



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

TESIS DOCTORAL

Departamento de Derecho Privado

FACULTAD DE DERECHO

Universidad Autónoma de Barcelona

“RESPONSABILIDAD DE LOS *PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN* (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN DE ACCESO A INTERNET. ESPECIAL REFERENCIA A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR AL INTERCAMBIARSE LOS USUARIOS CONTENIDO DIGITAL PARA USO PRIVADO CON LAS REDES “*PEER-TO-PEER*” (P2P). ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y DE LA UNIÓN EUROPEA”

AUTOR:

MARÍA ISABEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

DIRECTOR:

DRA. MARÍA ISABEL MARTÍNEZ JIMÉNEZ

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona

BARCELONA

2017

“Metaphors in the Copyright Wars are not an effort to describe reality but are rather an attempt to deny the reality of the copyright industries’ repeated failed responses to innovation. These failures are, through metaphors, recast as the failures of others, usually innovators or the public. Having failed copyright owners, innovators and the public must be threatened and if necessary, punished”

“Las metáforas en la Lucha por los Derechos de Autor no representan un esfuerzo por describir la realidad sino negar la evidencia del repetido fracaso de las industrias de contenido en innovar. Estos fracasos se reformulan a través de metáforas como el fracaso de otros, normalmente los innovadores y el público. Como los titulares de derechos de autor han fracasado, los innovadores y el público debe ser amenazado, incluso castigado si fuese necesario.”

William PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*,
Pánico Moral en la Lucha por los Derechos de Autor
Oxford University Press
New York, 2009, p. 47.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS.....	14
INTRODUCCION.....	18
CAPITULO I: INTERNET Y LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.....	23
1. El concepto de Ciberespacio.....	23
1.1. La arquitectura de Internet.....	34
1.1.1. La arquitectura estructurada en capas separadas y la necesidad de su mantenimiento para preservar la capacidad innovadora de Internet	36
1.1.2. La arquitectura de comunicación descentralizada o entre usuarios finales	38
a) La teoría de la conmutación de paquetes de datos	39
b) La configuración estándar descentralizada o “End-to-End”	42
c) Las comunicaciones anónimas.....	44
d) Las comunicaciones encriptadas	44
1.1.3. La arquitectura neutral o abierta de la Red. También llamada la neutralidad de la Red	46
1.2. La necesidad de conservar las características que le confieren a Internet su carácter innovador	48
1.3. Los distintos Actores en Internet a los que se les puede atribuir Responsabilidad Civil Extracontractual	53
1.4. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación en Internet	55
1.4.1. Los tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación.....	57
a) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso (“Access ISPs”).....	58
b) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de alojamiento (“Hosting ISPs”).....	58
c) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación llamadas plataformas sociales (también “Hosting ISPs” o “Social Media Platforms”).....	59
d) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación llamados instrumentos de búsqueda, recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet (“Linking ISPs” o “Search Engines”)	59
1.4.2. Los modelos de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación	60
a) El modelo de responsabilidad objetiva	61
b) El modelo de responsabilidad condicionada.....	61
c) El modelo de responsabilidad de amplia inmunidad	62
1.4.3. Los principios internacionales de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación.....	63
2. Los derechos de autor y conexos (“Copyright”) en el ámbito digital.....	64

2.1. La normativa internacional reguladora de los derechos de autor y conexos en Internet.....	70
2.1.1.La interpretación de las Naciones Unidas del Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Confirma que los derechos de autor no son un derecho fundamental	70
2.1.2.Los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) relativos a los derechos de autor (“ <i>WIPO Copyright Treaty</i> ” o “ <i>WCT</i> ”) y a los derechos de ejecución y fonogramas (“ <i>WIPO Performances and Phonograms Treaty</i> ” o “ <i>WPPT</i> ”).....	72
2.1.3. El tratado de la Organización Mundial de Libre Comercio sobre los aspectos relacionados con los derechos de Propiedad Intelectual o “ <i>World Trade Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> ” (“ <i>TRIPS</i> ”).....	76
2.2. Las organizaciones que inciden en la defensa y protección de modelos de negocio tecnológicos innovadores.....	79
2.2.1.La renuncia consentida de los innovadores a defender sus derechos de autor como consecuencia del nuevo paradigma de comportamiento social. Por ejemplo, la Fundación “ <i>Free Software Foundation</i> ” (“ <i>FSF</i> ”) de lenguajes de programación “ <i>Open Source</i> ”	79
2.2.2.Las entidades que favorecen el equilibrio de los derechos de autor y conexos entre los titulares de derechos y los usos lícitos a los que tienen derecho los usuarios	82
2.3. Las organizaciones de las industrias titulares de contenidos que defienden sus modelos de negocio en ocasiones no dando opción a usos legítimos a los que tienen derecho los internautas, así como contribuyendo a bloquear la supervivencia de aplicaciones innovadoras.....	85
2.3.1.La valoración de las industrias titulares de contenido o creativas.....	87
2.3.2.La industria musical y la audiovisual, entre otras industrias titulares de contenido.....	89

CAPITULO II: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MODALIDADES DE SISTEMAS A TRAVÉS DE LOS CUALES PUEDEN VULNERARSE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS POR EL INTERCAMBIO DE CONTENIDOS ENTRE USUARIOS PARA USO PRIVADO EN EL ÁMBITO DIGITAL..... 94

3. La dimensión del problema del intercambio de contenidos digitales entre usuarios.....	94
3.1. Los problemas jurídicos derivados del uso de las redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”)	97
3.1.1.Infracción directa: comparación del derecho Europeo Continental con el derecho Estadounidense del “ <i>Common Law</i> ”	98
3.1.2.Infracción indirecta o derivada: comparación del derecho Europeo Continental con el derecho Estadounidense del “ <i>Common Law</i> ”, incluido el caso concreto del Estado Español.....	101
3.2. El marco jurídico del proceso técnico de intercambiar ficheros.....	106
4. Las modalidades de sistemas por los que se pueden vulnerar derechos de autor y conexos en el ámbito digital.....	108

4.1. Los sistemas de descarga directa de archivos o “ <i>Downloading</i> ”, también conocidos como “ <i>Cyberlockers</i> ” de descarga directa	108
4.2. Los sistemas de visionado directo de archivos o “ <i>Streaming</i> ”, también conocidos como “ <i>Cyberlockers</i> ” de visionado directo	110
4.3. Los sistemas de intercambio de archivos entre usuarios a través de las redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) y su evolución	112
4.3.1.La primera generación: las redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) centralizadas.....	115
a) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>OpenNap</i> ” (<i>Napster</i>)	115
b) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>Aimster</i> ” (<i>Aimster</i>)	119
4.3.2.La segunda generación: las redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) descentralizadas.....	120
a) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>FastTrack</i> ” (<i>Grokster</i> , <i>KaZaa</i> , <i>Streamcast</i> , <i>Morpheus</i> ,...).....	121
b) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>Gnutella</i> ” (<i>LimeWire</i> ,...)	123
c) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>Overnet</i> ” (<i>eDonkey</i> , <i>eD2k</i> , <i>eMule</i> ,...).....	124
d) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>Ares</i> ” (<i>Ares Galaxy</i> , ...).....	127
4.3.3. La tercera generación: redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) descentralizadas a través de enlaces	127
a) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>BitTorrent</i> ”	127
b) El intercambio de archivos a través del protocolo “ <i>Freenet</i> ”, entre otros protocolos “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) cada vez más anónimos	130

CAPITULO III: LOS MARCOS NORMATIVOS DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN EN LOS EE.UU. Y LA UNIÓN EUROPEA 132

5. El marco normativo Estadounidense o la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” (“ <i>DMCA</i> ”), de 28 de Octubre de 1998.....	132
5.1. Los antecedentes: la jurisprudencia previa a la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” (“ <i>DMCA</i> ”)	134
5.1.1.La responsabilidad civil extracontractual por infracción directa de carácter objetivo o “ <i>Direct Liability</i> ” recogida en la Ley de los derechos de autor de los EE.UU. (“ <i>U.S. Copyright Law</i> ”).....	136
5.1.2.El grupo de casos con las doctrinas de la “ <i>secondary liability</i> ” (responsabilidad civil extracontractual indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios) que han marcado jurisprudencia	138
a) La doctrina de responsabilidad por infracción coadyuvante o colaboradora de los derechos de autor o “ <i>Contributory Copyright Liability</i> ”	139
b) La doctrina de responsabilidad por infracción subsidiaria de los derechos de autor o “ <i>Vicarious Copyright Liability</i> ”.....	140
5.2. Las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación en el Título II de la Ley “ <i>Digital Millenium</i> ”	

<i>Copyright Act</i> ” de 1998 rubricado como “ <i>Online Copyright Infringement Liability Limitation Act</i> ” o “ <i>OCILLA</i> ” (“ <i>Section 512</i> ” o Artículo 512).....	142
5.2.1.La limitación de responsabilidad en los servicios de acceso a Internet y la transmisión de datos por redes de comunicaciones o “ <i>Mere Conduit</i> ”: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (a).....	144
5.2.2. La limitación de responsabilidad en los servicios de realización de copia temporal o efímera de las páginas de Internet más solicitadas por los usuarios o “ <i>Caching</i> ”: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (b).....	145
5.2.3. La limitación de responsabilidad en los servicios de alojamiento en servidores propios de datos, aplicaciones o servicios suministrados por terceros o “ <i>Hosting</i> ”. También el procedimiento de notificación de retirada de contenido. Ambos principios incluidos en la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (c).....	146
5.2.4. La limitación de responsabilidad en los servicios de provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet: (“ <i>Linking</i> ”): la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (d)	147
5.2.5. El procedimiento de contra-notificación para contenidos retirados: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (g)	149
5.2.6. El procedimiento de solicitud de identificación de un infractor o la “ <i>Subpoena to Identify Infringer</i> ”: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (h)	149
5.2.7. El procedimiento para infractores re-incidentes: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (i).....	150
5.2.8.El procedimiento en caso de notificación de retirada de contenido o de contra-notificación falsificada o engañosa: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (f).....	153
5.2.9.La ausencia de obligación de supervisar los contenidos de los usuarios: la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, Artículo 512, apartado (m)	153
6. El marco normativo de la Unión Europea o la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el Mercado Interior (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE)	154
6.1. La exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE (Sección 4, Capítulo II).....	156
6.1.1.La exención de responsabilidad en los servicios de transmisión de datos y provisión de acceso o “ <i>Mere Conduit</i> ” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información 2000/31/CE o DCE, Artículo 12).....	159
6.1.2.La exención de responsabilidad en el almacenamiento en memoria caché o “ <i>Caching</i> ” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 13).....	160
6.1.3.La exención de responsabilidad en las actividades de alojamiento de datos o “ <i>Hosting</i> ” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 14).....	161

6.1.4.El deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas o “Monitoring”. (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 15)	162
7. Las diferencias legislativas entre la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” (“DMCA”) y la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE	164
7.1. La Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” o DMCA sólo exime de ilícitos por vulneración de derechos de autor, mientras que la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE exime de ilícitos de cualquier tipo	164
7.2. Las limitaciones de responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones de los derechos de autor en la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” comparado con la exención de responsabilidad penal, civil y/o administrativa en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, siempre que se cumpla con los condicionantes establecidos.....	x
7.3. La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información, al contrario que la “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”, no recoge directamente la exención de responsabilidad en la provisión de enlaces (“ <i>linking</i> ”) o de instrumentos de búsqueda.....	166

CAPITULO IV: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR AL INTERCAMBIARSE LOS USUARIOS CONTENIDO DIGITAL PARA USO PRIVADO CON LAS REDES “PEER-TO-PEER” (“P2P”) EN LOS EE.UU. TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY “DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT”

8. Los Estados Unidos	168
8.1. Jurisprudencia posterior a la Ley <i>Digital Millenium Copyright Act</i> (“DMCA”)	169
8.1.1.Redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“P2P”) centralizadas o de primera generación	170
a) Caso <i>Napster</i> o el control directo sobre los índices que hacían posible el intercambio de fonogramas entre usuarios.....	170
b) Caso <i>Aimster</i> o el desconocimiento intencionado de las actividades infractoras para intentar acogerse a la doctrina del caso <i>Sony v. Universal</i>	177
8.1.2. Redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“P2P”) descentralizadas o de segunda generación	180
a) Protocolo <i>FastTrack</i> : caso <i>Grokster</i> o la nueva doctrina de responsabilidad extracontractual indirecta o derivada de las infracciones realizadas por los usuarios de la Red de los derechos de autor o la institución “ <i>Inducement Liability</i> ” declarada por el Tribunal Supremo por “inducir a los usuarios a cometer la actividad ilícita”	180
b) Protocolo <i>Gnutella</i> : caso <i>LimeWire</i> o la inducción intencionada para que los usuarios cometan ilícitos.....	185
8.1.3. Redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“P2P”) descentralizadas a través de enlaces o de tercera generación	188

a)	Protocolo <i>BitTorrent</i> : Caso <i>TorrentSpy</i> (Columbia v. Bunnell) o la obligación judicial de crear, guardar y entregar las actividades y direcciones IP de sus usuarios a partir de datos encriptados en la memoria RAM efímera de su servidor en Holanda.....	189
b)	Protocolo <i>BitTorrent</i> : Caso de <i>Cox Communications</i> (BMG v. Cox) o la pérdida de la posibilidad de acogerse al modelo de responsabilidad condicionada de “ <i>puerto seguro</i> ” por no finalizar de forma definitiva el servicio de conexión a Internet de los presuntos infractores reincidentes por la falta de definición en la Ley de los conceptos de “ <i>Circunstancias Adecuadas</i> ” y del significado exacto de “ <i>Infractores Re-incidentes</i> ”.....	193
8.1.4.	Las demandas civiles frente a usuarios de Internet por presunta vulneración directa de los derechos de autor a través de redes P2P por el intercambio de ficheros entre ellos	202
a)	Las “ <i>John Doe Actions</i> ” o demandas civiles frente a un presunto infractor desconocido	203
b)	Las “ <i>Copyright Trolls</i> ” o las demandas civiles colectivas abusivas contra titulares de dirección IP desconocidos.....	205
8.1.5.	La Ausencia de obligación por parte de los prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso de facilitar información para identificar a los titulares de direcciones IP, directamente a los titulares de derechos de autor cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados a través del uso de redes “ <i>Peer-to-peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”).....	206
a)	El prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso “ <i>Verizon</i> ” se niega a identificar a los titulares de direcciones IP asignadas por ellos cuyos usuarios han vulnerado presuntamente derechos de autor por el uso de protocolos “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”). Esta sentencia crea doctrina en la Jurisprudencia	208
b)	Tras la implementación del esquema privado de respuesta gradual “ <i>Copyright Alert System</i> ” algunos prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso, como “ <i>Verizon</i> ” y “ <i>Comcast</i> ”, se vuelven a negar a identificar a sus usuarios, tal como recoge el acuerdo “ <i>Memorandum of Understanding</i> ” o “ <i>MOU</i> ” firmado entre las partes.....	211
c)	La Asociación de la industria de contenido audiovisual (“ <i>Motion Picture Association of America</i> ” o MPAA) denuncia que el esquema privado de respuesta gradual “ <i>Copyright Alert System</i> ” no es efectivo ante el uso de las redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”).....	216
8.2.	Legislación posterior a la Ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ” (“ <i>DMCA</i> ”).....	217
8.2.1.	La Ley “ <i>Prioritizing Resources & Organization for Intellectual Property Act</i> ” de 2008.....	218
8.2.2.	Las normas de neutralidad de la Red del 26 de Febrero de 2015 de la Comisión Federal de Comunicaciones o “ <i>FCC</i> ” (“ <i>Federal Communications Commission</i> ”) que equipara el servicio de banda ancha que ofrecen los prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso a un servicio de interés público	219
8.2.3.	La Comisión Federal de Comunicaciones o “ <i>FCC</i> ” (“ <i>Federal Communications Commission</i> ”) establece el 27 de Octubre de 2016 las normas de privacidad de los	

usuarios de Internet que los prestadores de servicios de la sociedad de información (PSSI) de intermediación de acceso de banda ancha deberán respetar	225
8.3. Últimas iniciativas legislativas Estadounidenses no aprobadas e intervención del Gobierno de los EE.UU. para intentar acercarse al propósito de las asociaciones de las industrias de contenido	226
8.3.1. Los proyectos legislativos que han puesto en pie de guerra a las redes sociales: “ <i>Stop Online Piracy Act</i> ” y “ <i>Protect Intellectual Property Act</i> ” (“ <i>SOPA</i> ” y “ <i>PIPA</i> ”).....	228
8.3.2. Último proyecto legislativo que las industrias de contenidos o creativas Estadounidenses no aprueban: “ <i>Online Protection and Enforcement of Digital Trade</i> ” (“ <i>OPEN</i> ”)	231
8.3.3. Reciente análisis por parte del Congreso de los EE.UU. sobre una posible modificación del marco normativo del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación (Sección 512 de la Ley de Derechos de Autor o “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”).....	232
8.3.4. Participación de la Casa Blanca en conseguir acuerdos privados entre las empresas de titulares de derechos y las empresas de pago electrónico, por un lado, y las empresas de publicidad en línea, por otro, para intentar reducir la vulneración de derechos de autor en línea. Incluye el enfoque de “ <i>Follow the Money</i> ” (“ <i>Sigue la Pista al Dinero</i> ”) para afrontar el problema de la vulneración de derechos de autor en línea con ánimo de lucro.....	236

