 36.

⁹⁸ «*In gewerblichem Ausmaß*», art. 101(1) de la UrhG. Para una justificación de la exigencia de este requisito, como medio para ponderar las necesidades de protección de los derechos de propiedad intelectual, por un lado, y el derecho a la protección de datos personales, por otro, *Vid.* la sentencia del Oberlandesgericht de Köln de 23 de enero de 2012 (6 W 13/12).

⁹⁹ En la sentencia del Landgericht de Köln de 30 de abril de 2009 (24 O 143/07) se indica que la mera subida de archivos infractores a la red P2P por el usuario individual no se trata de una puesta a disposición del público a escala comercial. Antagónicamente parece pronunciarse la sentencia del Landgericht de Oldenburg de 15 de septiembre de 2008 (5 O 2421/08), en la que se afirma que el simple uso de una red P2P indica la existencia de escala o carácter privado de la obra o prestación protegida. En las sentencias del Oberlandesgericht de Karlsruhe de 1 de septiembre de 2009 (6 W 47/09), del Oberlandesgericht de Frankfurt de 12 de noviembre de 2009 (11 W 41/09) y del Oberlandesgericht de Köln de 26 de julio de 2010 (6 W 77/10), de 27 de diciembre de 2010 (6 W 155/10) y de 13 de octubre de 2011 (6 W 223/11), los tribunales pusieron un especial énfasis en el hecho de que la obra o prestación protegida se hubiese puesto a disposición del público en una red P2P en un momento previo o, por el contrario, con posterioridad a la fecha de su estreno o de su primera venta en Alemania y, en este último caso, cuál había sido el lapso temporal entre el estreno o inicio de la distribución de la obra o prestación protegidas o de su comunicación pública y la posterior puesta a disposición del público sin el consentimiento del titular de los derechos de autor o derechos afines. En un sentido similar también se han pronunciado las Sentencias del Oberlandesgericht de Hamm de 18 de mayo de 2010 (4 W 40/10) y del Oberlandesgericht de Schleswig de 8 de octubre de 2009 (Az 6 W 21/09). En la valoración de la existencia de escala comercial o privada contenida en las dos últimas sentencias citadas se tiene muy en cuenta, asimismo, el volumen de obras o prestaciones protegidas cuyos derechos son infringidos por los actos de puesta a disposición en Internet. *Vid.* las reseñas contenidas en *GRUR-RR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report)*, 2009, Múnich, Beck, págs. 296-297 y 379-381. En las sentencias del Oberlandesgericht de Hamburgo de 17 de febrero de 2010 (5 U 60/09), del Oberlandesgericht de Zweibrücken de 2 de febrero de 2009 (3 W 195/08) y del Landgericht de Kiel de 2 de septiembre de 2009 (2 O 221/09) el punto de partida es el valor de mercado que la obra o prestación protegidas alcanzarían, de haber sido el acceso a estas legal.

reembolsar al operador de acceso a Internet los posibles costes en los que el cumplimiento de esta orden judicial se traduzca para este, por mínimos que sean¹⁰⁰, y los datos personales comunicados habrán de ser destruidos tras el uso para la identificación de los sujetos infractores, sin posibilidad alguna de crear ficheros o registros de usuarios reincidentes¹⁰¹.

Además, se debe traer a colación una curiosa sentencia del *Bundesgerichtshof* de 12 de mayo de 2010¹⁰², de la Corte Suprema Federal alemana, que determinaba que, en aquellos supuestos en los que una concreta línea o acceso a Internet hubiera sido utilizada para cometer infracciones a la propiedad intelectual por un sujeto distinto del titular de dicha línea y sin el consentimiento de este¹⁰³, la acción de cesación también estaba abierta contra el concreto titular de la cuenta, por haber contribuido a tal violación –*Störerhaftung*–, al no tomar los medios necesarios para impedir a los terceros utilizar su red con fines ilícitos. Según esta sentencia, el titular de un acceso a Internet sin cables tiene la obligación de asegurar que este acceso se encuentre suficientemente protegido por medidas de seguridad apropiadas. Sin embargo, advierte la Corte, este deber de aseguramiento no implica la obligación de adaptar las medidas de seguridad a los nuevos y constantes desarrollos de la técnica, sino que se entiende cumplido una vez que se implanten de manera efectiva las medidas de seguridad existentes en el momento de la compra del equipo¹⁰⁴.

f) La situación es muy similar tanto en Austria como en Bélgica, en donde también se exige el conocimiento de la identidad del infractor para entablar acciones legales contra su persona, sin posibilidad, por tanto, de interponer *John Does lawsuits* al estilo anglosajón¹⁰⁵. La revelación de dicha identidad ha de exigirse mediante orden judicial, a instancia del titular de los derechos supues-

¹⁰⁰ Vid. la citada sentencia del Landgericht de Oldenburg de 15 de septiembre de 2008.

¹⁰¹ Vid. las sentencias del Oberlandesgericht de Frankfurt de 16 de junio de 2010 (13 U 105/07), Oberlandesgericht de Hamburgo de 17 de febrero de 2010 (5 U 60/09), así como las sentencias del Landgericht de Múnich I de 20 de agosto de 2011 (21 O 7841/11) y del Landgericht de Frankenthal de 21 de mayo de 2008 (6 O 156/08). Vid. el comentario contenido en *MMR (Multimedia und Recht)*, 2008, Múnich, Beck, págs. 687 y ss.

¹⁰² Sentencia del Bundesgerichtshof de 12 de mayo de 2011 (I ZR 121/08), en el célebre asunto *Sommer unseres Lebens*.

¹⁰³ Dicho titular logró probar que no se encontraba de su domicilio en la fecha en que tuvo lugar la infracción, sino de vacaciones, de manera que no pudo tener acceso a Internet a través de la red wifi posteriormente identificada.

¹⁰⁴ Obligación que no se había respetado en el supuesto de hecho litigioso, al no haber instalado el demandado, ni en el momento de la compra del equipo ni tampoco posteriormente, los mecanismos de seguridad existentes en el mercado. Vid. la reseña contenida en *GRUR-RR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report)*, 2010, Múnich, Beck, pág. 633. También en la sentencia del Bundesgerichtshof de 11 de marzo de 2009 (I ZR 114/06), la Corte Suprema Federal declaraba la responsabilidad del titular de una cuenta (en este caso, de una cuenta en una página web de subastas) por culpa *in vigilando* con respecto a las violaciones a los derechos de propiedad intelectual cometidas desde dicha cuenta. Vid. la reseña contenida en *GRUR-RR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report)*, 2009, Múnich, Beck, pág. 597.

¹⁰⁵ Así se prevé en el artículo 71 del Código de Procesal Criminal austriaco, por un lado, y en los artículos 46 bis y 88 bis del Código Procesal Criminal belga. En el ordenamiento belga se prevé la posibilidad, absolutamente excepcional, de que sea la fiscalía quien emita la orden de revelación de la identidad, también a instancia del titular de derechos supuestamente infringidos, y siempre que exista una justificación suficiente de la urgencia, y que dicha decisión sea confirmada en el plazo máximo de tres días por un juez (párrafo tercero del art. 100.b del Código Procesal Criminal). Entre la doctrina, Vid. EDTHALER, J. y SCHMID, H., «Auskunft über IP-Adressen im Strafverfahren», *MMR (Multimedia und Recht)*, 2008, Múnich, Beck, pág. 220.

tamente infringidos, una vez constatado el cumplimiento del requisito de la escala comercial de la infracción¹⁰⁶.

g) El caso francés es algo más particular. Tras una propuesta de reforma de la normativa penal no muy bien recibida por el Consejo Constitucional¹⁰⁷, el legislador francés se decantó por un «sistema de respuesta gradual» –también denominado «sistema de los tres avisos»–, adoptando las polémicas Leyes HADOPI –I y II¹⁰⁸–. Dicho engranaje consiste en encomendar a una autoridad administrativa –no judicial– creada a tales efectos –HADOPI¹⁰⁹– la labor de solicitar a los órganos jurisdiccionales la labor de ordenar la interrupción de la conexión a Internet a aquellos usuarios a los que de manera reiterada –hasta en tres ocasiones– se les hubiere advertido de que el intercambio de archivos que contuvieren obras o prestaciones protegidas sin el consentimiento de los respectivos titulares de derechos es una conducta infractora. En concreto, la Ley HADOPI I regulaba un mecanismo que permitía a la citada autoridad administrativa recibir las denuncias de los titulares de derechos de propiedad intelectual y trasladarlas a los prestadores de acceso a Internet para que estos últimos enviaran avisos a sus clientes acerca del carácter ilícito de sus actuaciones. Si después de haber recibido dos de esos avisos¹¹⁰ el usuario sigue realizando este tipo de conductas infractoras, la propia HADOPI, al tener conocimiento de ello, podrá proceder a desconectar del servicio de acceso a Internet a dicho usuario por un plazo mínimo de dos meses y máximo de un año¹¹¹. Sanción que, por motivos de efectividad, va acompañada de la advertencia acerca de la imposibilidad de suscribir, por parte de ese concreto usuario, durante el mismo periodo, otro contrato de prestación de servicios de acceso a Internet con cualquier otro proveedor¹¹².