CAPITULO V: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR AL INTERCAMBIARSE LOS USUARIOS CONTENIDO DIGITAL PARA USO PRIVADO CON LAS REDES “PEER-TO-PEER” (“P2P”) EN LA UNION EUROPEA TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 240

9. La Unión Europea.....	240
9.1. La Legislación posterior a la Directiva sobre el Comercio Electrónico 2000/31/CE.	
9.1.1. La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Mayo de 2001, relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, DOCE núm. L 167, de 22 de junio de 2001; correcciones de errores en DOCE núm. L 6, de 10 de enero de 2002 y núm. L 314, de 25 de noviembre de 2008 (Directiva de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información o DDASI).	242
9.1.2. La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004 relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, DOCE núm. L157, de 30 de Abril de 2004 (Directiva relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual o “ <i>Copyright Enforcement Directive</i> ” o IPRED).....	247
9.1.3. El Reglamento (UE) 386/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de Abril de 2012 por el que se Encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) Funciones Relacionadas con el Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, entre otras las de congrega a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de	

las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. DOUE núm. L129/1, de 16 de mayo de 2012.....	249
9.1.4.La Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Febrero de 2014, relativa a la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Afines y a la Concesión de Licencias Multi-territoriales de Derechos Sobre Obras Musicales para su Utilización en Línea en el Mercado Interior, DOUE núm. L84/72, de 20 de Marzo de 2014.....	251
9.1.5.El Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2015 por el que se Establecen Medidas en Relación con el Acceso a una Internet Abierta y se Modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al Servicio Universal y los Derechos de los Usuarios en Relación con las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas y el Reglamento (UE) no. 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, DOUE núm. L310/1 de 26 de Noviembre de 2015.	252
9.1.6.El Proyecto “ <i>European Copyright Code</i> ” (Normas Europeas sobre los Derechos de Autor) que Intenta Minimizar y Hacer Más Comprensibles las Dificultades que Surgen de la Aparente Falta de Transparencia y Uniformidad entre los Intereses de los Usuarios de Internet y los Titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos.....	254
9.1.7.El Conjunto de Regulaciones que Afectan a la Privacidad de los Usuarios de Redes P2P:	
a) La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Julio de 2002 relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas).....	256
b) La Reforma de las Telecomunicaciones de la Unión Europea: Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, OJ L 337/37, 18.12.2009.	259
c) El Nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2016 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 y por el que se Deroga la Directiva 95/46/CE (o Reglamento General de Protección de Datos Personales)	260
9.2. La repercusión en un Estado Miembro de la Unión Europea de las demandas preparadas por las industrias de contenido en contra de todas las empresas tecnológicas que desarrollaron el protocolo “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (“ <i>P2P</i> ”) descentralizado de segunda generación “ <i>FastTrack</i> ”. Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda a favor de <i>KaZaA, B.V.</i>	262
9.3. La implementación de esquemas de respuesta gradual en ciertos Estados Miembro de la Unión Europea	264
9.3.1. Ejemplo de esquema público de respuesta gradual. Francia: la Ley HADOPI o la intención política de que los prestadores de servicios de la sSociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso realicen mil suspensiones diarias	

de Internet a usuarios de redes P2P. Obligación de escrutinio judicial tras el Fallo del Tribunal Constitucional.....	266
9.3.2. Ejemplo de esquema privado de respuesta gradual. Irlanda: el esquema “ <i>Three Strikes</i> ” o el acuerdo privado entre una asociación de la industria musical y el mayor prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso del país	272
9.4. Cuestiones pre-judiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a lo que deben o no deben hacer los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso en temas judiciales relacionados con los derechos de autor dentro del ámbito del Derecho Civil	275
9.4.1.La ausencia de obligación por parte de los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de intermediación de acceso de facilitar información para identificar a los titulares del direcciones IP directamente a los titulares de derechos de autor cuyos contenidos han sido presuntamente vulnerados a través del uso de redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (P2P)	275
a) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de Enero de 2008, en el caso C-275/06 “ <i>Productores de Música de España v. Telefónica de España S.A.</i> ” (Sentencia <i>PROMUSICAE</i>). Podría interpretarse de forma ambigua. Análisis de la interpretación en dos Estados Miembros: La República Federal Alemana y el Estado Español	275
b) El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Febrero de 2009, en el caso C-557/07 “ <i>LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH</i> ” (Auto LSG). También podría interpretarse de forma ambigua	282
c) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de Abril de 2012, en el caso C-461/10 “ <i>Bonnier Audio AB et al v. Perfect Communication Sweden AB</i> ” (Sentencia <i>Bonnier</i>). Finalmente aclara la ausencia de obligación, también en relación a la sentencia <i>PROMUSICAE</i> y al auto LSG	284
9.4.2.La ausencia de obligación por parte de los prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso de establecer un sistema generalizado de filtrado de las comunicaciones electrónicas que circulan a través de sus servicios para controlar el uso de redes “ <i>Peer-to-Peer</i> ” (P2P) por parte de los usuarios.....	287
a) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de Noviembre de 2011 en el caso C-70/10 “ <i>Scarlet Extended SA v SociétéBelge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL</i> ” (Sentencia <i>SABAM</i>)	287
9.4.3.La posibilidad de solicitar a los prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso a cuyos servicios recurre un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor de implementar medidas cautelares de cierre o bloqueo del sitio web correspondiente para que no continúen las infracciones	291
a) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Marzo de 2014, en el Caso C-314/12 “ <i>UPC Telekabel Wein GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH</i> ” (Sentencia <i>UPC</i>)	291
9.4.4.Los profesionales titulares de dirección IP que ofrecen acceso a la Red por Wi-Fi gratuitamente en tiendas, hoteles o bares son “ <i>mere conduit</i> ” por lo que no pueden	

ser considerados responsables civiles indirectos o derivados de las infracciones de derechos de autor cometidos por los usuarios, aunque los titulares de derechos de autor sí pueden solicitar Medidas Cautelares para proteger el acceso a través de contraseña..... 294

- a) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Septiembre de 2016, en el Caso C-484/14 “*Tobias M Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*” (sentencia *Fadden*) 294

CAPITULO VI: EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS TRANSMITIDOS ENTRE LOS USUARIOS POR PARTE DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN DE ACCESO.....299

10. La Protección de la Libertad de Expresión e Información de los Usuarios de Internet.....303

10.1. La suspensión del acceso a Internet.....306

10.2. El filtrado del contenido enviado entre usuarios.....308

11. La Protección de la Privacidad de los Usuarios.....310

11.1. La vigilancia de los usuarios.....312

11.2. La pérdida del anonimato.....313

12. La imparcialidad y la legitimidad de las posibles medidas a adoptar.....314

12.1. La presunción de inocencia y la carga de la prueba en el Derecho a la Defensa315

12.2. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Juez imparcial.....317

12.3. Los principios de legalidad y proporcionalidad de los ilícitos y las condenas, que deberían ser determinados y aplicados, respectivamente, a través de escrutinio judicial.....319

12.4. La aplicación de excepciones y usos lícitos o razonables.....322

13. El Principio de Proporcionalidad: elementos.....323

13.1. La “necesidad”.....325

13.2. La “idoneidad”.....326

13.3. La “Proporcionalidad Estricta”.....327

14. Posible implementación de un sistema sencillo de compensación para los autores que permita el libre flujo de contenido protegido por derechos de autor por las redes P2P para uso privado.....329

CONCLUSIONES..... 334

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO 344

ÍNDICE LEGISLATIVO 384

I. Acuerdos Internacionales..... 384

II. España..... 384

III. Francia..... 385

IV. Unión Europea	386
V. Estados Unidos.....	387
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	389
I. Estados Unidos.....	389
II. Unión Europea.....	393
III. Estados Miembros de la Unión Europea:	394
Francia.....	394
Alemania	395
Austria	395
Grecia	396
Holanda	396
Irlanda	396
España	397
Bélgica	397
Reino Unido	397
ANEXO I.....	398

ABREVIATURAS

CartaUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza.
CDT	Siglas de la organización sin ánimo de lucro “ <i>Center for Democracy & Technology</i> ”.
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.
CTD	Siglas de “ <i>Copyright Term Directive</i> ” (Directiva 2011/77/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de Septiembre, que modifica la Directiva 2006/116/CE sobre los Plazos de Protección de los Derechos de Autor y Derechos Conexos; DO 265 de 11.10.2011).
DCE	Directiva de Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2000, de Comercio Electrónico y ciertos aspectos de los Servicios de la Sociedad de la Información, (DOCE 178 de 17.7.2000)). En inglés conocida como “ <i>Electronic Commerce Directive</i> ”.
DDASI	Acrónimo de Directiva de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos conexos o afines en la Sociedad de la Información, DOCE 167 de 22.6.2001). En inglés conocida como “ <i>InfoSoc Directive</i> ” o “ <i>Copyright Directive</i> ”.
DMCA	Siglas de la ley “ <i>Digital Millenium Copyright Act</i> ”.
DOCE.....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DRD	Siglas de “ <i>Data Retention Directive</i> ” (Directiva 2006/24/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo, relativa a la Retención de Datos generados o procesados en comunicaciones por servicios de comunicación electrónicos disponibles al público o redes de comunicaciones públicas, que modifica la Directiva 2002/58/CE; (DOCE 105 de 13.4.2006)).
DRMs	Acrónimo de “ <i>Digital Rights Management</i> ”

EFF	Siglas de la organización “ <i>Electronic Frontier Foundation</i> ”
EU	<i>European Union</i> .
FCC	Comisión Federal de Comunicaciones “ <i>Federal Communications Commission</i> ”.
HTML	Acrónimo de “ <i>Hypertext Markup Language</i> ”.
HTTP	Acrónimo de “ <i>Hypertext Transfer Protocol</i> ”.
ICANN	Acrónimo de “ <i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i> ” (Entidad de Internet para la Asignación de Nombres y Números de Dominios).
IFPI	Acrónimo de “ <i>International Federation of the Phonographic Industry</i> ” (Federación Internacional de la Industria Discográfica)
IGF.....	Siglas de “ <i>Internet Governance Forum</i> ”
IP	Acrónimo de “ <i>Internet Protocol</i> ”.
IPRED	Acrónimo de “ <i>Intellectual Property Rights Enforcement Directive</i> ” (Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Abril, para la Armonización de la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual; (DOCE 15 de 02.06.2004)). También llamada Directiva relativa al Respeto de los Derechos de PI o “ <i>Copyright Enforcement Directive</i> ”
ISPs	Acrónimo de “ <i>Internet Service Providers</i> ” (PSSI de Intermediación)
ISSPs	Acrónimo en la Unión Europea de “ <i>Information Society Service Providers</i> ”. Es la terminología equivalente al OSP Estadounidense.
ISSs	Acrónimo en la Unión Europea de “ <i>Information Society Services</i> ” o Servicios de la Sociedad de la Información.
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico del Estado Español.
MOU.....	Contrato de Entendimiento entre las Partes Participantes o “ <i>Memorandum of Understanding</i> ” de 6 de Julio de 2011. Esquema de respuesta gradual implementado privadamente en EE.UU. con el beneplácito gubernamental.

MPAA	Acrónimo de “ <i>Motion Pictures Association of America</i> ” (Asociación de la Industria Cinematográfica Estadounidense).
OHIM	Acrónimo de “ <i>Office for Harmonization in the Internal Market</i> ”. OAMI son las siglas en castellano: Oficina de Armonización del Mercado Interior. El 23 de Marzo de 2016 la Unión Europea pasó a denominar este organismo <i>EUIPO</i> o “ <i>European Union Intellectual Property Office</i> ”.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En inglés conocida como “ <i>WIPO</i> ” o “ <i>World Intellectual Property Organization</i> ”.
OSP	Acrónimo de “ <i>Online Service Provider</i> ” (o PSSI)
P2P	Acrónimo de: “ <i>Peer to peer</i> ” (usuario a usuario, par a par)
PI	Propiedad Intelectual.
PK	Siglas de la organización “ <i>Public Knowledge</i> ”.
PSSI	Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información.
RAM	Acrónimo de “ <i>Random Access Memory</i> ” (o memoria RAM).
RIAA	Acrónimo de “ <i>Recording Industry Association of America</i> ” (Asociación de la Industria Discográfica Estadounidense).
SCCR	Siglas de “ <i>Standing Committee on Copyright and Related Rights</i> ”, perteneciente a la “ <i>WIPO</i> ” (Comité de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI).
SSI	Servicios de la Sociedad de la Información.
STC.....	Sentencia el Tribunal Constitucional.
TICs	Tecnologías de la Información y el Conocimiento.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPMs	Acrónimo de “ <i>Technical Protection Measures</i> ” o Medidas Técnicas de Protección. Sinónimo de “ <i>Digital Rights’ Management, DRMs</i> ” o Gestión de los Derechos Digitales. Son formas «políticamente correctas» de referirse a los dispositivos, programas o técnicas que impiden realizar copias o acceder a un contenido. Asimismo, este tipo de tecnologías envían información del uso que se realiza de un contenido siempre que se acceda al mismo si el dispositivo está conectado a Internet.

TRLPI	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de Abril, y en los aspectos que afectan a este trabajo, modificado por la ley 23/2006, de 7 de Julio.
UE	Unión Europea
Últ. vis.	Última visita.
UNCITRAL	“ <i>United Nation Commission for International Trade Law</i> ” (CNUDMI).
URL	“ <i>Unique Ressource Locator</i> ”
WCT	Siglas en inglés de “ <i>WIPO Copyright Treaty</i> ” (Tratado de la OMPI relativo a los Derechos de Autor).
WGIG	Siglas de <i>Working Group on Internet Governance</i> .(Equipo de Trabajo en el Gobierno de Internet).
WIPO	Acrónimo en inglés de la OMPI “ <i>World Intellectual Property Organization</i> ” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).
WPPT	Siglas en inglés de “ <i>WIPO Performances and Phonograms Treaty</i> ” (Tratado de la OMPI relativo a los Derechos de Ejecución y Fonogramas).
WSIS	“ <i>World Summit on the Internet Society</i> ”. (Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información).
WTO	Siglas en inglés de “ <i>World Trade Organization</i> ” (Organización Mundial del Comercio).
WWW	“ <i>World Wide Web</i> ”

INTRODUCCIÓN

Tras la aparición de Internet en nuestras vidas, han cambiado muchas cosas. En muchos aspectos, la vida desde una perspectiva analógica era más laboriosa aunque menos estresante. Hoy en día, las tecnologías de la información y el conocimiento, también conocidas como TICs, han revolucionado el mundo desarrollado completamente en los últimos años, modificando los hábitos de comportamiento social, así como el modo en que consumimos la cultura que nos envuelve. Estas tecnologías han aumentado nuestra independencia y en muchos aspectos nos sentimos liberados, además de que podemos incidir con nuestras propias opiniones y visiones sobre todo aquello que nos rodea, incluidos todo tipo de contenidos a los que tenemos acceso, estén o no sujetos a “derechos de autor”. Probablemente uno de los aspectos más revolucionarios sea que ya no tenemos la necesidad de consumir los productos culturales del mismo modo que lo hemos hecho en la era industrial, como meros agentes pasivos. Ahora, en la nueva era de la información, cada individuo con un dispositivo conectado a la Red en sus manos, tiene la oportunidad de contribuir al intercambio de datos e ideas, de compartir sin la motivación de reclamar derechos de propiedad, ni de excluir a aquellos que disponen de tiempo y motivación para aportar su propia visión sobre contenido creado y puesto a disposición de los demás por otros.

El mundo del derecho, tanto continental como anglosajón, ha reaccionado abriendo un proceso de evaluación y respuesta legislativa al impacto de la nueva tecnología sobre la protección de los derechos de autor a escala estatal e internacional, adaptándose a esta nueva realidad. Jurídicamente, estamos hablando de los derechos de “*copyright*” del “*common law*” anglosajón, y en el derecho continental de los “derechos de autor y derechos afines”. Siempre han existido los creadores individuales, un músico que escribe una canción, un escultor que crea una escultura o un pintor que pinta un cuadro. Aunque estos casos de creación individualizada siguen existiendo, actualmente a los Estados les preocupa especialmente el valor añadido cultural que se crea a través de equipos de trabajo con muchos miembros extremadamente sub-especializados y que requieren de la existencia de estructuras empresariales que tengan capacidad de invertir elevadas cantidades económicas para llevar a cabo proyectos creativos beneficiosos para la sociedad.

Antes de empezar esta tesis, no entendíamos porqué la tecnología informática que pasó a formar parte de nuestras vidas cotidianas en los años ochenta, sacudió los cimientos de los modelos de negocio de las industrias de contenido en el cambio de milenio, es decir, veinte años después. La venta de libros, periódicos, revistas, discos (que más tarde se convirtieron primero en cintas y luego en CDs), la exhibición de películas (que más tarde se comercializaron en formatos VHS o Betamax, alquilándose en video-clubs, y finalmente transformándose en DVDs), las emisiones radiofónicas y televisivas, y, por último, los videojuegos, se adaptaron bastante bien a las primeras generaciones de

tecnología informática. Por ello, nos planteamos entender el motivo por el que la generalización del uso de dispositivos conectados a Internet, junto con el desarrollo de arquitecturas de redes “*peer-to-peer*” o P2P y el despliegue del ancho de banda en los hogares, también conocida como alta velocidad, provocó tal difusión del contenido musical, cinematográfico, de publicación y de videojuegos, que se convirtió en una lucha épica sobre el futuro de las leyes de derechos de autor. Con todo ello, sólo recientemente, es decir, más de una década y media después, se ha conseguido a través del mercado en línea y a un precio competitivo, disfrutar del consumo de todo tipo de contenidos, incluidas canciones y películas.

Al emprender este proyecto, también nos planteamos analizar si ciertas empresas del mundo del entretenimiento realmente necesitaban una mayor defensa jurídica para preservar su supervivencia. Ahora sabemos que incluso anteriormente a la difusión de contenido en la era post Napster, o dicho de otro modo, tras la masificación global de los protocolos P2P, las industrias de contenido se resistieron activamente en permitir la introducción de tecnologías digitales y utilizaban la amenaza de estas tecnologías como base para obtener nueva legislación ampliando los derechos de autor y la capacidad de actuación de los titulares de dichos derechos. Incluso cuando el uso de las redes P2P se generalizó, las industrias de contenido hicieron esfuerzos en limitar y cambiar estas tecnologías que pueden contribuir a la reproducción y comunicación pública ilícita de contenidos con derechos de autor, a la vez que restringían instituciones presentes en la era analógica, como la doctrina del derecho de agotamiento (en su versión anglosajona “*first sale*” o “*exhaustion rights*”) o las doctrinas de las excepciones (usos lícitos y razonables) a los derechos de autor.

Sin duda, la utilización por parte de los usuarios de Internet de la tecnología de las redes P2P presenta particularidades que deben ser protegidas para preservar el carácter innovador de la Red. Esta afirmación no es evidente sin un análisis concienzudo del entorno específico, tal como hemos desarrollado en este trabajo. Por ello, el objeto del mismo es el estudio jurídico civil de esta tecnología y de cómo debe ser preservada con una regulación específica al respecto que, afortunadamente, tanto los EE.UU. como la Unión Europea han marcado muy claramente. Además, hemos centrado nuestro análisis en los PSSI de Intermediación de Acceso a Internet que nos proveen a todos con las conexiones de Banda Ancha o alta velocidad, y cuya adecuada regulación resulta de vital importancia, tanto para los usuarios como para las empresas.

La sentencia en primera instancia en Diciembre de 2015 del caso Cox Communications, un PSSI de intermediación de acceso que ha sido condenado a pagar 25 millones de dólares estadounidenses por no suspender el acceso a Internet de sus suscriptores por el uso del protocolo P2P BitTorrent a través de dispositivos que presuntamente estaban relacionados con miembros de la familia de los mismos, ha creado gran expectación en EE.UU. A pesar de que se esperaba la sentencia por parte de la siguiente instancia como muy tarde a finales de Abril del 2017, no ha podido ser incluida en este trabajo porque aún no había aparecido en el momento de cierre de este trabajo. Sin embargo, sí que hemos podido analizar el clamor popular de quejas que se ha producido en las

instituciones educativas, científicas y de grupos representantes de intereses públicos de los usuarios, concretamente de universidades, bibliotecas y asociaciones que representan empresas tecnológicas de Internet, las cuales han presentado varios informes “*amicus curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth Circuit*” que hemos tenido la oportunidad de analizar y citar (infra 8.1.2.b)).

El Capítulo I consta de dos partes diferenciadas. En la primera se realiza una rigurosa descripción de la Sociedad de la Información, de cómo se diseñó la Red y las características gracias a las cuales se ha convertido en una herramienta tan revolucionaria. Asimismo, hemos definido los tipos de intermediarios que existen y los modelos regulatorios que se han implementado en distintas jurisdicciones a escala global, así como los principios reconocidos internacionalmente en referencia a las responsabilidades de los PSSI de intermediación. La segunda parte aborda los derechos de autor en el ámbito digital, poniendo especial énfasis en la normativa internacional reguladora al respecto y las distintas organizaciones que intentan defender a los usuarios y a los innovadores tecnológicos de un lado, y a aquellas organizaciones que intentan defender los modelos de negocio de estructuras empresariales que ostentan la titularidad de los derechos de autor de contenido musical, cinematográfico, de publicaciones y/o de videojuegos, de otro.

El Capítulo II analiza cómo funcionan los distintos sistemas de acceso a contenido a través de Internet y las posibles implicaciones jurídicas si éstas se utilizan para vulnerar derechos de autor sin autorización de sus titulares legítimos y poniendo especial énfasis en desarrollar la evolución tecnológica que ha experimentado el intercambio de ficheros por el uso de los protocolos P2P, objeto de nuestra tesis. Sin embargo, no hemos de olvidar que estos mismos sistemas que se describen también tienen una función beneficiosa para la sociedad, ya que se utilizan de forma legítima para distribuir enormes cantidades de contenido de todo tipo que no vulnera ningún derecho y que, además, facilita mucho y reduce drásticamente los costes económicos relacionados con la logística de distribución de ficheros digitales.

En relación a los PSSI de intermediación, el Capítulo III describe los marcos normativos que limitan la responsabilidad civil derivada de las vulneraciones de derechos de autor realizadas por los usuarios en el caso estadounidense y la exoneración de cualquier tipo de responsabilidad, civil, administrativa y/o penal, en el caso de la Unión Europea. Además se analizan las diferencias legislativas entre ambos marcos jurídicos: la “*Digital Millenium Copyright Act*” o DMCA y la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, que más tarde ha sido traspuesta a las legislaciones de los Estados Miembros. El objetivo de ambos ordenamientos es proteger el desarrollo de los PSSI de intermediación, aunque, eso sí, en ambos ámbitos de forma condicionada.

Los Capítulos IV y V están dedicados, cada uno de forma específica, a analizar las distintas evoluciones jurisprudenciales y legislativas que han tenido lugar en los dos ámbitos estudiados, el derecho del “*common law*” estadounidense y el derecho

continental de la Unión Europea para su posterior trasposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, todo ello a partir de los años 1998 y 2000, respectivamente, momentos en que se establecieron las bases de las legislaciones sobre la responsabilidad de los PSSI de intermediación de cada uno de estos territorios. Además, los dos Capítulos nos conducen a descubrir que los dos ámbitos han adoptado recientemente un sistema común para afrontar el problema de la vulneración de los derechos de autor en línea con ánimo de lucro llamado “*Follow the Money approach*” (o enfoque de “*Sigue la Pista al Dinero*”) por lo que podemos concluir que ambas administraciones, el Congreso estadounidense y la Comisión Europea consideran que no debe penalizarse a los usuarios particulares que puedan vulnerar derechos de autor por el uso de los protocolos P2P, a menudo sin saberlo. Eso sí, EE.UU. ha implementado el sistema consiguiendo acuerdos privados entre las empresas implicadas y el Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, en su Comunicado del año 2015 destacaba que se reorientaría la política del Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual que recoge a representantes de los sectores públicos y privados, para mejorar la observancia de estos derechos, analizando a quién benefician dichas infracciones económicamente para neutralizarlas.

Finalmente, el Capítulo VI evidencia que, a pesar de que las premisas de tecnologías de control existentes en el cambio de milenio no permitían un control exhaustivo de todo el contenido transmitido en la Red y ahora sí sería posible, no existe la voluntad política a ambos lado del Atlántico de modificar los marcos normativos existentes e implementar un férreo control de defensa de los derechos de autor y vulnerar otras instituciones jurídicas firmemente arraigadas en nuestra cultura occidental, es decir, los derechos fundamentales y las libertades individuales. Dicho de otro modo, debe evitarse el bloqueo o el filtrado de contenido de forma arbitraria por parte de los PSSI de intermediación de acceso, al ser medidas que vulneran principios básicos de privacidad de los usuarios y limitan la libertad de expresión, ni se les debe imponer responsabilidades por el contenido enviado por los usuarios de la Red a través de sus servicios como intermediarios. No debe permitirse la suspensión del acceso a la Red en los domicilios particulares por presuntas vulneraciones de derechos de autor, resultando alarmante, por falta de imparcialidad y legitimidad jurídica, el concepto de sistemas estatales centralizados de conexión y desconexión a Internet impuestos a los PSSI de intermediación de acceso con esquemas privados de respuesta gradual.

Ciertamente, este no ha sido un tema pacífico que, debido a su enorme complejidad jurídica, resulta apasionante. Nos ha sido útil leer el análisis de autores de gran talla, tanto de la Unión Europea como de Estados Unidos, todos ellos citados en la parte final de este trabajo. Las fuentes analizadas tratan de arrojar luz sobre los distintos aspectos en los que son expertos para tratar de buscar soluciones equilibradas por el bien del futuro de nuestro entorno cultural. Todos ellos nos han servido de inspiración para realizar este trabajo y, por ello, a todos ellos les estamos profundamente agradecidos.

Para terminar, podemos añadir que nos parece de gran trascendencia para nuestras sociedades, tanto la estadounidense como la europea, la forma en que regulemos a los

prestadores de los servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso a Internet y todo aquello que les rodea. El estatus fluido de Internet, sus consecuencias poco exploradas y el impacto desconocido de las variaciones que en él se realicen, justifica una regulación lo más cauta posible y un equilibrio entre cómo se debe legislar y el intervencionismo de los gobiernos, reconociendo cuidadosamente las características excepcionales de su arquitectura, por lo que los esfuerzos intervencionistas gubernamentales deben ser extremadamente cuidadosos.

Creemos que el enfoque debe mantenerse desde una perspectiva pública de control por parte de estamentos públicos democráticos para evitar comportamientos que nos podrían recordar el contenido de un libro que nos impactó hace ya años *Un Mundo Feliz* del escritor Aldous Huxley. Resultaría muy triste que el futuro que les espera a nuestros descendientes sea un entorno de control perfecto de todo aquello que hacemos a diario en cada momento, muy similar al concepto de “*mano invisible*” de control que tan acertadamente acuñó hace más de una década y media el autor Larry Lessig.

22 de Mayo de 2017.