¹⁰⁶ Vid. la sentencia de la Corte Suprema austríaca de 14 de julio de 2009, asunto *LSG contra Tele2* (4 Ob 41/09x).

¹⁰⁷ Inicialmente, el texto de la Ley núm. 2006-961, de 1 de agosto, relativa al derecho de autor y los derechos vecinos en la sociedad de la información contenía una polémica reducción de las penas previstas para quienes intercambiaran ilegalmente obras y prestaciones protegidas en redes P2P mediante la redacción de un nuevo artículo 335.11 del *Code de la Propriété Intellectuelle*, que transformaba dicho delito en una mera falta. Sin embargo, dicha rebaja fue considerada por el Consejo Constitucional como discriminatoria en relación con las infracciones a los derechos de propiedad intelectual que no se llevaban a cabo mediante este tipo de redes –para los que se contemplaban penas más graves–, de manera que finalmente se optó por mantener para este tipo de infractores digitales las mismas penas vigentes que para el resto de infracciones de los derechos de propiedad intelectual –esto es, multas pecuniarias de hasta 30.000 euros y penas de privación de libertad de hasta 3 años–. Vid. LUCHAS-SCHLOETTER, A., «La Loi Française relative au droit d'auteur dans la société de l'information», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 25, 2007, Bercal, pág. 42.

¹⁰⁸ Ley número 2009-669, de 12 de junio de 2009, para favorecer la difusión y la protección de la creación en Internet –conocida como Ley HADOPI I– y la Ley número 2009-1311, de 28 de octubre de 2009, relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet –Ley HADOPI II–.

¹⁰⁹ Siglas con las que habitualmente se hace referencia a la «*Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits ser Internet*».

¹¹⁰ El primero, vía correo electrónico. El segundo, mediante carta certificada.

¹¹¹ El proveedor de acceso a Internet a quien la HADOPI hubiese notificado la suspensión deberá proceder a ello en el plazo de 45-60 días. En caso de negativa, se expondrá a una sanción pecuniaria de un importe máximo de 5.000 euros por cada incumplimiento constatado.

¹¹² Para ello, la HADOPI ha articulado un fichero con las identidades de las personas cuyo acceso a Internet ha sido suspendido por este motivo. Los proveedores de acceso a Internet están obligados a comprobar, en el momento de firmar nuevos contratos, si el nombre del contratante figura o no en dicho registro, con el deber de denegar el servicio a aquellos sujetos que se contengan en ese fichero. En caso contrario, el proveedor se expone a una multa pecuniaria de hasta 5.000 euros por cada incumplimiento constatado. La sanción alternativa a la suspensión del servicio de acceso a Internet consiste en una orden remitida al infractor para que tome las medidas de seguridad necesarias para evitar que se produzcan nuevas

Este sistema fue declarado inconstitucional por el Consejo Constitucional en junio de 2009¹¹³, por considerar que la intervención de un órgano de naturaleza administrativa no era suficiente para entender satisfechas las garantías de ponderación de derechos implicados¹¹⁴. De ahí que meses más tarde se aprobara la denominada Ley HADOPI II, que modifica la primera versión de la norma¹¹⁵, en el sentido de establecer la obligación de la HADOPI de comunicar a una serie de tribunales especializados la información de que dispone acerca de las denuncias por infracción de derechos de propiedad intelectual contra el concreto sujeto. Serán dichos tribunales especiales –y no la propia HADOPI– los que gocen de la competencia exclusiva para imponer la sanción correspondiente, tras un breve proceso judicial, con intervención del supuesto infractor. Tras ello, eso sí, la HADOPI sigue siendo el órgano administrativo responsable de la ejecución de la sanción impuesta por el órgano judicial.

1.3. Práctica jurisprudencial española anterior a la reciente reforma normativa

La batalla encarnizada por devolver la paz a los mares de Internet ha generado asimismo una respuesta en nuestro país, a través de la mal llamada «Ley Sinde¹¹⁶» y del denominado «Reglamento Wert¹¹⁷». En sustancia, la finalidad de esta nueva regulación es que la Administración pueda declara-

infracciones desde su línea o cuenta de Internet –de entre los medios aprobados por la HADOPI para el cumplimiento de este fin–, informando a la HADOPI de su efectiva implantación. Si es necesario, ello irá acompañado de una multa coercitiva. Este segundo tipo de sanción parece estar especialmente prevista para las empresas y personas jurídicas en general, para quienes la interrupción del acceso a Internet podría conllevar consecuencias desproporcionadas. *Vid.* VIDAL PORTÁBALES, J.I., «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P: especial referencia al caso francés (HADOPI)», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 29, 2008-2009, págs. 624-627.

- ¹¹³ Decisión del Consejo Constitucional número 2009-580, de 10 de junio de 2009. Disponible en el siguiente enlace: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf
- ¹¹⁴ Artículos 2 y 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Además, se objetó la posible contravención del principio general de separación de poderes, así como la limitación de varias manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva. En particular, de la presunción de inocencia (art. 9 de la declaración), que se opone a la inversión de la carga de la prueba prevista en la Ley HADOPI. En base a dicha inversión probatoria, el usuario supuestamente infractor, titular de un acceso a servicios de comunicación en línea, deberá probar que dicho acceso no ha sido objeto de una utilización que vulnere los derechos de propiedad intelectual por un tercero, distinto a su persona, para poder eludir así la imposición de la sanción (párrs. 17-19 de la decisión). Dicha carga de la prueba se articula con base en el deber del titular de un acceso a Internet de vigilar que su cuenta no es empleada por terceros para vulnerar derechos de propiedad intelectual.
- ¹¹⁵ La adaptación propuesta sí pasó el nuevo examen de constitucionalidad –decisión del Consejo Constitucional núm. 2009-590, de 22 de octubre de 2009–, por lo que se permitió la adopción de la Ley HADOPI II.
- ¹¹⁶ Esta extendida denominación tiene el defecto de inducir a considerar que la materia de la lucha contra las infracciones de la propiedad intelectual ocupa la totalidad del texto legal, cuando esta es, en realidad, una mera disposición final, la número 43.^a, de la prolija Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de mayo de 2011).
- ¹¹⁷ Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011), entrado en vigor el 1 de marzo de 2012. Las críticas a la confusa denominación popular de la disposición final 43.^a de la Ley de Economía Sostenible no son extensibles, sin embargo, a esta norma de rango reglamentario. Al igual que en la «Ley Sinde», el «Reglamento Wert» debe su apodo a un apellido del actual ministro de Educación, Cultura y Deporte –José Ignacio Wert Ortega–. Siendo esta segunda norma una implementación reglamentaria de la anterior, ORDÓNEZ SOLÍS, D. mantiene, sin embargo, que también «es de justicia denominarlo "Reglamento Sinde"». ORDÓNEZ SOLÍS, D., «Ciberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde», ponencia pronunciada el 15 de febrero de 2012, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa.

rar la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante páginas y sitios webs y, tras ello, pueda exigir que se interrumpa el acceso a Internet de los usuarios que llevaron a cabo tales conductas o que se retiren de las páginas y sitios webs los archivos infractores. Con ello, España se encuentra en fase de ensayo de una solución normativa para combatir las descargas ilegales en Internet que, inspirándose en gran medida en la experiencia francesa, se basa en la actuación combinada de la Administración y de los tribunales de lo contencioso-administrativo –en autorización y control de los actos de la Administración–. Este peculiar procedimiento administrativo-judicial no obsta, por otra parte, para la aplicación del resto de regímenes tradicionales para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual –como ilícitos civiles y penales que dichas actuaciones son–.

Con dicha respuesta legislativa se pretende atajar los problemas surgidos por el ineficiente cuerpo normativo y, sobre todo, por la caótica situación jurisprudencial anterior, cuyo desorden se predicaba tanto del plano civil como del ámbito penal.

1.3.1. Práctica civil. El abandono de la acción de cesación del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

En primer lugar, debemos traer a colación en este apartado la confusa jurisprudencia de los tribunales españoles acerca de la calificación técnica de los actos de explotación de obras y prestaciones protegidas a través de redes P2P y de páginas de enlaces.

En todo caso, el *uploading* de los archivos infractores –su subida a Internet mediante la correspondiente plataforma P2P o la página de enlaces– supone un acto de reproducción no autorizada, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), para los autores, y de los artículos 107.1, 115.1 y 121.1 del mismo cuerpo legal, en el supuesto de titulares de derechos afines¹¹⁸. Pero también implica, de manera adicional y necesaria, una puesta a disposición del público de dichos contenidos protegidos, sin previa autorización del titular del derecho concernido y, por tanto, una infracción de los artículos 20.2 i), 108.1 b), 116.1 y 122.1 de la LPI. Así lo ha señalado la doctrina de forma unánime¹¹⁹.