CAPÍTULO I: INTERNET Y LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1. El Concepto de Ciberespacio

El mundo moderno se ha visto inmerso en la penetración sin precedentes de las tecnologías de la información y el conocimiento (*information & communication technology, ICT*, en inglés), comúnmente conocidas como TICs, que ha permitido reducir texto, imágenes y sonido a un mismo formato común a las telecomunicaciones y la informática. Se accede con enorme facilidad, con gran velocidad y bajo coste a copias perfectas e ilimitadas de obras digitalizadas desde el lugar y en el momento que el usuario con sus dispositivos estime más conveniente. Gracias al empleo de unos mismos protocolos de transmisión y sistemas de identificación y localización de los ordenadores interconectados, el conjunto de autopistas de la información y los datos digitalizados en ellas introducidos, cuyo máximo exponente es Internet, es lo que se ha venido a denominar la “Sociedad de la Información” o “Ciberespacio”, cuya aparición ha provocado el avance de los derechos de autor y derechos conexos obligando a desarrollar la protección jurídica de la propiedad intelectual, ya que las leyes marcadas en un mundo físico de bienes tangibles y en soporte papel simplemente no funcionan correctamente por las características específicas que tiene el mundo digitalizado.¹

¹ Véase BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, p. 756. CARBAJO, F., “El Pulso en Torno a la Copia Privada” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, pp. 45-47. CASAS VALLÈS, R., “Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 298-299. GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, pp. 9-10. *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 1-2. GHOSH, R. (editor), *Code: Collaborative Ownership and the Digital Economy*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2005, p.2. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid, 2004, pp. 25-26. *La Copia Privada. Sus Fundamentos y su Tratamiento en el Entorno Digital*, 2ª Edición, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2008, pp. 29-31. GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, Bercal, Madrid, 2005, 78-79. LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp 171-173. MATA y MARTÍN, R.M., *La Propiedad Intelectual en la Era Digital – Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, ed. La Ley grupo Wolkers Kluwer, Madrid, 2011, pp 17-19. MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *Revista de la Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, p. 11. MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, p. 385. MENELL, P.S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26, issue 4, 2011, Berkeley

La forma en que deben definirse estas nuevas regulaciones se engloban mejor en el término “derecho de Internet” ya que es un término específico y que define un ámbito concreto. Seguramente futuros desarrollos tecnológicos crearán “ciberespacios” nuevos y más avanzados al actual². Además, el término “derecho de internet” es de uso común (49.900.000 resultados en buscadores el 1/Agosto/2015) comparado con “derecho del ciberespacio” (387000 resultados en la misma fecha). Sin embargo, probablemente el académico más renombrado considerado el líder espiritual del género³, el Profesor en Derecho, Lawrence Lessig, continúa utilizando el término ciberespacio ampliamente.⁴

Históricamente el derecho ha evolucionado constantemente o bien como modelos de derecho dentro de límites sustantivos como el derecho penal o el derecho público, o bien como una disciplina que emerge de un modelo vocacional como el derecho de las telecomunicaciones o el derecho de los servicios financieros. Ocasionalmente, estos modelos vocacionales han acabado desapareciendo como el derecho de la aviación o el derecho del espacio, entre otros. La emergencia de las tecnologías de la información y el Internet condujo lentamente a la aparición del Derecho del Ciberespacio que abarcaba demasiados ámbitos desde un principio. En el año 1996 el Profesor y Juez Frank

School of Law, University of California, 2012, p. 1541. NISSENBAUM, H., “From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why do We Need Regulation (and Vice versa)?” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 3 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2011, pp. 1373-1374. PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 30-31. PLANAS I SILVA, C., “Visión Jurídica sobre la Propiedad Intelectual” en AA.VV., *El Copyright en Cuestión*, ed. Deusto, Bilbao, 2011, pp. 23-24. SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 1. RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 18 STRICKLAND, L.S. “Copyright’s Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? – Part I: The Battle over file Sharing” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 30, No. 1, Oct/Nov 2003, pp. 7-8. TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011, p. xvi. XALABARDER, R., “La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital: ¿Un Monopolio en Extinción?” en *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2), Diciembre 2011, p. 63. Lo expuesto por los autores citados puede resumirse en una frase que subraya la profesora Xalabarder en la página 120 del libro *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*: “¡Internet es la máquina de copiar más grande y perfecta del mundo!”. Además, podríamos añadir que ésta máquina perfecta es accesible desde la comodidad de tu propio trabajo o domicilio, así como desde el lugar del mundo que se quiera y en el momento en que desee. Esta tecnología permite además hablar en tiempo real con quien quieras desde el punto del planeta que se desee fomentando el concepto del Sueño de la Libertad en Internet que trataremos más adelante. Tampoco hemos de olvidar el importante dato del coste económico prácticamente nulo, una vez que ya tienes en tu poder un ordenador o dispositivo conectado a la Red. En el área del derecho de reproducción se da por primera vez en la historia de la humanidad la circunstancia de que las obras pueden ser “clonadas”, es decir, reproducidas con una calidad exacta a la del original utilizando medios considerados caseros hoy en día

² JERKER, D., SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012, p. 26.

³ MURRAY, A. “Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important” en *SCRIPTed, a Journal of Law, Technology & Society*, issue 310, 2013, disponible en <http://script-ed.org/?p=1157>. Últ. vis. 23/Oct/2015. Este autor afirma que el Profesor Lessig es el líder espiritual del género del Derecho de Internet y numerosos autores de nuestra bibliografía lo referencian ampliamente. Prueba de su importancia académica es que la Universidad de Stanford puso a su disposición aproximadamente doscientos estudiantes de Derecho para ayudarle a completar las citas de su libro *Code Version 2.0*. Actualmente es Profesor de Derecho y Liderazgo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁴ LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006. Se menciona en todo el libro y se describe el ciberespacio en las pp. 9, 20, 84-88 y 107.

Easterbrook de la Universidad de Chicago dio una Conferencia en contra de que el Derecho de Internet tuviese un área específica de estudio dentro del Derecho y la Jurisprudencia. A su Conferencia le puso el título “Ciberespacio y el Derecho del Caballo” (“*Cyberspace and the Law of the Horse*”) ⁵ emulando el título de asignaturas de esa Universidad que abarcan áreas de conocimiento dispares como “Derecho y Economía” o “Derecho y Literatura”, aunque sus profesores bien podían ser merecedores del Premio Nobel. Sin embargo, el Profesor Lessig que también estaba entre la audiencia durante la Conferencia se dio cuenta que aunque es cierto que el derecho del caballo podría considerarse un modelo vocacional por lo que no necesita una disciplina propia, no es el caso en el del ciberespacio. La forma en que se regule Internet y las decisiones que la sociedad en su conjunto tome al respecto sí que pueden inclinar la balanza hacia unos valores que no son los que deseamos implementar en nuestra sociedad. La amenaza a los valores implícitos en nuestras leyes son ejemplos particulares de un concepto más general: “*las leyes nos permiten implementar conceptos jurídicos, pero la ley por sí sola no nos garantiza los valores deseados*”. Por ello, es importante enseñar las particularidades que debe tener el derecho del ciberespacio, ya que se trata de un modelo sustantivo dadas sus características concretas.⁶

Además, Internet, en sus últimas manifestaciones ha superado las expectativas imaginables y se ha convertido en un medio excepcional para convertir a la audiencia en participantes activos. Su potencial como red no es comparable a nada conocido hasta su aparición, así como el resultado directo de su “arquitectura”⁷ que promete bajos costes,

⁵ MURRAY, A. , “Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberspace and the Rule of Law are Important” en *SCRIPTed, a Journal of Law, Technology & Society*, issue 310, 2013, disponible en <http://script-ed.org/?p=1157>. Últ. vis. 23/Oct/2015. Esta metáfora obtuvo notoriedad por primera vez cuando fue utilizada por el Juez Frank H. Easterbrook del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito de los EE.UU., que además era Profesor de Derecho en la Universidad de Chicago. El Juez Easterbrook, que más tarde publicó un artículo de su Conferencia en el Forum Legal de la Universidad, citaba a Gerhard Casper como el primero que acuñó la expresión “*Ley del Caballo*” (“*Law of the Horse*”) para argumentar que no es necesario crear nichos legales independientes a la ligera: “...*la mejor manera de aprender la ley aplicable en temas especializados es el estudio de normas legales generales. Muchos casos tratan de la compra-venta de caballos; otros de las personas golpeadas por caballos; muchos más tratan de las licencias y las carreras de caballos, o el cuidado que los veterinarios prestan a los caballos, o sobre los premios que se entregan en los espectáculos de caballos. Cualquier esfuerzo para agrupar todos estos campos en la “Ley del Caballo” estaría predestinado a ser superficial y son conceptos jurídicos que no se pueden unificar.*”. Véase en general EASTERBROOK, F.H., “Cyberspace and the Law of the Horse” en *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 207-216.

⁶ LESSIG, L., “The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach” en *113 Harvard Law Review*, 1999, pp. 501-546. En todo el artículo, el autor profundiza en aquellos aspectos jurídicos que el derecho del ciberespacio debe tener en cuenta y que lo convierten en una disciplina propia dentro del derecho.

⁷ Varios profesores titulares de nuestra bibliografía utilizan este término de forma habitual y es un término aceptado a escala global en todos los foros e instituciones internacionales. Según el Profesor Lessig la “*arquitectura de Internet*” es la forma en que está diseñada, en cómo está construida, en cómo se encaran sus limitaciones por aquellos que quieren utilizar la Red, del mismo modo que las Leyes condicionan y limitan el comportamiento humano por la amenaza a ser condenados. En otras palabras, son las limitaciones que nos rodean cuando utilizamos Internet, las cuales no son subjetivas, sino al contrario, muy objetivas y nos condicionarán independientemente de si somos conscientes o no de que existen. Para una explicación más extensa vid. LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp 124-125 y 340-345. En el mismo sentido, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, 2010, p. 1. La autora destaca que el término acuñado por primera vez por el

descentralización y anonimato. Para mantener este potencial libertador, el Internet debe regularse con prudencia. A pesar de que al principio de la historia de Internet se pensaba que el ciberespacio no podía ser regulado y debía dejarse evolucionar por sí mismo, hoy en día se sabe que esto no es cierto, aunque seguimos sin saber exactamente cómo hacerlo porque no sabemos lo que deberíamos saber sobre el motivo por el que Internet ha producido un boom económico tan extraordinario. Por ello, debemos ser extremadamente cautelosos a la hora de regularlo.⁸

En los últimos veinte años, la responsabilidad potencial a la que se enfrentan los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) por el intercambio de contenidos entre los usuarios en el ámbito digital ha suscitado uno de los debates más apasionantes y fascinantes en el terreno legal. Por un lado, los titulares legítimos de obras y prestaciones protegidas, que observan cómo sin el pago de una oportuna licencia se intercambian sus contenidos en el ámbito digital sin compensación económica alguna, solicitan poder tomar medidas legales contra los PSSI de Intermediación y la actividad de los usuarios finales para combatir el aumento de las presuntas infracciones. De otra parte, los PSSI de Intermediación han argumentado que han de estar exentos de responsabilidad por los contenidos intercambiados entre los usuarios, enfatizando que si se les obliga a asumir más deberes en este sentido se evitará que progrese la innovación y la aparición de nuevos modelos de negocio en la industria tecnológica. Por último, los usuarios de Internet y el público en general que han entrado en el debate con fuerza en estos últimos años para defender su derecho a utilizar un Internet abierto y libre, sin trabas, para acceder y poder interactuar con servicios y contenidos lo más amplios posible.⁹

Profesor Lessig en su libro del año 1999 *Code and Other Laws of Cyberspace* ha alcanzado popularidad mundial en el mundo de los académicos del Derecho de Internet. La idea de que la “*arquitectura*” de Internet regula nuestro comportamiento en el ciberespacio es similar al modo en que las leyes se han impuesto a nivel mundial. Por otro lado, el término “*arquitectura original de Internet*” se refiere a las especificaciones de los protocolos originales de la Red especificados por el Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA) que diseñaron Internet en CLARK, David D., “The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols” en *Computer Communications Review*, Vol. 18, No. 4, Agosto 1988, pp. 106-114; así como los argumentos de su diseño en SALTZER, J.H., REED, D.P., y CLARK, D.D., “End-to-End Arguments in System Design” en *ACM Transactions on Computer Systems*. Vol. 2, Issue 4, 1984, pp.281-282.

⁸ LEMLEY, M.A., LESSIG, L., “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era” en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, pp. 971-972. En el mismo sentido, TEHRANIAN, J., *Infringement Nation: Copyright 2.0 and You*, ed. Oxford University Press, New York, 2011, pp. xvi-xxv. MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2012, p. 2. SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, p.1. ZITTRAIN, J.L., “The Generative Internet” en *Harvard Law Review*, vol. 119, issue 7, Mayo 2006, pp. 1984-1994, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 176-179 y pp. 29-58. El autor destaca que este medio ha transformado a la gente de meros consumidores de contenido a contribuidores y creadores activos.

⁹ MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, *Stanford-Vienna Transatlantic*

Las múltiples páginas web de contenido abierto tales como Wikipedia, YouTube o MySpace, en las que millones de individuos sitúan sus esfuerzos imaginativos, son plataformas ideales para que, en ocasiones, trabajos creativos con derechos de autor sean utilizados por los usuarios, en ocasiones indebidamente, deslustrando y enturbiando su forma original.¹⁰ De hecho, en estas dos últimas décadas los roles y las actividades que desarrollan los intermediarios de Internet han evolucionado de forma increíble. Los intermediarios de la Red que existían cuando se aprobaron la DMCA¹¹ en EE.UU. (infra 5.2.) y su homóloga la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico en la Unión Europea (infra 6.) eran sin duda básicamente actores técnicos, con poca o ninguna intervención en la producción o la gestión del contenido. Sin embargo, hoy en día han aparecido un elevado número de nuevos negocios online que juegan un rol cada vez más activo y prestan un abanico de servicios de intermediación más amplio: plataformas para compartir música y videos, mercados digitales, intermediarios de subastas digitales, redes sociales, páginas web P2P, páginas web de comunidades con intereses en común, etc., que han generado una sustancial incertidumbre de cómo se han de aplicar las limitaciones de responsabilidad en el sistema jurídico de los EE.UU. y las exenciones de responsabilidad en el sistema jurídico de la Unión Europea.¹²

Technology Law Forum, 2012, p. 2. En similares términos, véase en general PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009.

¹⁰ En general, PONTE, L.M., “Preserving Creativity from Endless Digital Exploitation: Has the Time Come for the New Concept of Copyright Dilution?” en *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Vol. 15, Núm. 1, 2009, pp. 34-101. A finales de la pasada década, YouTube completó contratos de licencia con propietarios de contenido de música, películas o programas de TV tales como Sony Music BMG, Warner Music Group, CBS, NBC y el canal Sundance, para mostrar en su página web los video-clips con derechos de autor sin vulnerar los derechos de sus titulares legítimos y que permite, por tanto, a los usuarios a transformarlos y compartirlos con sus conocidos. En el mismo sentido, MENELL, P., “Infringement Conflation” en *Stanford Law Review*, Vol. 64, June 2012, p. 1551. Además, tras la compra de YouTube por parte de Google en el año 2006, éste ha implementado el servicio “Content ID” que funciona como un sistema de detección de contenido tanto sonoro como visual que los titulares de derechos pueden utilizar para identificar sus canciones o videos y decidir si prefieren eliminarlo o cobrar la correspondiente licencia. Vid. Google, “How Google Fights Piracy report” en *Google Public Policy Blog, Updates on Technology Policy Issues*, 17 Oct. 2014, disponible en <https://www.publicpolicy.googleblog.com/2014/10/continued-progress-on-fighting-piracy.html>

¹¹ “*Digital Millennium Copyright Act*” (DMCA), normativa Estadounidense sobre los Derechos de Autor en el Ámbito Digital.

¹² MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 5. También véase SENG, D., Presentación junto con el profesor Ignacio GARROTE durante la 27ª Sesión del *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR)* que tuvo lugar entre el 28 de Abril y el 2 de Mayo de 2014, “Análisis Comparativo de las Aproximaciones Estatales a la Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por Vulneración de Derechos de Autor y Conexos”, disponible en www.ip-watch.org/2014/0509/comparative-study-of-national-approaches-to-internet-intermediaries-for-infringement-of-copyright-and-related-rights o en www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries. Últ. vis. 22/Nov/2016. En esta presentación del 30 de Abril de 2014, llamada “Análisis de Derecho Comparado de las Aproximaciones Estatales sobre la Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por Vulneración de los Derechos de Autor y Conexos” como un “*side event*” (conferencia adicional) de la 27ª Sesión del Comité de Derechos de Autor y Conexos de la OMPI (“*WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights*” o SCCR), los profesores Daniel SENG de la “*National University*” de Singapore desde la perspectiva de las jurisdicciones de tradición jurídica anglosajona (“*common law*”) e Ignacio GARROTE de la Universidad

Hace ya más de dos décadas, a mediados de los años 90, emergió en el mundo desarrollado una “nueva sociedad” llamada Internet. En un primer momento fue utilizada únicamente por las universidades y los centros de investigación, aunque más tarde su uso se extendió a toda la sociedad del primer mundo. En este nuevo modelo de sociedad cristalizaron numerosas teorías de cómo debe regularse. Alguna teoría fue idealista y reclamaba que reinaría la libertad sobre el poder de los Estados. Había nacido en el ciberespacio el ideal de “Sueño de la Libertad” en el que todas las personas de la sociedad y desde cualquier punto del planeta podían comunicarse y relacionarse de un modo distinto, en el que las antiguas arquitecturas de distribución de contenido (televisión, radio, periódicos y libros) dirigidos de uno a muchos en formato fijo y acabado, se complementarían con un mundo en el que cualquier persona puede llegar a ser un editor de contenido, compartiendo aquello que crean de la manera que desean y de forma independiente.¹³

El sueño de la libertad en Internet empezó en el año 1984 con el libro de Steven Levy. Explicaba la historia de antiguos compañeros de estudios en ingeniería y codificación que creían que se debía acceder libremente a toda la información. Imaginaban que los ordenadores facultarían a las personas a decidir qué era lo correcto y lo incorrecto. El poder de la gente dependía del principio de descentralización de Internet, que fue incluido en el ADN de su diseño (“*end to end architecture*” infra 1.1.2.). El concepto era puntos finales inteligentes que interactúan entre sí y un sistema de tuberías neutras que transmitirían las brillantes glorias que los corazones y las mentes humanas crean para todos aquellos que desean escuchar.¹⁴ En el mismo sentido fueron memorables las palabras de John Perry Barlow en su famosa “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, cuyo párrafo más famoso es:

“We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.”¹⁵

Autónoma de Madrid desde la perspectiva de las jurisdicciones de la tradición del derecho continental (derecho civil), llegaron a la misma conclusión que la autora.

¹³ TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011, p. xvi. En el mismo sentido, LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, p. 2.

¹⁴ LEVY, S., *Hackers, Heroes of the Computer Revolution*. ed. Anchor Press, New York, 1984.

¹⁵ BARLOW, J.P., A Declaration of the Independence of Cyberspace, Davos, Suiza, 8 de Febrero de 1996, disponible en <http://homes.eff.org/cyberspace-independence> , últ. vis. 18/Nov/2015. John Perry Barlow es uno de los fundadores de la organización sin ánimo de lucro “*Electronic Frontier Foundation*”. El autor escribió esta declaración de principios en respuesta a la Ley sobre las Telecomunicaciones que se estaba preparando en los EE.UU. en el año 1996. Traducción del párrafo seleccionado: “*No tenemos gobierno electo, ni tendremos uno, así que me dirijo a vosotros con no mayor autoridad investida que aquella con la que la libertad siempre ha hablado. Así, declaro independiente por naturaleza propia el espacio social global que estamos construyendo. Independiente por tanto de las tiranías que buscáis imponernos. No tenéis ningún derecho moral de gobernarnos. Tampoco tenéis métodos de coerción efectivos y verdaderos que debemos temer.*”

Otras teorías repiten la metáfora de ciberespacio como un mundo aparte a todo lo conocido. Incluso en un primer momento, se llegó al planteamiento de que Internet no podría ser regulado en absoluto. Tras tomar conciencia del enorme potencial de este medio, la ola de entusiasmo popular dictó un cierto optimismo que otorgaba un sueño de libertad a la gente, aunque totalmente alejado al Internet de nuestros días. Hoy en día sabemos que el “*global social space we are building*” (“*el espacio social global que estamos construyendo*”) no es independiente del intervencionismo, la “*mano invisible*” (“*invisible hand*”) que define el Profesor Lessig y que los gobiernos sí pueden utilizar a través de métodos que ambos, tanto las empresas como los individuos, tienen motivos sobrados de temer.¹⁶

Lawrence Lessig, como profesor y escritor de Derecho Constitucional, cree que las constituciones deben construirse, pero no como un mero texto legal del estilo que los fundadores de los Estados Unidos escribieron en 1787, sino como la entienden los Británicos, como una estructura arquitectónica que establece un estilo de vida, el conjunto de aquellas estructuras, condicionantes sociales y marcos legales que protegen y nos guían para anclar adecuadamente los derechos fundamentales de nuestras sociedades. El marco adecuado de regulación no aparecerá si dejamos que el ciberespacio funcione libremente, sin intervención para cumplir con ese “*Sueño de Libertad*” mencionado anteriormente. Si lo permitimos, llegará a ser la herramienta perfecta de control. No necesariamente por gobiernos o fuerzas malintencionadas, sino por una “*mano invisible*” impulsada por fuerzas comerciales que están consiguiendo construir una arquitectura que resulta ser la opuesta a la creada inicialmente. Aquellos valores que considerábamos fundamentales no sobrevivirán. Para que sobreviva es vital que mantengamos su potencial como herramienta social. Por ello, si no legislamos con cautela, es decir, de forma que mantengamos la aparición de aplicaciones innovadoras para que los usuarios puedan escoger entre las que más les guste, evitamos la discriminación entre suscriptores de proveedores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acceso al ancho de banda y evitamos modificar su arquitectura para optimizarla poniendo en riesgo su potencial innovador, sin duda estaremos escogiendo un camino que tal vez nos hará felices a muchos, pero del que seguro nos arrepentiremos.¹⁷

El Internet tiene una doble vertiente, una dualidad que le confiere su poder, el peligro que representa y una gran dificultad para ser gobernado. Por un lado, atrae y ofrece autonomía a quien lo utiliza y en él existen plataformas de participación más

¹⁶ SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, p. 8. En el mismo sentido, GRANNICK, Jennifer, Keynote Speaker en la Conferencia Black Hat, “The End of the Internet Dream: *“In 20 years, the Web might complete its shift from liberator to oppressor. It’s up to us to prevent that.”* (traducción de la autora: “*En 20 años, la Web puede haberse modificado de liberadora a opresora. Está en nuestras manos evitarlo*”), disponible en <https://medium.com/backchannel/the-end-of-the-internet-dream-ba060b17d61.html> Ult. vis. 22 Agosto 2015. También véase LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 338-339.

¹⁷ Véase LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 4-5. En términos similares, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 387-388.

democráticas que alimentan una cultura crítica y auto-reflectante, con un enorme potencial como distribuidor de información que ayuda a mejorar el desarrollo humano a escala global. El público en general lo considera una herramienta liberadora y su regulación se percibe como una restricción que pone en peligro las libertades adquiridas y por otro, es un objetivo que se desea controlar siendo un campo de batalla de diversos intereses: los consumidores que se sienten atraídos pero temen falta de protección, las empresas que desean beneficiarse del comercio en línea pero temen ser responsables de incumplir algún requisito legal o los productores de contenido que ven nuevas oportunidades de negocio pero están poco dispuestos a abandonar antiguos hábitos de distribución.¹⁸

En Diciembre de 2015 tuvo lugar la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (WSIS) en Nueva York. En esta cumbre, se acordó en el seno de las Naciones Unidas, extender el mandato sobre la estrategia del gobierno del desarrollo de Internet por parte del *Internet Governance Forum* (IGF) durante otros 10 años, destinando más medios para desarrollar su labor enfatizando una “cooperación aumentada” entre gobiernos y grupos de interés. En el documento se destaca el concepto de “seguridad” y en la parte dedicada a la retórica general sobre los derechos humanos, en el que sin duda hay mucho trabajo a hacer especialmente por el derecho en este campo de las mujeres, también se incluye el concepto de “privacidad”.¹⁹ De otro lado, a través del *Internet Society* (ISOC), al que en esta Cumbre Mundial se le reconoce la gran labor desarrollada en escuchar las opiniones de las distintas zonas geográficas mundiales en cuanto al gobierno de Internet, se destaca que se debe trabajar ampliamente en desarrollar confianza para los usuarios y ampliar la habilidad al acceso de servicios en Internet para que un mayor número de personas se beneficien de ellos.²⁰ Es más, uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo es conseguir que la Red alcance a más usuarios finales potenciales para que Internet realmente llegue a un objetivo global de igualdad de oportunidades, a pesar del intervencionismo de ciertos países que perciben Internet como una amenaza como medio de comunicación política contra regímenes totalitarios. Se estima que poseen conexión a Internet más de mil millones de usuarios (“one billion” en Inglés).²¹

¹⁸ En estos términos véase BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 129-355. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 1.

¹⁹ Véase WSIS, o World Summit on the Information Society, visitado 3 de Enero 2016, disponible en 6 idiomas en. <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/70/L.33> Últ. vis. 8/Ene/2016. Existe una seria preocupación por el abuso que sufren los derechos fundamentales de los usuarios de Internet, particularmente los relacionados con la privacidad. También destaca el papel que desempeña este organismo en el gobierno global de Internet RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp. 27-35.

²⁰ BROWN, Kathy, Consejera Delegada del Internet Society (ISOC) y ponente en WSIS 10. Diciembre 2015 . Visitado el 7 de Enero de 2016. Durante estos diez últimos años se han dado cuenta que muchos usuarios han dejado de confiar en que se respete su privacidad a la hora de utilizar la Red.

²¹ WU, T., DYSON, E, FROMKIN, M. & GROSS, D., “On the Future of Internet Governance” en *American Society of International Law*, Proceedings of the Annual Meeting, Vol 101, 2007, pp. 12-15, disponible en <http://ssrn.com/abstract=992805> Últ. vis. 24/Jul/2015. Este artículo refleja el punto de vista Estadounidense. La población mundial con conexión a Internet representa aproximadamente una

El “gobierno de Internet” no tiene una definición precisa, aunque el Equipo de Trabajo del *Internet Governance* (WGIG) lo definió en el año 2005 del siguiente modo:

*“El gobierno de Internet es el desarrollo y la aplicación por parte de Estados, el sector privado y la sociedad civil, cada uno de ellos dentro de su papel, de principios, normas y reglas compartidas, así como de procedimientos para la toma de decisiones y programas que darán forma a la evolución y al uso de Internet”.*²²

Para la cumbre del año 2015, donde, tal como ya hemos dicho, se renovó el mandato del IGF otros 10 años, se volvió a revisar qué elementos debía contener el gobierno de Internet y éstos fueron definidos como: a) las actividades estándar técnicas que promocionan la interoperabilidad de las aplicaciones IP (*“Internet Protocol”*), así como la seguridad de la Red, la confianza y la calidad del Internet; b) la coordinación técnica de los protocolos básicos, así como los nombres y las direcciones que apuntalan las funciones técnicas de Internet; y c) el manejo de los asuntos de política pública.²³

En estas dos últimas décadas han existido ideas que han cristalizado y han dado forma al Internet que conocemos hoy en día. Entre ellos, posiblemente pocos sean tan indicativos en su fase formativa o tan importante para el desarrollo que experimentó como los principios establecidos en el marco de discusión establecido por La Casa Blanca *“A Framework for Global Electronic Commerce”* (Un marco para el Comercio Electrónico Global) de los entonces Presidente y Vicepresidente estadounidenses Bill Clinton y Al Gore²⁴. Los principios que contiene este marco de discusión, establecidos por los liberales de los años 1990, han transformado Internet de un entorno meramente regulado a un gobierno, de legislación dura a legislación suave y de regulación pública a privada. Es decir, del marco Clinton/Gore destaca que la expansión de Internet se ha desarrollado básicamente por la inversión de grandes empresas privadas. Para mantener esa libertad en su desarrollo, la legislación utilizada se basa en una idea muy simple:

sexta parte del total, si tenemos en cuenta que actualmente hay unos seis mil quinientos millones de habitantes en el planeta.

²² Traducción propia de la autora: *“Internet governance is the development and application by Governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet.”* WGIG, o Working Group on Internet Governance, *Informe de Julio de 2005*, p. 4, disponible en <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Últ. vis. 22/Mar/2016.

²³ HASSAN, A., *“Internet Governance: Strengths & Weaknesses from a Business Perspective”* en WGIG Book: *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance*, Nov. 2015, p. 118, disponible en http://www.wgig.org/docs/book/WGIG_book.pdf, visitado 22/Marzo/2016.

²⁴ Véase CLINTON, W.J. and GORE, A., Jr., *“A Framework for Global Electronic Commerce”*, The White House (La Casa Blanca), 1 Julio 1997, en <http://www.technology.gov/digeconomy/framework.htm>, Últ. vis. 20 Julio 2005. Esta declaración política visionaria del potencial económico de Internet con la llegada del nuevo milenio redactada por Bill Clinton y Al Gore, cuando eran Presidente y Vice-Presidente de los EE.UU., respectivamente, se ha publicado varios años después en el libro CLINTON, W. *“A Framework for Global Electronic Commerce”* en Editor FITGERALD, B., *Cyberlaw I & II*, ed. Ashgate, Dartmouth, 2006, aunque también se puede leer el texto completo en http://itlaw.wikia.com/wiki/A_Framework_for_Global_Electronic_Commerce *“Read the Framework”*. Últ. vis. 28/Mayo/2016. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, p.9.

Internet no debe ser regulada sino que debemos dejar que evolucione con el mercado, ya que son los mercados y no los gobiernos los mejores reguladores. Para asegurar su futuro desarrollo, las empresas y los consumidores deben mantener su rol central con el mínimo posible intervencionismo de los Estados²⁵. En realidad debe ser al revés, deben ser los gobiernos los que apoyen la evolución de los mercados, creando el entorno necesario que permita el libre desarrollo y sin obstáculos de Internet. Según el marco Clinton/Gore, los gobiernos deben evitar restricciones innecesarias y, cuando se les pida intervenir, su objetivo debe ser apoyar y poner en práctica un entorno legal predecible, minimalista y consistente para el desarrollo del comercio. Los gobiernos también deben reconocer las cualidades únicas de Internet y no deben intentar que encaje en los antiguos modelos regulatorios que fueron desarrollados para los servicios de telecomunicaciones. Además, el comercio electrónico debe ser apoyado a escala global.

El Internet de la década de los años 90 y de principios del 2000 se ha transformado gradualmente y se ha visto marcado por la existencia y la expansión de esfuerzos colaborativos en el que todos los consumidores son productores potenciales de versiones mejoradas de la tecnología a la que tienen acceso. La innovación ya no está supeditada al creador original del trabajo. Se elimina la distinción entre el creador que siempre se había quedado con los derechos exclusivos y el usuario de la creación, que la recoge a través del acceso que tiene a la misma, la transforma y la mejora, transmitiendo su visión innovadora a la creación original, con lo que no se supedita al tradicional régimen de licencias por royalty. De hecho, se elimina la distinción entre el creador y el usuario de la creación. Muchos individuos que no se consideran rivales entre sí colaboran para crear un trabajo extenso e innovador pudiendo estar ubicados en lugares dispares del planeta.²⁶ Internet ha evolucionado de un modelo lineal en el que las empresas individualmente, o a través de un PSSI de Intermediación, situaban sus propios contenidos en la red con un modelo de negocio cliente-servidor, a un modelo

²⁵ Varios autores de nuestra bibliografía apoyan totalmente este concepto de mínimo intervencionismo legislativo. En su libro *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, el profesor Yockai BENKLER de la Universidad de Harvard, que conoce al profesor Lessig personalmente y con el que, según explica, ha tenido largas conversaciones, dice textualmente en la página 385: "...Desde otro punto de vista, tal vez no sea necesario destruirlo todo. Lessig lo llama el principio del "ganado bovino" ("principle of bovinity"): un pequeño conjunto de normas, consistentemente aplicadas, son suficientes para controlar una manada de animales enormes." (traducción de la autora). Por otro lado, la abogada Béatrice MARTINET llega a la conclusión de que el entorno regulatorio de la responsabilidad de los PSSI de intermediación de acceso está suficientemente definido tanto en los EE.UU. como en la Unión Europea por lo que no necesita ser modificado, descrito en su trabajo llamado "*La Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por la Vulneración de Marcas y Derechos de Autor*" que desarrolló de forma conjunta en el año 2012 para la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena en Europa y la Facultad de Derecho de Stanford en EEUU.. En el mismo sentido, véase también MIQUEL RODRIGUEZ, J., "Descargas en Internet y la Llamada Ley Sinde" en Director MORRAL SOLDEVILA, R., *Problemas Actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*, II Jornada de Barcelona, Colección Estudios de Derecho Mercantil de Civitas Thomson Reuters, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 147. En castellano, este último autor denomina este mismo principio que defienden los autores estadounidenses LESSIG y BENKLER, como el "principio de intervención mínima".