Sin embargo, tal uniformidad no es predicable de los tribunales españoles. Efectivamente, los órganos jurisdiccionales de nuestro país solamente han mantenido esta postura en ocasiones, con carác-

¹¹⁸ Artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales, respectivamente.

¹¹⁹ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., «El límite de la copia privada y las redes de intercambio peer-to-peer», *cit.*, pág. 164; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, pág. 34; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., «Napster "copias robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *cit.*, pág. 74, y, de este mismo autor, «La sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso Grokster: la matizada condena de los operadores P2P», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 21, 2005, Bercal, pág. 146; SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, *cit.*, págs. 163 y ss.; PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad intelectual y sociedad de la información*, Aranzadi, 2001, pág. 211; y BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUÉS, M., «El caso Napster», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXI-2000, 2001, pág. 442.

ter de *obiter dicta*, sin que pueda hablarse de una tendencia jurisprudencial estable o consolidada a nivel nacional. En este sentido, podemos citar, entre otras resoluciones, el Auto de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de septiembre de 2009, en el caso *elitedivx.com*; el Auto de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de septiembre de 2009, en el asunto *Todo-torrente*; la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de septiembre de 2011, referida a los sitios webs *Fenixp2p* y *mp3-es*; y, en cierto modo, la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero de 2011, en relación con el sitio web *elrincondejesus*¹²⁰. Eso sí, podemos afirmar que en todas las sentencias citadas se percibe un cierto viraje jurisprudencial, todavía tímido, pero que algunos autores ya habían augurado¹²¹, dejando atrás con ello una tendencia no definida o consolidada, pero sí cercana a lo que algunos denominaron el «test del servidor». Dicha postura jurisprudencial anterior venía denegando la calificación de acto de comunicación pública a la provisión de un enlace a contenidos ilícitos cuando los archivos infractores estuvieran alojados en el servidor de un tercero, y no en el servidor propio del titular de la página web en la que se contienen tales enlaces, con lo que se evadía de manera sistemática la consideración como infracción¹²².

En segundo lugar, es importante precisar las condiciones en las que se excluye la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, establecida por la Directiva sobre el comercio electrónico y contenida en el artículo 17 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico. Ciertamente, a la luz de la amplia interpretación de la noción de alojamiento, que engloba no solo los supuestos de *hosting* en el sentido estricto –esto es, los servidores webs–, sino también el mero almacenamiento de datos –archivos, entre otros– enviados por los usuarios a una página o sitio web, cualquier administrador o *webmaster* de una página web de enlaces se subsuma en la categoría de «prestadores de servicios de la sociedad de la información que facilitan enlaces a otros contenidos», por lo que le será aplicable la exención de

¹²⁰ En cierto sentido, esta última sentencia también puede incluirse en este grupo, si bien el lenguaje confuso que se emplea en ella demuestra que las partes no fueron capaces de exponer con suficiente claridad en qué consistían las descargas llevadas a cabo desde el sitio web demandando (*elrincondejesus*) desde el punto de vista tecnológico.

¹²¹ MASSAGUER FUENTES y PEGUERA POCH se basaban en la citada amplitud de la cláusula general del artículo 20.1 de la LPI, en la que se define el acto de comunicación pública, para afirmar que los órganos jurisdiccionales españoles adoptarían, tarde o temprano, la tendencia de considerar la mera provisión de un enlace a una obra o prestación protegidas en cualquier sitio web –sin previa autorización del titular de derechos de propiedad intelectual– una acción que permite a una pluralidad de personas acceder a una obra o prestación protegida (enlazada) y, por ello, un supuesto claro de comunicación pública de estas, en infracción de los derechos de propiedad intelectual de un tercero. *Vid.* MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 13, 2003, Bercal; y PEGUERA POCH, M., «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web *elrincondejesus*)», diario *La Ley*, núm. 7462, sección Doctrina, 7 de septiembre de 2010, año XXXI, editorial La Ley.

¹²² Sin embargo, en su posterior Sentencia de 7 de julio de 2011, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia número 301/2011, parece volver a emplear esta doctrina, denegando la calificación de comunicación pública a la actuación llevada a cabo por el titular de una página web de enlaces –Índiceweb–. Esta tendencia jurisprudencial se aprecia en una serie de autos de medidas cautelares que, sin pronunciarse sobre el fondo, denegaban las medidas solicitadas por falta del necesario *fumus boni iuris*, esto es, por no apreciarse de modo indiciario la existencia de infracción de la propiedad intelectual (Auto núm. 185/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009; y Auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva, de 11 y 13 de noviembre de 2009).

responsabilidad por las infracciones de los derechos de propiedad intelectual producidas por los contenidos enlazados por estos¹²³.

Así, más que en el hecho de si existe o no un verdadero alojamiento de contenidos, la discusión se ha centrado en si caen o no dentro del ámbito de aplicación de la norma mencionada aquellos prestadores que lleven a cabo tareas tales como el diseño y estructuración de la página, la clasificación y organización de los contenidos y, en su caso, la promoción de los mismos, como sucede en las páginas webs de enlaces. Pues bien, en este sentido, el TJUE ha advertido que la exención de responsabilidad prevista en la Directiva de comercio electrónico solamente se aplica a prestadores de servicios de la sociedad de la información que tienen una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, luego no gozan ni de conocimiento ni de control de la información transmitida o almacenada. Poca duda cabe de que en este concepto de *hosting* activo no exento de responsabilidad por las infracciones de derechos de propiedad intelectual producidas por los contenidos almacenados en su página web se encuentran los administradores de cualquier sitio web de enlaces¹²⁴. Por tanto, de consolidarse esta interpretación, la utilidad la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios se verá severamente reducida. Si bien en otros Estados miembros la aplicación de este criterio ha servido para declarar la responsabilidad de este tipo de páginas y sitios webs¹²⁵, en España aún está por ver cuál será su grado de efectiva aplicación judicial¹²⁶.

En último lugar, la vía civil encuentra en España un tercer problema, añadido a los dos anteriores, que no es otro que el escaso éxito, por falta de alegación, del mecanismo previsto en el artículo 138 de la LPI, consistente en instar de manera acumulativa el cese de la actividad ilícita del infractor y la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140 de este cuerpo legal. Esta medida ha pasado a un segundo plano, a pesar de su enorme potencial práctico, debido al protagonismo actual de la vía penal, presente en la inmensa mayoría de demandas por infracciones de derechos de propiedad intelectual en Internet planteadas en nuestro país¹²⁷. El alcance de la pretensión de cesación es doble, pues se entienden incluidas

¹²³ Así se ha pronunciado el TJUE en las citadas sentencias *L'Oréal y otros contra eBay y otros y Google France y otros contra Louis Vuitton Malletier y otros*.

¹²⁴ En la inmensa mayoría de los casos, las listas de obras y prestaciones protegidas contenidas en este tipo de páginas viene acompañada de la imagen de las portadas de los álbumes o de los carteles publicitarios, así como de comentarios ilustrativos. En muchos supuestos, se ofrecen instrucciones o guías para llevar a cabo la reproducción en *streaming* o la descarga en el PC y existe un control de las descargas de cada archivo, que se acompaña, en algunos casos, de un *ranking* de los archivos más descargados o mejor valorados por los usuarios.

¹²⁵ A modo de ejemplo, Italia, en Sentencia del Tribunal de Milán de 19 de mayo de 2011, en la que se condena a Yahoo Italia S.r.l. a raíz de una demanda presentada por Reti Televisive Italiane S.p.a. (Sentencia núm. 10893/11).

¹²⁶ Para un análisis más detallado de la cuestión, *vid.* PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, editorial Comares, Granada, 2007; y XALABARDER PLANTADA, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, disponible en <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

¹²⁷ Al contrario de lo que sucede en otros Estados miembros cuyos ordenamientos prevén una acción de cesación similar. Así, por ejemplo, en el Derecho inglés esta acción es conocida como *final injunction* de tipo prohibitivo, cuya admisión queda a discreción del juez y solo se concede en defensa de *property rights*. Por su parte, en el Derecho alemán la acción de cesación se recoge hoy en el artículo 97 de la UrhG, si bien ya se reconocía antes de la promulgación de esta ley, por aplicación analógica del artículo 1.004 del Código Civil alemán –*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB– (acción negatoria gene-

la cesación y eliminación de los resultados de la infracción, así como la prohibición de reanudación o de continuación, lo cual es especialmente útil en el contexto de Internet, cuyas actividades tienen un carácter mayoritariamente continuado o duradero¹²⁸. Sin embargo, como consecuencia de los múltiples problemas interpretativos reseñados en este apartado, el potencial o la utilidad de esta acción de cesación no ha sido proporcional a su grado de uso efectivo.