²⁶ En este sentido véase GHOSH, R., et SOETE, L., "Information and intellectual property: the global challenges" en *Industrial and Corporate Change* 15(6), Diciembre 2006, pp. 925-926. Este artículo aparece en la edición especial: Information, Appropriability and the Generation of Innovative Knowledge. También disponible en www.merit.uu.edu/publications/.../wp2006-029.pdf, Últ. vis. 3/Abril/2016.

colaborativo entre usuarios finales, inter-operativos entre sí o modelo cliente-cliente, sobre plataformas de uso común a las que a veces se las denomina Web 2.0 y que permiten altos porcentajes de personalización. Sin embargo, no únicamente es el modelo de distribución de contenido el que ha variado. La propia red ha evolucionado de un medio pasivo para el usuario final a una plataforma interactiva, de un paquete editado y acabado a un entorno dinámico y en constante cambio²⁷

El entorno Web 2.0, que engloba los protocolos P2P, YouTube, las redes sociales y otras tecnologías relacionadas, ha desplazado el control a los “netizens” (pronunciado con fonética inglesa), es decir, a los ciudadanos de la red (“net citizens”). El lado positivo es que esta evolución ha ayudado a los autores, los cantantes, los cineastas, los “bloggers” y los críticos sociales a alcanzar amplias audiencias fácilmente y de forma instantánea. Sin embargo, el lado negativo es que se pueden vulnerar derechos de autor con la misma facilidad. Compartir de forma no comercial archivos MP3 podría afectar a las ventas de música. Incluso es relativamente fácil transmitir por internet ficheros grandes, como películas en alta definición, a través de *BitTorrent* o de los “cyberlockers” (infra 4.3.3.a) y 4.1./4.2., respectivamente). Asimismo, los avances en las tecnologías de lectura digital hacen agradable y divertido leer texto en una máquina, por lo que también se ha puesto de moda intercambiar libros digitalizados entre los usuarios.²⁸

Los conceptos de acceso abierto (“open access” o la no discriminación de aplicaciones por parte de los PSSI de Intermediación de acceso) y de “software” de uso libre (“open source”, en el que el “código fuente” es accesible a todos gratuitamente) son algunos de los ejemplos no sólo de cómo Internet puede cambiar el entorno social del que emergió sino además de cómo los patrones de regulación tradicional pueden ser transformados. Al mismo tiempo, muchos aspectos de la vida diaria han emigrado a Internet hasta tal punto que actualmente representa la cultura de la sociedad occidental. Nosotros, los usuarios de Internet, hemos transformado nuestras identidades al mismo tiempo y para regular este entorno, hemos de tener en cuenta que su arquitectura es distinta a cualquier otro medio que conocemos²⁹ Por ejemplo, el conocimiento y la funcionalidad de geo-

²⁷ Véase O'REILLY, T., “What is Web 2.0? Design Patterns & Business Models for the Next Generation of Software”, p. 5, disponible en <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> Últ. vis. 22/Jul/2015. En los mismos términos, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp .59-63. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 27. GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 201.

²⁸ En este sentido véase MENELL, P.S., “Infringement Conflation” en *Stanford Law Review*, Vol. 64: 1551, June 2012, p. 1553. La tecnología de compression de ficheros de audio conocida por su forma abreviada “MP3” (MPEG-3) permite a los usuarios de dispositivos a abrir y escuchar una grabación original con una calidad similar al original que puede ser rápida y fácilmente transmitida a través de Internet. Sin embargo, en nuestra opinión, es curioso observar cómo la venta de los antiguos vinilos ha aumentado considerablemente en los últimos años, incluso reconocido por la IFPI, ya que, con ellos, se consigue una acústica de mayor calidad que la digital.

²⁹ Véase LEMLEY, M.A., y LESSIG, L., “Open Access to Cable Modems” en *Whittier Law Review*, vol.22, No. 1, 2000, p. 8. Los autores destacan que la consecuencia positiva del diseño de Internet es que se puede evitar que los PSSI de Intermediación puedan discriminar entre las posibles aplicaciones que

localizar las direcciones IP son gratuitas para cualquier desarrollador de aplicaciones, incluso para cualquier Estado o país que quiera incluir esta atribución en sus páginas web gubernamentales.³⁰

Para que podamos estar a favor o en contra de los cambios que se están llevando a cabo en Internet es prioritario que entendamos cómo funciona, ya que según el profesor Lessig su “*Code is Law*” (“*el código es ley*”). Es cierto que normalmente las “leyes” se establecen porque existe una presión social que refleja ciertos valores, por ejemplo, una empresa no puede contaminar impunemente por presiones de preservación del medio ambiente. En cambio, es más complicado para la opinión pública entender qué valores existen detrás del “código”. Entender el código que existe detrás del software y el hardware que utilizamos al conectarnos a Internet, va a permitirnos establecer qué valores queremos construir en el ciberespacio. Los valores en juego son de dos tipos: sustantivos y estructurales. En cuanto a los sustantivos debemos preguntarnos: ¿Qué debemos elegir, privacidad o acceso? ¿Debemos preservar un espacio para la libertad de expresión? ¿Debemos permitir una cultura libre o una cultura permisiva? También tienen mucha importancia los valores estructurales: ¿Qué controles y medidas proporcionales son posibles en este espacio? ¿Cómo conseguimos que un único regulador, o un solo gobierno no obtenga excesivo poder? O al revés, ¿cómo conseguimos que tengan poder suficiente?³¹

1.1. La Arquitectura de Internet

La arquitectura de Internet es única debido a tres grupos de características. En primer lugar, está organizada por capas. El segundo grupo de características es que Internet fue diseñada para que se comunicaran usuarios finales entre sí, es decir, no posee una estructura centralizada. Y, por último, su tercer grupo de características es su neutralidad, es decir, es el concepto que describe cómo la Red se relaciona con el contenido que se sube a la misma o, dicho de otro modo, la relación de Internet con las aplicaciones o servicios que funcionan en la misma.³²

Necesitamos entender cómo funciona el “código” en el contexto de Internet, así como en qué sentido este código debe ser abierto y en qué contextos esta apertura tendrá

existen o puedan existir en el futuro. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 4. WERBACH, K., “The Implications of Video Peer-to-Peer on Network Usage”, editores NOAM, E.M. et PUPILLO, L.M. en *Peer-to-Peer Video: The Economics, Policy, and Culture of Today’s New Mass Medium*, ed. Springer, New York, 2008, pp. 103-104. Con el “software” de libre uso u “Open Source” le permitimos a los desarrolladores, sin coste alguno, crear un software específico para sus propios clientes basándose en un protocolo propio, pudiendo los desarrolladores incorporar el protocolo P2P BitTorrent a distintos tipos de aplicaciones. Por ejemplo, los desarrolladores de software comercial podrían decidir incorporar la tecnología del protocolo P2P BitTorrent como plataforma para la distribución de videos u otro tipo de aplicación que se les ocurra. En este sentido véase infra el Punto 4.3.3.a).

³⁰ LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, p. 59.

³¹ LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 5-7.

³² SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp. 4-7.

relevancia. El Internet está construido sobre un amplio conjunto de protocolos básicos denominados TCP e IP, que alimentan las distintas capas de la Red. El modelo estándar de referencia que describe las capas de una red es el “sistema abierto interconectado” (OSI en inglés, “*Open Systems Interconnect*”). Este modelo describe siete capas de la Red, cada una de ellas representando una función que se lleva a cabo cuando la información se transmite entre aplicaciones que cooperan entre sí a través de la Red. Sin embargo, el protocolo TCP/IP que en sus inicios era una sola aplicación y más tarde sus creadores decidieron dividirlo en dos, el protocolo TCP por un lado y el protocolo IP por otro, no está excesivamente bien articulado en su arquitectura. Por ello, posiblemente es más simple describir esta arquitectura en cuatro de sus funciones principales y que podemos definir como: la capa de acceso a la Red (“*link layer*”), la capa que transmite la información (“*internet layer*” o donde está el protocolo de Internet “*Internet Protocol*” o IP), las capas del transporte (“*transport layer*” o donde está el protocolo TCP) y las capas donde están las aplicaciones (“*application layers*” o donde, por ejemplo están la “*www*”, la telefonía IP o VoIP, los e-mails, etc.). Además, regular el “código” no significa modificar el conjunto de protocolos básicos TCP o IP con lo que, sin duda, se destruiría Internet, sino, o bien, complementar estos protocolos básicos con tecnología que permita añadir una regulación lógica, o bien, regular las aplicaciones que se conecten con estos protocolos básicos.³³

Entender el modelo de este sistema de comunicación de capas separadas sobre el que se fundamenta la estructura de Internet es básico para poder decidir cómo regularlo, ya que éste principio junto con los otros dos, la transparencia y el modelo de comunicación entre usuarios finales o “end-to-end”, son los que han permitido la existencia de esta herramienta innovadora de bajo coste. En otras palabras, sin esta arquitectura, no existiría Internet: la *www* (*World Wide Web*), los e-mails o las redes P2P. Por varios motivos, unos positivos y otros negativos, los reguladores de Internet están actuando de una forma que compromete esta arquitectura básica. Vulneran la separación entre las distintas capas funcionales y actúan sobre una capa para solucionar un problema que existe en otra capa de esta estructura, comprometiendo la integridad del modelo de capas separadas, esencial para que Internet siga representando lo que ha sido hasta ahora.³⁴

³³ SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 96-101. Además, la autora describe cómo los creadores de Internet, Bob FRANKSTON, David REEF referenciado en nuestra bibliografía y Vinton CERF que hoy en día sigue activo y comenta a través del “*Internet Engineering Task Force*” (Equipo de Ingenieros de Internet o “IETF”) al que nosotras también hemos estado suscritas todos estos años) la conveniencia o no de las ligeras modificaciones que se proponen al “*Internet Society*” (“*ISOC*”) para ser incorporadas a la Red (infra 1.1.2.b)). En el mismo sentido, LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 143-145. CLARK, David D., “The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols” en *Computer Communications Review*, Vol. 18, No. 4, Agosto 1988, pp. 107-112.

³⁴ SOLUM, L.B. & CHUNG, M., “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law” en *79 Notre Dame Law Review*, vol. 79, issue 3, 2004, pp. 816-918 (2004). Disponible en <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol79/iss3/1>, últ. vis. 28/Jun/2016, pp. 847 y 917. Los autores aconsejan que si se quiere influenciar en una capa para conseguir una conducta deseada, es mejor no regular o afectar la capa inferior a la estrictamente necesaria. En concreto, la empresa CISCO disponía ya

1.1.1. Arquitectura estructurada en Capas Separadas y la Necesidad de su Mantenimiento Para Preservar la Capacidad Innovadora de Internet

La idea de la estructura en capas describe la naturaleza heterogénea de Internet y las complejidades de su hardware, su software y su diseño básico. Internet no es un medio homogéneo, sino que está compuesto por distintas capas, cuya estructura necesitamos entender para tomar decisiones reguladoras adecuadas. Incluso podemos añadir que debemos identificar la capa donde se comete la conducta vulneradora de derechos para dirigir hacia ese punto problemático una posible nueva norma reguladora.³⁵

Las capas se apilan una tras otra y las funciones que se desarrollan en cada una de ellas son independientes. La información se transmite de arriba a abajo de las capas apiladas cuando se envía a La Red y de abajo a arriba de la pila de capas cuando se recibe la información de Internet. Cada capa tiene su propia estructura de información y cada capa no conoce las estructuras de información que utilizan las otras capas.³⁶

Tres de las capas, escondidas en las paredes de Internet, constituyen las cañerías básicas de la misma. En la parte más baja, justo encima de la capa física de Internet, es decir, en la capa de anexión de datos, funcionan muy pocos protocolos ya que se manejan exclusivamente interacciones locales de la Red. Un mayor número de protocolos existe en la capa siguiente, donde domina el protocolo IP. Este protocolo direcciona la información entre los que la alojan o nodos, estableciendo qué camino debe tomar la misma a través de qué conexiones de Red. En la capa siguiente superior, es decir, en la capa del transporte de un alojamiento o nodo a otro, dominan dos protocolos distintos: el TCP y el UDP. Estos

en el año 2004 de dos tecnologías llamadas « *Network Based Application Recognition* » o « *NBAR* » y « *Committed Access Rate* » o « *CAR* » las cuales pueden no sólo violar la independencia entre capas sino bloquear el tráfico dependiendo de la URL concreta o las aplicaciones o los contenidos por un lado, e identificar y clasificar los « paquetes de datos » dependiendo de la dirección IP de salida o de destino, así como las aplicaciones o protocolos utilizados por los usuarios, respectivamente. En otras palabras, con estas tecnologías cualquiera puede vulnerar derechos fundamentales de privacidad de los usuarios de la Red. En similares términos, WERBACH, K., “A Layered Model for Internet Policy” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 1, 2002, pp. 57-64. WERBACH, K., “Breaking the Ice: Rethinking Telecommunications Law for the Digital Age” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 4, 2005, pp. 71-74. SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 88-90. Esta autora va incluso más allá afirmando que si se comprometen ciertas capas se podría comprometer en un futuro la aparición de nuevas aplicaciones que, hoy por hoy, no somos capaces ni de imaginarnos.

³⁵ SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 5. En el mismo sentido, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 83-90.

³⁶ HUNT, C., *TCP/IP: Network Administration*, O'Reilly & Associates, Sebastopol, California, 1997, p. 9.

protocolos negocian el flujo de información entre dos alojadores o nodos de la Red. La diferencia entre ambos es la seguridad, ya que UDP no ofrece una seguridad garantizada. Todos los protocolos juntos funcionan como un extraño servicio de mensajería UPS. La información se transmite desde la aplicación a la capa de transporte. Aquí la información se coloca en una caja virtual y se le coloca una etiqueta también virtual. Esta etiqueta une los contenidos de la caja a procesos particulares. Esta es la función de los protocolos TCP y UDP. A continuación, esa caja es transferida a la siguiente capa, donde el protocolo IP coloca el paquete en otro paquete, con su propia etiqueta. Esta etiqueta incluye las direcciones IP de origen y destino. Esta caja se vuelve a envolver de nuevo en la capa de la conexión de información, dependiendo de las características de la red local. Por lo tanto, todo el proceso es un extraño juego de empaquetado. Se añade una nueva caja en cada capa y una nueva etiqueta describe el proceso en su propia capa. Al final, el proceso de empaquetado se vuelve reversible, como las muñecas rusas, cada paquete se vuelve a abrir en su capa correspondiente, hasta que al final la maquina destinataria recupera la información del envío inicial. Por encima de estas capas se encuentra la capa de las aplicaciones de Internet, en la que existen innumerables protocolos. Los más conocidos son el FTP (“*File Transfer Protocol*”) o el protocolo para transferir ficheros, el SMTP (“*Simple Mail Transport Protocol*”) o el protocolo para enviar e-mails y el HTTP (“*Hyper Text Transfer Protocol*”) o el protocolo para publicar y leer documentos a través de la Red. Estos protocolos establecen cómo se relaciona un usuario final (por ejemplo nuestro propio ordenador) con un servidor (que aloja la información que estamos buscando) o bien con otro usuario final (por ejemplo, alguien que comparte sus ficheros a través de una red “*peer-to-peer*”) y viceversa.³⁷

En los años noventa, se buscó la optimización de esta arquitectura en capas de Internet para mejorar las necesidades de un grupo concreto de aplicaciones que tenían una estructura “*cliente-servidor*”, la cual era el tipo de estructura dominante o más conocido de las aplicaciones existentes en ese momento. Las aplicaciones “*cliente-servidor*” funcionan de forma en que en un extremo existe un programa cliente que solicita un servicio y en el otro extremo existe un programa servidor que da el servicio solicitado. Normalmente el extremo que solicita el servicio recibe la información de forma más rápida que la velocidad a la que la envía. Por ejemplo, cuando nos conectamos a Internet y solicitamos entrar en una página web normalmente en este proceso fluye poca información, en cambio, cuando se carga la página web en nuestro dispositivo ha fluido un gran volumen de información. Del mismo modo, cuando queremos ver una película de

³⁷ En este sentido véase LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, p. 144. En el mismo sentido, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 84-88. HORNER, L., *A Layer Model for Understanding the Communications Environment*, The Freedom of Expression Project, 28 de Mayo de 2008, en www.freedomofexpression.org.uk/re-sources/shaping+a+public+interest+communications-environment. Últ. vis. 18/May/2016. CLARK, David D., “The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols” en *Computer Communications Review*, Vol. 18, No. 4, Agosto 1988, p. 108.

un servicio de “*streaming*” la solicitud enviada son pocos datos, en cambio, el envío de la película ocupa gran cantidad de ancho de banda al fluir mucha información. Por ello, los PSSI de Intermediación daban un patrón de servicio llamado “*asimétrico*” que compromete la estructura de capas independientes, es decir, se modificaba de tal modo que el ancho de banda era mucho mayor del servidor al domicilio que del domicilio al servidor. Hoy en día, el patrón de servicio de ancho de banda asimétrico da muchos problemas para todas aquellas aplicaciones basadas en modelos “*cliente-cliente*” en las que cada usuario final es simultáneamente servidor y cliente, como, por ejemplo, las aplicaciones o redes “*peer-to-peer*”.³⁸

1.1.2. Arquitectura de Comunicación Descentralizada o entre Usuarios Finales

Este segundo grupo de características tiene relación con la naturaleza descentralizada de Internet y su falta de dependencia sobre un sistema centralizado de distribución. Por ello se define como una arquitectura de comunicación entre usuarios finales (“*end to end*” o *E2E*), la cual depende de la conmutación de paquetes de datos (“*packet switching*”), de las configuraciones estándar descentralizadas (“*decentralized standard-settings*”), del encriptado (“*cryptography*”) y del anonimato de las comunicaciones transmitidas (“*anonymity*”).³⁹

No fue un accidente que Internet se diseñase de forma minimalista, sino que refleja la decisión de que la mejor forma de diseñar una red para desarrollar un amplio abanico de funciones es mantenerla lo más simple posible. En lugar de diseñar una red con un conjunto complejo de funciones que obligatoriamente necesitarán utilizar todas las aplicaciones, la filosofía de esta red desplaza la

³⁸ SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 70-71. En similares términos, COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BOARD AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Unpredictable Certainty: Information Infrastructure through 2000*, ed. National Academy Press, 1996, pp.52, 71-77 y 89-93. En este libro estadounidense disponible gratuitamente por Internet se describen claramente los problemas que comportan los anchos de banda asimétricos. También véase MINAR, N., et HEDLUNG, M., “A Network of Peers: Peer-to-Peer Models through the History of the Internet” en *Peer-to-Peer: Harnessing the Benefits of Disruptive Technologies*, ed. A Oram. O’Reilly, 2001. Los autores destacan que en los comienzos de Internet, a excepción de una sola aplicación “*cliente-servidor*” el patrón de uso de todas las demás aplicaciones era “*cliente-cliente*” o simétrico, es decir, las aplicaciones funcionaban como un medio de comunicación entre máquinas para compartir recursos entre ellas como iguales. Por ello, antiguas aplicaciones creadas entre los años setenta y principios de los noventa servirían de lección para nuevos desarrolladores de nuevas aplicaciones “*peer-to-peer*”. Como veremos más adelante, este tipo de aplicaciones se hicieron famosas a escala mundial en el año 2000 tras la aparición de la aplicación *Napster*, a pesar de que ya hacía tres décadas que existían.

³⁹ Véase en general, FROOMKIN, M., “The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage” en editores KAHIN, B. y NESSON, Ch., *Borders in Cyberspace*, ed. MIT Press, Cambridge MA, 1997, pp. 129-163. <http://osaka.law.miami.edu/froomkin/articles/arbitr.htm> Ult. Vis. 28/Marzo/2016.

complejidad a los extremos de la misma, es decir, para que las aplicaciones que se utilizan contengan y añadan las características que se desean tener. Por lo tanto, si es necesario autenticar la identidad de quien está utilizando la Red o si un contenido debe ser encriptado, estas funciones deben ser realizadas por la aplicación conectada a la Red, no por la propia Red. Sin duda esta característica básica del diseño de Internet es la que ha provocado que sea una herramienta tan innovadora y ha facilitado el crecimiento que ha experimentado la Red en los últimos años ⁴⁰

a) La Teoría de la Conmutación de Paquetes de Datos

Los paquetes de datos conmutados son una tecnología que es difícil de controlar por mecanismos tradicionales aplicados a las telecomunicaciones. Los ordenadores se gestionan independientemente aunque estén conectados a una Red que se adhiere a un standard común que les permite comunicarse: son los llamados protocolo TCP e IP, ambos situados en distintas capas de la Red. Estos protocolos tienen una carencia estructural en lo concerniente a temas de seguridad, ya que se diseñaron para que se compartiera y circulase libremente la información entre los usuarios de la Red y para que los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación presten su servicio independientemente del tipo de contenido o información que circula por ellos. La información se fragmenta en pequeñas partes, los denominados “paquetes”, son enviados de forma independiente. Esta independencia hace que cada uno de ellos pueda tomar un camino diferente para pasar del emisor al receptor. Este sistema mejoró el rendimiento de los sistemas de comunicación que con anterioridad siempre habían circulado de forma ordenada por un camino fijo. Este sistema representa que si un alojador o nodo de la Red falla, las comunicaciones no se detienen, sino que simplemente buscan otros caminos. ⁴¹

Intentemos entender cómo funciona la transmisión de paquetes de datos entre dos usuarios finales. El sistema divide en trozos pequeños los datos de un fichero y les asigna la dirección IP (“*Internet Protocol*”) a la que deben ser enviados. Estos paquetes de datos atraviesan distintas máquinas que

⁴⁰ En estos términos véase LEMLEY, M.A., LESSIG, L., “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era” en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, pp. 971-972. En el mismo sentido, LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, p. 44.

⁴¹ Véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 148-163. En similares términos, HERRERA JOANCOMARTI, J., “Nociones técnicas de Internet” en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UC, Barcelona, 2005, pp. 21-22. También véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013. p. 5.

deciden, dependiendo de un algoritmo que cada vez se vuelve más complicado, a qué otra máquina se lo envían hasta llegar a destino. A medida que la Red se vuelve más rápida y robusta, estos saltos (“hops”) entre máquina y máquina (o nodo y nodo) se vuelven prácticamente instantáneos. Pongamos un ejemplo para entenderlo mejor. Imaginemos a un empresario de Munich enviando un e-mail a un proveedor de Barcelona. Los pedazos pequeños de datos en que el e-mail será dividido podrían contener varios atributos: el tema empresarial del que trata, que lo ha escrito una persona de origen alemán, que es un hombre alto, de más de 50 años, que es directivo de una importante empresa, etc. Pero la realidad es que el único atributo que tiene el paquete de datos es la dirección IP a la que tiene que dirigirse y la dirección IP de la que ha salido.⁴²

En sus orígenes nuestro Ciberespacio no tenía fronteras y una dirección IP no se podía situar territorialmente, pero hoy en día esto ya no es así. Sin duda, motivado por la percepción de ventajas de negocio que puede aportar, Internet ha sufrido una profunda transformación que implementa avances tecnológicos para geo-localizar a los usuarios. Por ejemplo, si un usuario intenta acceder al buscador www.google.com, automáticamente este es redireccionado al país desde el que intenta acceder: por ejemplo, www.google.es, si se trata de España. Las motivaciones comerciales o de ciertos gobiernos para geo-localizar una dirección IP son evidentes. Al contrario que con los distritos postales con los que es relativamente fácil identificar cuando uno de ellos es vecino o no de otro, dos direcciones IP que sean prácticamente iguales, al ser virtuales, pueden estar en puntos opuestos del planeta. Ahora bien, lo que sí es posible es almacenar la información necesaria para situar a un usuario final en un mapa geográfico teniendo su dirección IP. Para realizar esto, es necesario construir una tabla de direcciones IP y localizaciones geográficas, y entonces hacer un seguimiento de la última dirección IP y el camino a través del cual ha viajado un paquete de datos enviado por un usuario hasta donde tú estás. Dicho de otro modo, los protocolos TCP e IP no pueden indicar directamente dónde está un usuario, pero se puede utilizar indirectamente para al menos localizar el origen y el destino de los paquetes de datos

⁴² Véase LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 43- 44. En similares términos, SALOM CLOTET, J., “Delito Informático y su Investigación” en AA.VV., *Delitos Contra y a Través de las Nuevas Tecnologías. ¿Cómo Reducir su Impunidad?*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 108-110. CASTELLS, M., *La Era de la Información. La Sociedad Red*, vol. I, tercera edición, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 79-80. El autor especifica que la dirección IP es un código numérico que identifica necesariamente a toda máquina que intercambia (envía o recibe) información en Internet por medio del protocolo IP. De este modo, cada ordenador o dispositivo tiene una IP singular que permite la eficiente distribución de los datos. En otras palabras, es como una “dirección de correos” a la que tienen que remitirse los paquetes de datos conmutados y cada una es un identificador único de treinta y dos bits (cuatro bytes). De forma práctica, una dirección IP tiene una conexión única con cuatro números del 0 al 255, que además nos indica a través de qué PSSI de Intermediación está conectada a la Red.

transmitidos por la Red y, por tanto, localizar geográficamente un usuario. Al ser Internet una tecnología sin fronteras, sin duda una regulación lo más armonizada posible a escala global sería una alternativa aconsejable. La “fragmentación” del marco legal que regula las actividades en línea es sin duda contraproducente para el correcto funcionamiento y el crecimiento del comercio electrónico global y de las tecnologías digitales que no entienden de fronteras físicas.⁴³

Los protocolos TCP e IP no incluyen una tecnología para identificar el tipo de contenido que se transmite a través de Internet, es decir, no identifica si forma parte del fichero de una canción, de una película o de una aplicación “Voice-over-IP” VoIP (una aplicación que permite utilizar la Red para realizar llamadas telefónicas). Sin embargo, los protocolos TCP e IP tampoco interfieren con otras aplicaciones que pueden examinar las partes de los ficheros enviados e identificar si son parte de una canción, una película o una conversación telefónica. Con los adelantos tecnológicos se han desarrollado distintos tipos de aplicaciones tecnológicas de filtraje de partes de fichero con contenido, conocidas como “*packet filtering technology*”, que permiten el análisis y control de la información que está siendo transferida. Existen razones lógicas por las que un intermediario podría utilizar este tipo de aplicaciones. Pensemos, por ejemplo, en los administradores de redes que intentan decidir qué capacidad nueva necesitará la red que administran. Para ello necesitan entender en qué se está usando la capacidad de la que disponen: las universidades necesitan evitar problemas de seguridad o que se instalen virus o malware en sus redes de ordenadores, también motivos empresariales como gestionar las congestiones de la Red. Estas tecnologías se están desarrollando porque existe una demanda para su uso, aunque es evidente que existen múltiples

⁴³ Véase en este sentido JERKER, D., SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012, p. 395-396. En los mismos términos, LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 308-310 y p. 58. AUSTIN, G.W., “Global Network & Domestic Laws: some Private International Law Issues Arising From Australian and U.S. Liability Theories” en *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham, 2009, pp. 141-144. Este último autor no aconseja la “fragmentación” del marco legal que regula las actividades en línea ya que, sin duda, sería contraproducente para el correcto funcionamiento y crecimiento del comercio electrónico global y de las tecnologías digitales que no entienden de fronteras físicas. En similares términos, COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6 de Mayo de 2015, Comunicación del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Extracto de las directrices políticas para la próxima Comisión Europea.” Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático de 15 de Julio de 2014. Prioridad nº 2: Un Mercado Único Digital Conectado. Punto 2.3. Un Mejor Acceso En Línea para los Consumidores y las Empresas en Europa, Evitando el Bloqueo Geográfico, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192&fro Últ. vis. 10/Nov/2016>. En este comunicado, el Presidente de la Comisión Europea destaca que para conseguir un mercado único digital es necesario que las redes y servicios prosperen sin diferencias de precio, ni discriminaciones por ubicación geográfica, por lo que la Unión Europea ha establecido legislación para evitar estas prácticas injustificadas entre los Estados miembro.

casos en que puede ser muy cuestionada por los abuso de todo tipo que se pueden realizar con ellas y porque suponen serios riesgos para la privacidad de los usuarios.⁴⁴

b) Configuración Estándar Descentralizada o “*End-to-End*”

Directamente ligado a la conmutación de paquetes de datos se encuentra la configuración estándar descentralizada de la arquitectura de Internet, también conocida como arquitectura “*end-to-end*” o “entre usuarios finales”. El centro de La Red es simplemente un protocolo que describe cómo una máquina neutral propiedad del usuario final o del extremo se comunica. Por tanto, aquello que sube a la Red no es el resultado de una decisión realizada en el centro, sino en la periferia, donde están los usuarios finales. Si se cambiase este equilibrio, sin duda se perjudicaría Internet.⁴⁵

A pesar de que la Red original emergió bajo los auspicios del gobierno de los EE.UU., en la actualidad las configuraciones estándar se llevan a cabo por entidades no gubernamentales. La principal entre ellas es la “*Internet Engineering Task Force*” o IETF (Equipo de Ingenieros de Internet) que representa un fórum técnico internacional que desarrolla y mantiene el funcionamiento mundial de Internet. Otra entidad relevante es la “*World Wide Web Consortium*” o W3C (Consortio de la www) que del mismo modo que la IETF, se encarga del mantenimiento de las aplicaciones estándar de los protocolos básicos de Internet para que no falle la comunicación entre todos ellos independientemente de la entidad que los utilice. Desgraciadamente, esta organización ha designado una controvertida medida tecnológica de protección o DRM llamada “*Dubbed Encrypted Media Extensions*” (EME), diseñada por ingenieros de Google, Microsoft y

⁴⁴ MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 203-208. En similares términos, LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 54-56. También en general, MUELLER, M.L., *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2010.