1.3.2. Práctica penal. Narración de un fracaso anunciado

Sin perjuicio de reservar el análisis de esta cuestión a los expertos en la materia, sí me gustaría dedicar unas líneas al estudio de las exigencias previstas el tipo básico de delitos relativos a la propiedad intelectual, regulado en el artículo 270 del Código Penal. Según este precepto, para que el uso no consentido de una obra o prestación protegidas sea punible debe producirse con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. Precisamente, la estricta interpretación jurisprudencial de estos requisitos en relación con los usos *on-line* no consentidos de obras o prestaciones protegidas ha conducido a la falta de intervención punitiva general¹²⁹. En realidad, la interpretación de los citados requisitos por los jueces de lo penal ha venido dictada por la postura adoptada por la Fiscalía General del Estado, que, mediante su Circular 1/2006¹³⁰, excluía el factor del ánimo de lucro de las conductas de «subir, bajar o intercambiar en Internet archivos infractores de los derechos de la propiedad intelectual¹³¹». Poco se tiene en cuenta por la Fiscalía la realidad de este tipo de páginas webs, cuya financiación no es otra que la inserción de publicidad o el cobro por la creación de cuentas *premium* por sus usuarios, con mayores prestaciones que las cuentas ordinarias. Esta exclusión cierra la vía penal

ral del propietario). *Vid.* CORNISH, W., APLIN, T. y LLEWELYN, D., *Intellectual Property Law: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2010, pág. 45; y ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, Berlín, 1980, pág. 293.

¹²⁸ *Vid.* CARRASRO PERERA, A., «Comentario al artículo 139», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1.674-1.675.

¹²⁹ En este sentido, se ha pronunciado BARRIO ANDRÉS, M., «Luces y sombras del procedimiento para el cierre de páginas webs (a propósito del desarrollo reglamentario de la "Ley Sinde")», diario *La Ley*, núm. 7789, sección Tribuna, 2 de febrero de 2012, año XXXIII, editorial La Ley, págs. 2-3. La lista de sentencias en las que se deniega la tutela penal por entender incumplido el requisito del ánimo de lucro es voluminosa. Las primeras resoluciones que niegan la tipicidad de estos supuestos son la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10.ª, de 15 de septiembre de 2004, y la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3, de 14 de julio de 2006. En contra de esta línea, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2011, en la que se declara, con cita de la STS de 21 de julio de 2006, que: «El ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita».

¹³⁰ Circular 1/2006, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, págs. 34 y ss.

¹³¹ La citada circular declara: «Por lo general, hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras, tales como las de colocar en la Red o bajar de Internet o las de intercambio de archivos a 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».

para los titulares de derechos de propiedad intelectual infringidos y nos aleja de la práctica llevada a cabo en la mayoría de los países de la UE¹³² y en los Estados Unidos¹³³.

En resumidas cuentas, el estado de la cuestión en los momentos previos a «Ley Sinde» y el «Reglamento Wert» se caracteriza por un enorme grado de inseguridad jurídica. Esta situación se crea por la suma de la carencia de un tipo penal en el que englobar las infracciones de derechos de propiedad intelectual llevadas a cabo en Internet –en paulatino aumento– y por la falta de uniformidad de los tribunales civiles acerca de la calificación técnica de estas conductas. Todo ello unido a las críticas estadounidenses del modelo español¹³⁴. Ni la primera ni la última ratio de nuestro Derecho eran vías reales y efectivas para los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a las infracciones de las que venían siendo víctimas.

II. LA «LEY SINDE» Y EL «REGLAMENTO WERT» COMO RESPUESTA ESPAÑOLA. LAS LUCES Y LAS SOMBRAS DEL PROCEDIMIENTO CREADO

Con el fin de frenar la situación arriba descrita –nada deseable– la respuesta normativa ha sido tajante. La «Ley Sinde» modifica la LPI, la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico –LSSI– y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–. Por su parte, el «Reglamento Wert» regula un auténtico procedimiento administrativo *sui generis* en favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual infringidos, que aumente las vías de protección de estos, pero que sea, a su vez, acorde con los derechos fundamentales de la persona que también están en juego –protección de datos personales y libertad de expresión y derecho a la información¹³⁵–. A este procedimiento se aplicarán los derechos de defensa y los principios de celeridad y proporcionalidad previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común¹³⁶. A su vez, el principio de con-

¹³² A nivel comunitario carecemos, sin embargo, de una norma clara. El debate se centró en la fracasada directiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, en cuyo trámite ante el Parlamento europeo se introdujo una enmienda en el artículo 2 de la norma propuesta por la Comisión [COM(2005)276 final], a los efectos de excluir la relevancia penal de actos no lucrativos efectuados en Internet. A nivel español, este hecho se interpretó como un mensaje para despenalizar el intercambio de archivos en redes P2P y las páginas webs de enlaces. No así en otros Estados miembros.

¹³³ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *cit.*, pág. 20.

¹³⁴ En Estados Unidos, el informe anual sobre la piratería en el mundo de 2010 (el conocido *Special 301 Report*) sigue insistiendo –como ya lo hizo en 2009– en que la derogación de la Circular 1/2006 supone un elemento imprescindible para la suficiente protección de las industrias culturales de nuestro país –y, claro está, para la adecuada explotación de los productos culturales estadounidenses en España–. *Vid.* LÓPEZ MAZA, S., MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., MINERO ALEJANDRE, G., MORALEJO IMBERNÓN, N. y SÁNCHEZ ARISTI, R., «Informe de la International Intellectual Property Alliance (IIPA) sobre la protección y aplicación de la normativa de propiedad intelectual en España», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 35, 2010, Bercal, págs. 103-127.

¹³⁵ Las etapas más relevantes de este procedimiento administrativo son, por tanto, las siguientes: solicitud de iniciación, identificación del infractor (para lo que es necesaria intervención del juez central), acuerdo de incoación, fase de alegaciones, fase de prueba, propuesta de resolución, conclusiones, resolución y, en su caso, ejecución administrativa (donde vuelve a ser necesaria la intervención del juez central).

¹³⁶ Por ello, la falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión de Propiedad Intelectual en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa (nuevo art. 158.4 *in fine* LPI).

tradicción se entiende cumplido al procurar la nueva normativa la intervención de los interesados, mediante trámite de alegaciones, en las distintas fases del procedimiento, antes de declararse la ilegalidad de su actuación.

Tal y como seguidamente se expondrá, la tarea de la «Ley Sinde» y el «Reglamento Wert» resultaba compleja, en la medida en que debían coordinarse normas muy distintas –relativas a los derechos de autor y afines, al funcionamiento de Internet y al procedimiento judicial–, y ha tenido que conciliar intereses enfrentados –los de los titulares de derechos de propiedad intelectual, los de los usuarios web y los de los proveedores de acceso a Internet–. Con todo, el grado de intervención administrativa que resulta de esta reforma normativa sigue siendo bastante modesto, necesitado en todo caso de la autorización y el refrendo de los órganos judiciales.

En primer lugar, se modifica el artículo 158 de la LPI para, entre otros fines, crear una Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual –en adelante, CPI–, destinada a asumir las funciones previstas en los artículos 8 y siguientes de la LSSI –salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los prestadores de servicios de la sociedad de la información–. Se trata de un órgano administrativo integrado por funcionarios con un alto grado de profesionalidad en la materia de la propiedad intelectual y dependiente de la dirección política marcada por el Gobierno de la Nación¹³⁷.

En segundo lugar, se modifica el artículo 8.1 de la LSSI, con el fin de prever la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual como una de las cinco únicas razones que justifican el otorgamiento por medio de una ley de la competencia –a un determinado órgano– para el establecimiento de medidas de retirada de datos o de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que hubiera sido utilizado para atentar contra la propiedad intelectual¹³⁸.

El procedimiento administrativo se inicia siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual alegados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio¹³⁹, debiendo con-

¹³⁷ La Sección Segunda, bajo la presidencia del titular de la Secretaría de Estado de Cultura o persona en la que este delegue, se compone de un total de cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Economía y Competitividad, Industria, Energía y Turismo y Presidencia, designados por dichos departamentos, entre el personal de las Administraciones públicas perteneciente a grupos o categorías para los que se exija educación superior, y que reúnan conocimientos específicos acreditados en materia de propiedad intelectual y, en su caso, de los ámbitos del derecho procesal, de la jurisdicción contencioso-administrativa y de las comunicaciones electrónicas (nuevo párrafo quinto del art. 158.4 de la LPI y art. 14.1 del «Reglamento Wert»). A la fecha de cierre del presente trabajo, el nombramiento de los miembros de la Sección Segunda no se ha producido aún, por lo que, tal y como establece la disposición transitoria única del «Reglamento Wert», esta se entenderá integrada por los tres árbitros que componen la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en la actualidad.

¹³⁸ Además de la salvaguarda del orden público y de la investigación judicial, la protección de la salud pública y la defensa de los consumidores, el respeto de la dignidad de la persona y del principio de no discriminación y la protección de la juventud y la infancia, se añade un nuevo párrafo e) a este artículo 8.1 de la LSSI: «La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual».

¹³⁹ Nunca de oficio (art. 15.2 del «Reglamento Wert»). La instancia del procedimiento, así como el resto de comunicaciones entre el interesado y la Sección Segunda deberán realizarse por medios electrónicos, tal y como ha establecido la Orden ECD/378/2012, de 28 de febrero, por la que se establece la obligatoriedad de los interesados en el procedimiento de

tenerse en la solicitud de iniciación la acreditación de esta condición¹⁴⁰, así como la identificación de la concreta obra o prestación protegidas —o las varias— objeto de la solicitud. Correlativamente, se debe constatar también, por cualquier medio de prueba, la supuesta ilegalidad de la conducta alegada —esto es, la acreditación de que la obra o prestación está siendo explotada, de manera lucrativa o no, a través de Internet, mediante un acto específico, sin que medie la previa autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual—, junto con la correspondiente justificación de la concurrencia, directa o indirecta, de un daño causado o que pueda causarse a dicho titular como consecuencia de esta utilización ilícita de sus obras o prestaciones protegidas —sin que ello se traduzca necesariamente para su contraparte, el supuesto infractor, en un ánimo de lucro en el sentido penal antes expuesto—¹⁴¹.

A la hora de instar el inicio del procedimiento ante la Sección Segunda, el solicitante deberá presentar los datos de que disponga que permitan o contribuyan a identificar al responsable de la supuesta infracción mediante la localización de los servicios de la sociedad de la información contra los que se dirige el procedimiento. Sin embargo, puede que la obtención de estos datos sea imposible para el solicitante, dadas las dificultades expuestas en el primer epígrafe de este trabajo. Para este tipo de supuestos, la nueva regulación contempla la posibilidad de que la Sección Segunda, al constatar la falta de identificación del supuesto infractor, remita de forma inmediata al órgano jurisdiccional competente una solicitud de autorización judicial para requerir al proveedor del acceso a Internet o del servicio de alojamiento de datos la cesión de los datos que permita tal identificación del presunto infractor, a fin de que pueda serle notificado el inicio del procedimiento y pueda personarse como interesado en el mismo, con pleno respeto del principio de contradicción¹⁴². Una vez dictada la correspondiente autorización judicial, el intermediario tendrá un plazo máximo de 48 horas para aportar los datos que permitan inequívoca identificación del responsable de la infracción¹⁴³.

salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual de comunicarse con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos (BOE núm. 51, de 29 de febrero de 2012). Solo por esta vía puede llegar a cumplirse la brevedad de los plazos regulados en la nueva normativa. En el Anexo IV del «Reglamento Wert» se contiene el modelo oficial de solicitud de inicio del procedimiento ante la Sección Segunda que debe ser utilizado por el interesado, muy similar al resto de modelos oficiales empleados para instar los procedimientos de mediación y arbitraje de los que es competente la Sección Primera (Anexos I-III).

¹⁴⁰ Artículo 17.2 a), b) y c) del «Reglamento Wert». Por tanto, es posible su instancia por las entidades de gestión de los derechos de autor que tuvieran encomendada la gestión del derecho cuya infracción se alega.

¹⁴¹ Artículo 17.2 d) y e) del «Reglamento Wert».

¹⁴² Artículo 18.1 del «Reglamento Wert». Esta primera intervención judicial está amparada por el nuevo artículo 8.2 de la LSSI, modificado por la «Ley Sinde». Una vez obtenida la autorización judicial, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos personales necesarios para llevar a cabo la identificación del sujeto responsable de la infracción de los derechos de propiedad intelectual. El Juzgado de lo Central, en el plazo 24 horas, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará auto de autorización, siempre que no resulte afectado el artículo 18, apartados 1 y 3, de la Constitución. Dictado el auto sobre la solicitud de autorización judicial para la localización, la Sección Segunda trasladará el contenido del mismo al prestador del servicio. Para el caso de que se deniegue la autorización judicial, la Sección Segunda podrá acudir en apelación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pero, a la luz de los plazos que se marcan en la nueva normativa, ello equivaldría a un suspenso del procedimiento ante la Sección Segunda, que abocaría al fracaso el procedimiento administrativo iniciado.

¹⁴³ Según ORDÓÑEZ SOLÍS, esta fase preliminar del procedimiento administrativo se trata de una «actuación administrativa de investigación, que, al afectar a un derecho fundamental como es el de la protección de datos, requiere autorización judicial». En este sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *cit.*, pág. 16.

Tras la identificación del supuesto responsable de la infracción, bien en el escrito de solicitud de iniciación del procedimiento, bien tras el correspondiente requerimiento judicial, la Sección Segunda dictará acuerdo de inicio, que se notificará al responsable de la infracción, así como al prestador de acceso a Internet y del alojamiento de datos, requiriendo al primero para que proceda, en el plazo de 48 horas, a la retirada voluntaria de los contenidos supuestamente infractores o, en su defecto, a realizar las alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas –sobre la existencia de una auto-rización para la explotación o sobre la aplicación de un límite a los derechos de propiedad intelectual en el que la utilización pueda estar amparada¹⁴⁴–.

De interrumpirse voluntariamente el servicio infractor o retirarse los contenidos así identifi-cados, la Sección Segunda archivará el procedimiento sin más trámite, por entenderse satisfechos los intereses del titular de los derechos cuya infracción se pretende corregir con el inicio de este proce-dimiento¹⁴⁵. Esta es la vía sencilla; la utopía creada por nuestro legislador, difícilmente trasladable a la práctica si tenemos en cuenta el valor del cumplimiento voluntario en esta fase: el pleno recono-cimiento implícito de la vulneración alegada, que podrá ser tomado en consideración en procedi-mientos judiciales que puedan entablarse con posterioridad contra ese mismo sujeto.

Por todo ello, en la práctica, lo más común será la falta de cumplimiento voluntario. En este último caso se dedicará un plazo máximo de dos días a la prueba, notificándose posteriormente el resultado a los interesados, así como la propuesta de resolución de la Sección Segunda, para que estos presenten sus conclusiones como trámite de audiencia, en los siguientes cinco días¹⁴⁶. Tras dicho plazo, la Sección Segunda dictará resolución, cuyo contenido se limitará a declarar la infrac-ción –o falta de esta– de los derechos de propiedad intelectual objeto del procedimiento y, en su caso, a determinar los efectos de dicha ilegalidad. Tales efectos serán asimismo muy limitados, tratándose de la orden al responsable de la infracción de la retirada de los contenidos vulnerado-res de derechos o bien de la interrupción del servicio de alojamiento de datos u otros servicios infractores¹⁴⁷. Ello sin perjuicio, claro está, del resto de medidas contenidas en los artículos 138 y siguientes de la LPI –acción de cesación, indemnización de daños y perjuicios, medidas cautela-res–, que seguirán estando a disposición del titular de derechos de propiedad intelectual infringi-dos, si bien habrán de alegarse en el seno de un procedimiento civil o penal, pero no en esta sede administrativa¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Artículos 19 y 20.1 del «Reglamento Wert».

¹⁴⁵ Artículo 20.2 del «Reglamento Wert». Para evitar posibles actuaciones dilatorias y retiradas no sinceras, este precepto prevé que «si se reanuda la actividad vulneradora, la Sección, a instancia del solicitante que dio inicio al procedimiento, podrá acordar la reapertura del expediente archivado, en la fase de prueba y conclusiones, o, de haberse realizado ya dichas actuaciones, dictando la resolución final». Se entenderá por reanudación el hecho de que «el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa retirada voluntaria de los contenidos».

¹⁴⁶ Estas actuaciones, previstas en el artículo 21 «Reglamento Wert», son un reflejo más del pleno cumplimiento del princi-pio de contradicción y de la necesidad de búsqueda del justo equilibrio entre los varios intereses enfrentados dentro del nuevo procedimiento administrativo.

¹⁴⁷ Nuevo párrafo segundo del artículo 158 de la LPI.

¹⁴⁸ Nuevo párrafo cuarto del artículo 158 de la LPI.

Esta resolución será notificada a las partes y al proveedor del servicio de acceso a Internet y de alojamiento de datos, debiendo ser cumplida en un plazo de 24 horas desde su notificación¹⁴⁹. A falta de cumplimiento, la Sección Segunda se dirigirá al órgano jurisdiccional competente para que dicte auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas en la resolución administrativa. Los plazos nuevamente son breves: dos días para convocar una audiencia y dos días para resolver. En este caso, el juez realizará una ponderación entre el derecho de propiedad intelectual cuya vulneración consta en la resolución administrativa y los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información –que los sujetos que hayan sido declarados infractores seguramente esgrimirán con ahínco–¹⁵⁰. Tal auto será nuevamente notificado a los interesados, contando los prestadores de servicios de intermediación –acceso a Internet y alojamiento de datos– con un plazo de 72 horas para proceder a la suspensión de sus servicios en relación con el responsable de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Dicha suspensión cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda el restablecimiento de la legalidad o, en todo caso, una vez transcurrido un año desde la ejecución de la medida¹⁵¹.

En este sentido, es importante señalar que la nueva normativa (art. 13.6 «Reglamento Wert») recuerda la vigencia del régimen sancionador de la LSSI en cuanto que tipifica una infracción muy grave, el incumplimiento de la orden administrativa de suspensión del acceso a la red o del alojamiento de datos por el correspondiente prestador de estos servicios de intermediación, cuya intervención se hubiese requerido a lo largo del procedimiento [art. 38.2 b)], y prevé para este supuesto una sanción económica de entre 150.001 y 600.000 euros [art. 39.1 a) de este cuerpo legal].

Por tanto, la nueva regulación no se limita a establecer un simple procedimiento administrativo para el restablecimiento de las condiciones de legalidad del uso de obras y prestaciones protegidas. Pretende que en dicho procedimiento se cumplan efectivamente las exigencias de ponderación de varios intereses en juego previstas en todo procedimiento judicial. De ahí que sean varias las intervenciones judiciales previstas. La competencia judicial se resuelve con la citada reforma de la LJCA, en la que se decide centralizar la autorización y el control judiciales en la Audiencia Nacional. Dicha intervención se debe, en particular, a un doble principio. De un lado, la garantía de los derechos fundamentales referidos a la cesión de datos personales y a la libertad de expresión e información. Del otro, el común sometimiento de las decisiones administrativas al control judicial. De ahí que, como hemos visto, esta intervención judicial se produzca tanto durante la tramitación del procedimiento administrativo por la CPI como una vez terminado este. Corresponde a los jueces centrales de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la cesión de los datos personales necesarios para identificar la conexión a Internet desde la que se está realizando la conducta presuntamente infractora. A su vez, tras la declaración administrativa –por la Sección Segunda de la CPI– de la ilegalidad de la actuación, estos jueces podrán ejecutar

¹⁴⁹ Artículo 21 del «Reglamento Wert».

¹⁵⁰ También en este supuesto, cuando se deniegue la autorización judicial para la ejecución, vuelve a ser posible el recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pero dejaría herida de muerte la efectividad de este procedimiento administrativo, cuyo valor depende de su celeridad. Por ello, resulta más conveniente iniciar la vía civil o penal.

¹⁵¹ Artículos 23 y 24 del «Reglamento Wert».

dicha decisión administrativa. Por otra parte, como toda actuación administrativa, la resolución de la Sección Segunda de la CPI quedará sujeta al control de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional¹⁵². En este último caso, el control se extenderá tanto a lo procedimental como a lo material de la decisión administrativa y, en su caso, a las medidas cautelares que pudieran haberse tomado¹⁵³.

La intervención judicial así regulada responde, sin lugar a dudas, a la limitación de las facultades de los órganos administrativos a la hora de afectar a determinados derechos fundamentales. En definitiva, el legislador ha considerado que en estos casos la última palabra debe venir de un juez. Esta perspectiva está en sintonía con las preocupaciones del Consejo Constitucional francés respecto de los riesgos creados por la Ley HADOPI I, anteriormente expuestos¹⁵⁴. Sin embargo, en el caso español, esta postura tan garantista que se traduce en un doble examen judicial no se ha defendido ni regulado en relación con otro supuesto similar al de las infracciones de la propiedad intelectual: las relacionadas con el juego *on-line* sin autorización previa. Para estas últimas, se establece que las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional del Juego no necesitarán del refrendo judicial posterior para garantizar la plena vigencia de la libertad de expresión, aun cuando el medio elegido para realizar la infracción sea una página o sitio web¹⁵⁵. Por ello, cabría preguntarse si este procedimiento judicial de autorización de la ejecución forzosa de la decisión administrativa de la CPI no resulta algo confuso y, en cierto modo, innecesario¹⁵⁶.

III. CONCLUSIÓN. VALORACIÓN PERSONAL DE LA MEDIDA Y REFLEXIÓN ACERCA DE LAS POSIBLES ALTERNATIVAS Y MEJORAS

Las nuevas tecnologías relacionadas con el entorno digital han abierto nuevos horizontes a la propiedad intelectual, tanto respecto a novedosas formas de explotación como en relación con las posibles vías de creación. Pero estas nuevas posibilidades plantean también problemas igualmente trascendentes, de cuya resolución depende el desarrollo presente y futuro de la cultura y de la ciencia. De ahí la importancia de encontrar fórmulas jurídicas adecuadas para que la creación y el disfrute de lo creado puedan contemplarse en términos complementarios, y no de forma antagónica. La única vía posible para ello es alcanzar un equilibrio realista entre la protección de la cultura y el acceso a esta, teniendo en cuenta el contexto cultural que nos toca vivir y dando un mismo valor a todos

¹⁵² Como ocurre con las resoluciones de otros organismos de carácter similar. Por ejemplo, los actos administrativos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos.

¹⁵³ Por lo que se refiere a los incidentes cautelares, en este supuesto todo hace pensar que la vía que utilizarán los afectados por la resolución administrativa que declare la vulneración de los derechos de autor o afines será la cauterarísima del artículo 135 de la LJCA.

¹⁵⁴ *Vid.* el punto referido a Francia, dentro del análisis comparado contenido en el epígrafe I.2 de este trabajo.

¹⁵⁵ *Vid.* artículos 36 y siguientes de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

¹⁵⁶ En este sentido, también se ha pronunciado ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *cit.*, pág. 19.

los factores implicados en esta operación aritmética: los creadores y los consumidores de cultura¹⁵⁷. El surgimiento de amenazas comerciales para los viejos mercados es un rasgo común a todo cambio tecnológico y, en particular, para aquellos sujetos que cuentan con consolidados cauces de distribución. Pero la historia demuestra que el tiempo y las fuerzas del propio mercado, a menudo, logran equilibrar los intereses en juego, si bien para ello a veces es necesaria una actuación normativa y jurisdiccional conjunta¹⁵⁸. Legislador y juzgador han de ir de la mano, marcando una senda coherente, constructiva y complementaria.

Esta equivalencia de las fuerzas o intereses en juego no se consigue, ni por asomo, en el modelo del gratis total. Esta no es, en ningún caso, una opción viable, pues el estímulo de los usuarios para descargar ilegalmente obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual resulta proporcional a la falta de incentivo de los creadores para producir nuevas obras y frenar con ello el riesgo de anquilosamiento cultural. Argumento que, por otra parte, no es distinto de la creencia cultural, enraizada en términos de justicia social, de que todo trabajador merece ser retribuido por los frutos de su trabajo. Si bien seguramente la solución del problema esté lejos de conseguirse infundiendo temor en los ciudadanos –temor que muchos han advertido en las normas adoptadas por el legislador español o por su homólogo francés–, no es menos cierto que, en tanto no se definan nuevos modelos de explotación cultural¹⁵⁹, y con un carácter meramente transitorio, esta es, quizás, la menos mala de todas las vías posibles en las circunstancias coyunturales actuales.

Con todo, a modo de reflexión o crítica final, bien vale preguntarse si es o no sensato el revuelo creado en relación con la regulación de un tema –la defensa de la propiedad intelectual– tan necesariamente secundario o subsidiario si se compara con el maremagno normativo contenido en la Ley de Economía Sostenible –en la que la disp. final 43.^a, la llamada «Ley Sinde», se engloba–, que según su artículo 1.º tiene por objetivo tratar de solucionar el trance económico español. En palabras de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la finalidad de esa disposición final y del desarrollo reglamentario posterior no es otra que «poner remedio al expolio de la propiedad intelectual en la Red». Hecho que, según este autor, solo puede entenderse «por el arraigo que ha adquirido en nuestro país el gratis total», gracias a la actuación de un colectivo cada vez más amplio, cuya capacidad de movilización rompe todas las previsiones de sociólogos y políticos: los internautas¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Resulta obligada la remisión al estudio elaborado por C. GEIGER para el Consejo de Europa en octubre de 2009, con el título *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information*, octubre de 2009, disponible en la página web del *Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle*, en la siguiente URL: http://www.ceipi.edu/uploads/media/Conference_Geiger_GB.pdf.

¹⁵⁸ Los altibajos del mercado cultural son una constante de todas las épocas. En este sentido ya se pronunciaba CASAS VALLÉS hace más de un lustro, a la luz de los peligros creados entonces por la famosa red de intercambios Grokster. *Vid.* CASAS VALLÉS, R., «La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Grokster ante el Tribunal Supremo de los EE. UU.», *Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento*, núm. 15, 2005, editorial Aranzadi, pág. 535.

¹⁵⁹ Algunos de ellos ya incipientes, si bien aún no rentables, tales como Spotify, en el campo musical, o Youzee y Netflix, en el terreno audiovisual, basados en la estrecha colaboración entre titulares de derechos de propiedad intelectual y distribuidores y en la importante inyección económica del patrocinio publicitario.

¹⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La Ley Sinde», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011, sección Tribuna, editorial Aranzadi, pág. 1.

Ciertamente, las modificaciones introducidas por esta disposición final en la LPI, en la LSSI y en la LJCA establecen un sistema extremadamente complejo y excesivamente garantista, tanto a la hora de requerir a los prestadores de acceso a Internet la identificación de los presuntos infractores de derechos de propiedad intelectual como posteriormente, en la interrupción del servicio de acceso a Internet y en la retirada de contenidos ilícitos. Exceso que se mide en términos de necesidad. ¿Realmente era necesario un procedimiento tan complicado y compuesto por tantos pasos sucesivos? La mayor sencillez del modelo europeo con el que guardamos más similitud, el francés, resulta mucho más aconsejable en términos teóricos y, sobre todo, desde el punto de vista práctico.

En lo que al aspecto teórico se refiere, no logro entender la articulación de las competencias en favor de una jurisdicción, la contencioso-administrativa, que poco tiene que ver con la defensa de los derechos de propiedad intelectual y con las formas de infracción de estos. Considero que hubiera resultado mucho más efectiva la creación de un órgano jurisdiccional especial dentro de la jurisdicción civil, con competencia exclusiva para conocer de los estadios de la investigación y la sanción de las infracciones de la propiedad intelectual regulados en la nueva normativa. Están por ver las consecuencias que, desde el punto de vista de la complejidad técnica de la cuestión, traiga consigo la adjudicación de las potestades de decisión a tribunales que, hasta la fecha, han sido extraños al enjuiciamiento de la materia.

Posiblemente una opción normativa mucho más sencilla e igualmente eficaz hubiera sido introducir el nuevo apartado e) en el artículo 8.1 de la LSSI con referencia a «la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual» como supuesto excepcional en que se puede decretar judicialmente la suspensión de un servicio de la sociedad de la información empleado para cometer las infracciones y la retirada de los contenidos vulneradores de estos derechos. Adición que bastaría con que se hubiese unido a la modificación del artículo 138.2 de la LPI, a los efectos de permitir a los titulares de derechos de propiedad intelectual que hubieran sido vulnerados solicitar a los prestadores de acceso a Internet la identificación de los infractores, como paso previo o preliminar para el ejercicio de acciones civiles y penales, adicional a la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, que ya se reconocían con anterioridad.

Respecto de la creación de la nueva Sección Segunda de la CPI, uno se pregunta hasta qué punto era necesario tal desdoblamiento y por qué motivo se prefirió dicha duplicidad a la alternativa de atribuir las actuales competencias a la Sección Primera de la CPI ya existente, sin necesidad de crear un múltiplo de esta.

A primera vista, la celeridad que caracteriza el desarrollo de las distintas fases del procedimiento ante la nueva Sección Segunda de la CPI parece más una quimera que una realidad. El tiempo dirá si la práctica revierte en un continuo incumplimiento o si la obligatoriedad de la comunicación por medios electrónicos establecida en la Orden ECD/378/2012, de 28 de febrero, salva esta amenaza.

Sí es ciertamente loable, sin embargo, la ampliación de competencias en materia de mediación y arbitraje de la Sección Primera de la CPI llevada a cabo por la «Ley Sinde», que puede resultar

manifiestamente útil para amortiguar la conflictividad existente en materia de propiedad intelectual. Así, mientras que antes la función de mediación se limitaba a la contratación entre titulares de derechos de propiedad intelectual y distribuidores por cable de emisiones de radiodifusión, ahora se extiende también a cualquier materia relacionada con la gestión colectiva –por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual– de estos derechos. Por su parte, mientras que anteriormente la función de arbitraje se ceñía a los conflictos entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio, ahora se predica de todo conflicto entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y las entidades de gestión o de las entidades de gestión entre sí.

Está por ver cuál será el nivel de efectividad del nuevo procedimiento de intervención administrativa regulado en la normativa recientemente aprobada, a fin de comparar su resultado más o menos satisfactorio con respecto al uso de las vías civiles y penales tradicionalmente previstas en la LPI y en el Código Penal. Con todo, por exitosa que su aplicación pueda ser, seguramente se siga predicando insuficiente, ante el enorme esfuerzo legislativo que su aprobación supuso, los muchos recursos empleados con fines pedagógicos o de concienciación social y los brillantes resultados que muchos auguraron en su día. El tiempo desvelará si estamos o no ante una situación encuadrable en la fábula popularizada por Samaniego, en la que el parto de los montes se saldó con un ridículo ratón.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO VAQUERO, J.P., «El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 8, 2005.
- BAINBRIDGE, P.I., *Introduction to Information Technology Law*, Pearson Education, Edimburgo, 2007, 6.ª ed.
- 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 febrero 2012, año XXXIII, editorial La Ley.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La Ley Sinde», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011, sección Tribuna, Editorial Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., «El límite de la copia privada y las redes de intercambio peer-to-peer», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2007, Civitas Thomson Reuters.
- BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUÉS, M., «El caso Napster», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXI-2000, 2001, Marcial Pons.
- CARBAJO CASCÓN, F., «El pulso en torno a la copia privada», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 16, 2004, Bercal.
- CASAS VALLÈS, R., «La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Grokster ante el Tribunal Supremo de los EE. UU.», *Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento*, núm. 15, 2005, Aranzadi.

- CORNISH, W., APLIN, T., y LLEWELYN, D., *Intellectual Property Law: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 7.^a ed., 2010.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 4.^a ed., 2011.
- EDTHALER, J. y SCHMID, H., «Auskunft über IP-Adressen im Strafverfahren», *MMR (Multimedia und Recht)*, 2008, Beck.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 38, 2011, Bercal.
- «La suspensión cautelar o cesación definitiva de los servicios a los usuarios infractores de derechos de propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 27, 2007, Bercal.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GOZALO, A., «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 8, 2001, Bercal.
- GINSBURG, J. y GAUBIAC, Y., «Confreçon, fourniture de moyens et faute: perspectives dans les systèmes de Common Law et civilistes à la suite des arrêts Grokster et Kazaa», *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, núm. 207, 2006.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., «La sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso Grokster: la matizada condena de los operadores P2P», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 21, 2005, Bercal.
- «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes "peer to peer" (P2P)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 18, 2004, Bercal.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 20, 2005, Bercal.
- LLOYD, I.J., *Information Technology Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 6.^a ed., 2011.
- LUCHAS-SCHLOETTER, A., «La Loi Française relative au droit d'auteur dans la société de l'information», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 25, 2007, Bercal.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., «El tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 8 de febrero de 2012», *Diario La Ley*, núm. 7805, sección Tribuna, 24 de febrero de 2012, año XXXIII, editorial La Ley.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 13, 2003, Bercal.
- MESSÍA DE LA CERDÁ BALLESTEROS, J.A., *La protección de datos de carácter personal en las telecomunicaciones*, Dykinson, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.

- MINERO ALEJANDRE, G., «Protección jurídica de las páginas web. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *CEFLegal*, Revista Práctica de Derecho, núm. 129, 2011.
- MOURA VICENTE, D., *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *Revista Aranzadi Unión Europea*, año XXXVII, núm. 11, noviembre 2011, Aranzadi Thomson Reuters.
- OWNER, J.R., y KATZ, A., «RIAA v. Verizon Internet Services, Inc.: Peer-to-peer networking renders section 512(h) subpoenas under the DMCA obsolete», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, núm. 24, 2004.
- PEGUERA POCH, M., «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P», *Diario La Ley*, núm. 7.462, sección Doctrina, 7 de septiembre de 2010, año XXXI, editorial La Ley.
- *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, editorial Comares, Granada, 2007.
- PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información*, Aranzadi, 2001.
- RYAN, J. y HEINL. C., *Internet Access Controls: Three Strike's Graduated Response' Initiatives*, The Institute of International and European Affairs, 2010.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, editorial Instituto de Autor, Madrid, 2007.
- TORREMANS, P., *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, Austin, 2008.
- ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, Berlín, 1980.
- VIDAL PORTABALES, J. I., «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P: especial referencia al caso francés (HADOPI)», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 29, 2008-2009, Marcial Pons.
- XALABARDER PLANTADA, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, versión on-line.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

Unión europea

STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España SAU*.

Conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN, de 16 de febrero de 2012, asunto C-523/10, *Wintersteiger AG contra Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*.

STJUE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. contra Presse Alliance SA*.

STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eData Advertising GmbH contra X*; y *Olivier Martínez y Robert Martínez contra MGN Ltd*.

Conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN de 29 de marzo de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eData Advertising GmbH contra X*; y *Olivier Martínez y Robert Martínez contra MGN Ltd*.

STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*.

Conclusiones del abogado general P. MENGOZZI de 15 de diciembre de 2011, asunto C-640/10, *Football Dataco Ltd. y otros contra Yahoo! UK Ltd y otros*.

STJUE (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) contra Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD)*.

Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

Conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN de 14 de abril de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, asuntos C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*.

ATJUE (Sala Octava) de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH*.

STJUE (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV*.

STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, *Google France y otros contra Louis Vuitton Malletier y otros*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 5 de mayo de 2011, asunto *Of Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania*, recurso núm. 33014/05.

España

STC, Sala Segunda, de 7 de noviembre de 2011, núm. 173/2011.

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 13 de febrero de 2012.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de febrero de 2011, núm. 72/2011.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2009, núm. 773/2009.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2008, núm. 270/2008.

STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, de 21 de julio de 2006, núm. 828/2006.

SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2011, núm. 530/2011.

SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 7 de julio de 2011, núm. 301/2011.

SAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 24 de febrero de 2011, núm. 83/2011.

AAP de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de septiembre de 2009, núm. 551/2010.

AAP de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2009, núm. 201/2009.

S J. Merc. núm. 7 de Barcelona de 9 de marzo de 2010, núm. 67/2010.

A J. Merc. de Huelva de 11 de noviembre de 2009.

A J. Merc. de Huelva de 13 de noviembre de 2009.

A J. Merc. núm. 6 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009, núm. 185/2009.

A J. Merc. núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009, núm. 218/2009.

Alemania

S. Bundesgerichtshof de 12 de mayo de 2010 (I ZR 121/08).

S. Bundesgerichtshof de 11 de marzo de 2009 (I ZR 114/06).

S. Bundesgerichtshof de 15 de enero de 2009 (I ZR 57/07).

S. Oberlandesgericht de Zweibrücken de 2 de septiembre de 2009 (4 W 45/09).

S. Oberlandesgericht de Köln de 23 de enero de 2012 (6 W 13/12).

S. Landgericht de Köln de 30 de abril de 2009 (24 O 143/07).

S. Landgericht de Oldenburg de 15 de septiembre de 2008 (5 O 2421/08).

S. Oberlandesgericht de Karlsruhe de 1 de septiembre de 2009 (6 W 47/09).

S. Oberlandesgericht de Frankfurt de 12 de noviembre de 2009 (11 W 41/09).

- S. Oberlandesgericht de Köln de 26 de julio de 2010 (6 W 77/10).
- S. Oberlandesgericht de Köln de 27 de diciembre de 2010 (6 W 155/10).
- S. Oberlandesgericht de Köln de 13 de octubre de 2011 (6 W 223/11).
- S. Oberlandesgericht de Hamm de 18 de mayo de 2010 (4 W 40/10).
- S. Oberlandesgericht de Schleswig de 8 de octubre de 2009 (Az 6 W 21/09).
- S. Oberlandesgericht de Hamburgo de 17 de febrero de 2010 (5 U 60/09).
- S. Oberlandesgericht de Zweibrücken de 2 de febrero de 2009 (3 W 195/08).
- S. Landgericht de Kiel de 2 de septiembre de 2009 (2 O 221/09).
- S. Oberlandesgericht de Frankfurt de 16 de junio de 2010 (13 U 105/07).
- S. Oberlandesgericht de Hamburgo de 17 de febrero de 2010 (5 U 60/09).
- S. Landgericht de Múnich I de 20 de agosto de 2011 (21 O 7841/11).
- S. Landgericht de Frankenthal de 21 de mayo de 2008 (6 O 156/08).

Austria

- S. Corte Suprema de 14 de julio de 2009, asunto *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH* (4 Ob 41/09x).

Canadá

- S. Corte Federal de 31 de marzo de 2004 (2004 FC 488).
- S. Corte Federal de Apelación de 19 de mayo de 2005 (2005 FCA 193).

Estados Unidos

- S. Corte de Distrito de California, asunto *A&M, Records, Inc. y otros contra Napster, Inc.* (114 F.Supp.2d 896 [N.D. Cal. 2000]).
- S. Corte de Apelación del Noveno Circuito, asunto *A&M, Records, Inc. y otros contra Napster* (Inc. 239 F.3d 1004 [9th Cir. 2001]).
- S. Corte Suprema de 27 de junio de 2005, asunto *Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. y otros contra Grokster Ltd., y otros* (125 S. Ct. 2764 [U.S. 2005]).

- S. Corte Suprema, asunto *Talley contra California* (362 U.S. 60 [1960]).
- S. Corte Suprema, asunto *Reno contra ACLU* (521 U.S. 844 [1997]).
- S. Corte Suprema, asunto *ApolloMedia Corp. contra Reno* (526 U.S. 1061 [1999]).
- S. Corte de Apelación del Octavo Circuito de 4 de enero de 2005, asunto *Charter Communications Inc. y otros contra Recording Industry Association of America Inc. y otros* (2005 WL 15416).
- S. Corte de Distrito de Columbia de 19 de diciembre de 2003, asunto *Recording Industry Association of America Inc. contra Verizon Internet Services, Inc.* (341 F.3d 1299 [2003]).
- S. Corte de Distrito del Norte de Georgia, asunto *ACLU contra Millar* (977 F. Supp 1228 [1997]).
- S. Corte de Distrito de Carolina del Norte de 14 de abril de 2005, asunto *In re Subpoena to University of North Carolina at Chapel Hill* (2005 WL 1027099 [M.D.N.C. 2005]).
- A. Corte de Distrito de Columbia de 2 de diciembre de 2005, asunto *Paramount Pictures Corp. contra John Davis* (235 F.R.D. 102).
- S. Corte de Distrito de Massachusetts de 9 de julio de 2010, asunto *Sony BMG Music Ent. contra Tenenbaum* (F. Supp. 2d 85 D. Mass. [2010]).
- S. Corte de Distrito del Sur de Nueva York de 8 de septiembre de 2004, asunto *Elektra Entertainment Inc. contra Does 1-9* (2004 WL 2095581 [S.D.N.Y. 2004]).
- S. Corte de Distrito de Tennessee Este de 10 de abril de 2006, asunto *Disney Enterprises, Inc. y otros contra Kathy Farmer* (427 F.Supp. 2d 807).

Holanda

- S. Hoge Raad de 25 de noviembre de 2005, asunto *Lycos contra Pessers*.
- S. Rechtbank de la Haya de 5 de enero de 2007, asunto *Stitching BREIN contra KPN*.
- S. Hof Amsterdam de 3 de julio de 2008, asunto *Stitching BREIN contra Leaseweb*.

Irlanda

- S. High Court of Justice (Commercial) de 8 de julio de 2005, asunto *Emi Records Ireland Ltd y otros contra Eircom Ltd y BT Communications Ireland Ltd*. [2005] IEHC 233.
- S. High Court of Justice (Commercial) de 11 de octubre de 2010, asunto *EMI Records Ireland Ltd. y otros vontra UPC Communications Ireland Ltd*. [2010] IEHC 377.
- S. High Court of Justice (Commercial) de 16 de abril de 2010, asunto *EMI Records Ireland Ltd y otros contra Eircom Ltd*. [2010] IEHC 108.

Italia

S. Tribunal de Milán de 19 de mayo de 2011, asunto *Reti Televisive Italiane S.p.a. contra Yahoo Italia S.r.l.*, núm. 10893/11.

Reino Unido

S. House of Lords de 26 de junio de 1973, asunto *Norwich Pharmacal Co. contra Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.).

A. High Court of Justice [Chancery Division] de 14 de octubre de 2004, asunto *Universal Island Records Ltd. y otras contra NTL Group Ltd. y otros.*

S. High Court of Justice (Administrative) de 20 de abril de 2011, asunto *British Telecommunications Plc. & TalkTalk Telecom Group Plc. contra The Secretary of State for Business, Innovation and Skills*, [2011] EWHC 1021 (Admin).

S. High Court of Justice (Chancery Division) de 28 de noviembre de 2005, asunto *Polydor Ltd y otros contra Brown y otros*, [2005] EWHC 3191 (Ch).

S. High Court of Justice (Chancery Division) de 29 de marzo de 2010, asunto *Twentieth Century Fox Film Corp. contra Newzbin Ltd.*, [2010] EWHC 608 (Ch).

S. High Court of Justice (Chancery Division) de 28 de julio de 2011, asunto *Twentieth Century Fox Film Corp. contra British Telecommunications Plc.*, [2011] EWHC 1981 (Ch).

S. Patents Court de 1 de diciembre de 2010, asunto *Media C.A.T. Ltd contra A y otros*, [2010] EWPC 17.

S. High Court of Justice (Chancery Division) de 20 de febrero de 2012, asunto *Dramatico Entertainment Ltd y otros contra British Broadcasting Ltd y otros*, [2012] EWHC 268 (Ch).

Suecia

S. Corte de Distrito de Solna de 25 de junio de 2009, asunto Å 2707-09.

S. Corte de Apelación de Svea de 13 de octubre de 2009, asunto ÖÅ 6091-09.

VI. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPIC Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

CPI Comisión de Propiedad Intelectual.

DDASI	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.
DMCA	Digital Millenium Copyright Act.
HADOPI	Haute Autorité pour la Difusión des Oeuvres et la Protection des droits ser Internet.
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales.
LPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
P2P	Peer-to-peer.
RCPI	Reglamento de la Comisión de Propiedad Intelectual (Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual).
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UrhG	Gesetz über das Urheberrecht und Verwandte Schutzrechte Urheberrechtsgesetz.