⁴⁵ Véase ZITTRAIN, J.L., “The Generative Internet” en *Harvard Law Review*, vol. 119, 2006, pp. 175-179. El autor nos destaca además que el entorno en el que se ha desarrollado ha consistido en PCs con el sistema operativo neutral de Microsoft, pero los siguientes dispositivos o aplicaciones, como son los iPhones de Apple o Facebook no son neutrales en su diseño. El desarrollo de este concepto lo ha explicado con más detalle el autor en ZITTRAIN, J.L., “Law and Technology: The End of the Generative Internet. Exploring the expectations and implications for version 2.0 of the Net’s new gated communities” en *Viewpoints, Communications of the ACM*, Vol. 52, nº 1, Enero 2009, pp. 18-20. En los mismos términos, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 60-67. SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013. p. 7. BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 29-34. Este último autor en el sentido de que representa una economía de la información interconectada a escala global.

Netflix, como un elemento standard de la Red, con el propósito de reducir las vulneraciones de derechos de autor. Varias organizaciones defensoras de los usuarios que realizan actividades lícitas han alzado su voz en contra de este nuevo éxito de los poderosos grupos que explotan derechos de autor. Así mismo, tiene notable importancia la organización que se encarga de los nombres de dominio ICANN (“*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*”).⁴⁶

El IETF es la responsable del establecimiento de configuraciones estándar descentralizadas en la arquitectura de Internet y de su compleja infraestructura de ingeniería informática. El IETF es una entidad amorfa, no gubernamental y sin constituir, formada mayormente por voluntarios que se reúnen cada tres años y cuyas comunicaciones cualquier individuo puede recibir si se inscribe. Tiene una relación compleja con las siguientes organizaciones que aseguran su existencia y cohesión: el ISOC (“*Internet Society*”), el IAB (“*Internet Architecture Board*”) y el secretariado del IETF. El independiente e internacional ISOC se fundó en el año 1992 como una sociedad profesional que se ocupa del crecimiento y evolución de Internet a escala global, teniendo en cuenta cómo es Internet y en qué modo puede ser utilizada, con los aspectos técnicos, políticos y sociales que puedan derivar de su uso. Además, el Consejo de Administración del ISOC debe aprobar todas las nominaciones al IAB. El IAB dispone de derecho a veto sobre cambios que proponga el IETF. Miembros del IETF que se seleccionan aleatoriamente controlan la selección de los miembros del IAB. Sin embargo, el IETF no es parte formal, ni está supeditado al IAB. El IAB también posee considerable control sobre los encargos encomendados a los grupos de trabajo del IETF que desarrollan la mayor parte de su trabajo. El Secretariado del IETF está administrado por la “*Corporation for National Research Initiatives*” y se financia por agencias del gobierno de los EE.UU. y por el ISOC.⁴⁷

⁴⁶ Véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 5. En similares términos, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, p. 88. La autora compara las funciones del IETF y del W3C con Skype. La empresa Skype mantiene sus protocolos incompatibles con otros protocolos similares en el mercado para no perder su posición de líder de mercado. En cambio, el IETF y el W3C diseñan con un objetivo no privado, sino público y para que todos los protocolos sean compatibles entre sí. En cuanto a la designación de los controvertidos DRM llamados “*Dubbed Encrypted Media Extensions*” (EME) como un nuevo standard de la Red por parte de la W3C, véase McCARthy, K., “It’s Happening! It’s Happening! W3C Erects DRM as Web Standard” en *Electronic Frontier Foundation*, 22/Marzo/2017, disponible en <https://www.eff.org/mention/its-happening-its-hapening-w3c-erects-drm-web-standard> , últ. vis. 5/Abr/2017. En el mismo sentido, ROGOFF, Z., “Response to Tim Berners-Lee’s defeatist post about DRM in Web standards” en *Defective by Design* , campaña de FREE SOFTWARE FOUNDATION, 28/Feb/2017, disponible en https://defectivebydesign.org/blog/response_tim_bernerslees_defeatist_post_about_drm_web_standards , últ. vis. 5/Abr/2017. Este último autor destaca en relación a estos DRMs que “...tratar de que los ficheros digitales no sean copiables, es como pretender que el agua no sea húmeda”.

⁴⁷ En este sentido véase FROOMKIN, M., “The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage” en editores KAHIN, B. y NESSON, Ch., *Borders in Cyberspace*, ed. MIT Press, Cambridge MA, 1997, pp. 142-163,

c) Las Comunicaciones Anónimas

Muy unidas a las configuraciones estándar descentralizadas se encuentran las características del anonimato y del encriptado. Un nivel variable de anonimato está disponible e incluso se garantiza a los usuarios finales de Internet, cuya identidad es desconocida para aquellos que tienen derechos sobre el contenido que creen ha sido compartido entre usuarios.⁴⁸

Sin embargo, siempre que nos conectemos a la Red a través de un PSSI de intermediación que nos asigna una dirección IP y este guarde los informes de conexión a Internet no será posible que exista anonimato, ya que un propietario de contenido podría solicitar el nombre y la dirección del usuario que tiene suscritos los servicios del PSSI de Intermediación. Por lo tanto, la única forma de mantener realmente el anonimato es conectarse con una tarjeta de pre-pago en aquellos países en los que se puedan conseguir sin presentar una tarjeta de identificación personal o bien conectarse anónimamente a través de un Internet Café.⁴⁹

Unido al concepto de anonimato está la posibilidad que tienen los usuarios de Internet de evitar los Estados con regímenes reguladores desfavorables al escoger aquellos más liberales para realizar sus transmisiones. La primera consecuencia de esta opción es que se evita la censura. Una página web puede registrarse bajo cualquiera de una multitud de nombres de dominio. Cada país tiene uno y además existen un número elevado de dominios generales como: .biz, .eu, .com, .net, .org, etc. Además, el contenido en sí puede ser ofrecido a miles de empresas de servicios de alojamiento que existen repartidas por todo el planeta.⁵⁰

d) Las Comunicaciones Encriptadas

disponible en <http://osaka.law.miami.edu/froomkin/articles/arbitr.htm> Ult. Vis. 28/Marzo/2016. En similares términos, DIEZ DE LOS RIOS, M., "Request for Comments" en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, p. 187.

⁴⁸ Véase CLARK, Robert, "Sharing out Online Liability: Sharing files, Sharing Risks and Targeting ISPs" en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, p. 214. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 6.

⁴⁹ En estos términos véase LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 46-48. En el mismo sentido, CLARK, Robert, "Sharing out Online Liability: Sharing files, Sharing Risks and Targeting ISPs" en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, p. 214.

⁵⁰ En estos términos véase FROOMKIN, M., "The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage" en editores KAHIN, B. y NESSON, Ch., *Borders in Cyberspace*, ed. MIT Press, Cambridge MA, 1997, pp. 142-163, disponible en <http://osaka.law.miami.edu/froomkin/articles/arbitr.html> Ult. Vis. 28/Marzo/2016

En los primeros años de la vida de Internet, la tecnología de la encriptación estaba del lado de la privacidad del usuario. Lo común era que la información que circulaba se mantuviese secreta. Sin embargo, en la etapa siguiente, el rol más importante de la tecnología de la encriptación será conseguir que la Red sea más regulable. A medida que la capa de la Identidad se va construyendo en la Red, la facilidad de solicitar algún tipo de identidad como condición para acceder a los recursos de Internet aumentan. A medida que la habilidad se incrementa, su frecuencia de uso también aumentará.⁵¹ De hecho, la última generación del protocolo IP, IPv6⁵², marca cada paquete de datos con una “llave” de encriptación que no puede ser alterada o falseada, por lo que queda identificada de forma fehaciente el origen del mismo. Esta función identifica a todos los usuarios que envían y reciben información por Internet, por lo que el mantenimiento del anonimato resulta prácticamente imposible. En esta última versión del protocolo IP todo lo que recibamos o enviemos estará marcado, por lo que siempre se sabrá alguna cosa sobre nosotros.⁵³

La posibilidad de que un usuario encripte lo que envía a través de la Red evitará que los “*packet filtering technology applications*” referidos en el punto 1.1.2.a) puedan no sólo identificar el tipo de contenido filtrado con palabras clave identificativas, sino cambiar la habilidad de identificar “quien” es exactamente quien está utilizando Internet. Existen muchas tecnologías diseñadas para que el comportamiento de los usuarios finales en la Red sea anónimo. Sin embargo, estos sistemas de protección requieren una inversión considerable de tiempo o dinero por parte de un usuario final particular. La inmensa mayoría de los usuarios finales no tomaría medidas, por lo que la habilidad de controlar, por un lado, quienes son exactamente y, por otro, los distintos tipos de contenido que circulan, por parte de los administradores de redes se mantendrían intactos. Además, unos tipos de encriptado son más seguros que otros. Si utilizamos una aplicación de encriptado entre nodos, nuestro contenido se mantendrá confidencial entre estos, pero se podrá tener acceso a nuestro contenido cuando llegue a cada nodo. En cambio, si utilizamos una aplicación de encriptado entre usuarios

⁵¹ Véase LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, p. 54

⁵² El IETF ya pronosticó en el año 1994 que las prácticamente 4,3 mil millones de direcciones IP del protocolo IPv4 (4.294.967.296 o 2 elevado a 32) no serían suficientes en un futuro no muy lejano. En el año 2011 ya se agotaron en la zona Asia-Pacífico, en el 2012 en Europa y en el año 2013 en Norteamérica. Por lo tanto, todas las nuevas direcciones IP ya son del protocolo IPv6. De hecho, la Profesora Schewick describe en su libro SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 153-154 cómo los ingenieros informáticos del IETF han aumentado servicios de la capa correspondiente a las funcionalidades sin alterarla.

⁵³ En estos términos véase HELMS, S.C., “Translating Privacy Values with Technology – (Privacy enhancing technology, Law and Computers)” en *Boston University Journal of Science and Technology Law*, vol. 7, núm. 2, Boston, 2001, pp. 288-299. En el mismo sentido, JERKER, D., et SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012, p. 415.

finales, nuestro contenido se mantendrá confidencial durante todo el transporte.⁵⁴

Las transferencias de ficheros pueden realizarse de forma encriptada para evitar su seguimiento. Para ello cada fichero tiene una serie de datos asociados (*metadata*) que proporcionan información sobre el mismo, el nombre de la película, el intérprete de la canción, etc. Además, cada archivo es identificado de forma individual mediante una etiqueta informática (o código “*hash*”) que es una especie de matrícula que llevan todos los ficheros que circulan por una red P2P concreta⁵⁵

1.1.3. Arquitectura Neutral o Abierta de la Red. También llamada Neutralidad de la Red.

El principio de arquitectura neutral de la Red significa que los usuarios pueden ir donde quieran cuando quieran en Internet, subiendo y bajando simultáneamente información, sin trabas, con lo que los innovadores podrán desarrollar productos y servicios sin pedir permiso. Además, significa que los consumidores pedirán más y mayor velocidad al conectarse a Internet a medida que vayan disfrutando de nuevos contenidos, aplicaciones y servicios, impidiendo que los PSSI de Intermediación de Acceso puedan bloquear, ralentizar, o crear caminos especiales para descargar contenidos a mayor velocidad para aquellos clientes que paguen cuotas más altas. Los PSSI de Intermediación deben actuar con transparencia en relación a cómo funcionan sus servicios de ancho de banda, el tipo de actividades de gestión de la Red que llevan a cabo y cómo estas actividades pueden afectar al usuario, ya que disponen de la tecnología necesaria para permitirles analizar, bloquear y que los servicios funcionen lentamente. Se tiene constancia de que los PSSI de Intermediación discriminan ciertas aplicaciones por motivos económicos, regulan el ancho de banda disponible y restringen el acceso a determinados tipos de contenido.⁵⁶

⁵⁴ En este sentido véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 63-67. En similares términos, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, p. 45, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059> últ. vis. 16/Ene/2017. También, LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 56- 57

⁵⁵ Véase RUZ, F., “KaZaA y el Fin de la Revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, Bercal, Madrid, 2005, p. 53. Las etiquetas informáticas llamadas “*hash*” fueron las identificadas por los titulares de derechos en el caso Promusicae, véase infra 9.4.1.a).

⁵⁶ En estos términos SCHEWICK, B. van, “Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should Look Like”, *Stanford Law Review*, vol. 67, issue 1, Enero 2015, pp. 4-166, en <http://www.stanfordlawreview.org/print/article/network-neutrality-and-quality-of-service>. Últ. vis. 26/Abril/2016. La profesora Barbara van Schewick, Directora del Centro de Internet y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford en los EE.UU. está a favor de que los PSSI de Intermediación traten a todos los datos que circulan por Internet de forma igualitaria y que éstos no se

La Comisión Europea y el Presidente del Consejo de Administración del FCC estadounidense definen como Neutralidad de la Red a la garantía de que el acceso a Internet sea libre e igualitario para todos los usuarios, sin que exista la posibilidad de que los PSSI de Intermediación de Acceso puedan intervenir voluntariamente para bloquear el acceso a contenidos, aplicaciones o infraestructuras, así como provocar que el funcionamiento del acceso sea lento. Es decir, evita un trato discriminatorio entre las posibles elecciones de los usuarios, protegiendo la innovación, la igualdad de oportunidades y la prosperidad económica.⁵⁷

En resumen, la neutralidad de la Red consiste en la creencia de que los gobiernos deben intervenir para evitar que los PSSI de intermediación realicen una discriminación entre los tipos de datos que circulan por Internet por motivos económicos y/o para mantener una posición dominante en el mercado. En principio, actualmente los PSSI de Intermediación de Acceso deberían ofrecer los mismos niveles de servicio, por ejemplo, la misma velocidad para subir o bajar información, el mismo ancho de banda, la misma calidad de la señal, etc., independientemente del tipo de aplicación utilizada o el contenido usado y distribuido. De hecho el problema de la neutralidad de la Red tiene que ver con el deseo de los PSSI de Intermediación de obtener más capacidad de acceso a la infraestructura y a mayor velocidad para poder cobrar más en las facturas cuando los usuarios finales consiguen un trato de favor en el acceso para que su contenido se transmita con garantías preferentes. Internet representa una infraestructura crítica para la economía y debe ser protegida para permitir el crecimiento económico y la innovación. Evidentemente esta característica tiene un claro tinte político y, sin embargo, este tema, más que ningún otro, tiene sin duda la capacidad de marcar cómo será el Internet del presente siglo XXI.⁵⁸

puedan priorizar por motivos ni comerciales, ni políticos. Véase en el mismo sentido, HORNER, L., *A Layer Model for Understanding the Communications Environment*, The Freedom of Expression Project, 28 de Mayo de 2008, disponible en www.freedomofexpression.org.uk/resources/shaping+a+public+interest+com-munications-environment. Últ. vis. 18/Mayo/2016. *Open Internet*, Federal Communications Commission. <http://www.fcc.gov/general/open-internet> Últ. vis. 30/Marzo/2016, LEMLEY, M.A., et LESSIG, L., “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of The Internet in the Broadband Era” en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, tema de todo el artículo pp. 925-972. WERBACH, K.D., “The Centripetal Network: How the Internet Holds Itself Together, and the Forces Tearing It Apart”, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 48, 2008, pp. 346-347.

⁵⁷ Véase en este sentido, en cuanto a EE.UU.: GENACHOWSKI, J., Presidente del Consejo de Administración del FCC, *Preserving a Free and Open Internet: A Platform for Innovation, Opportunity, and Prosperity*, 21 Septiembre, 2009, disponible en <http://www.openinternet.gov/read-speech.html> Últ. vis. 25/Mayo/2016 y UNION EUROPEA, “Net Neutrality”, *Digital Single Market, Digital Economy & Society, Access & connectivity. Open Internet*. disponible en <https://ec.europa.eu/digitalsingle-market/en/net-neutrality>. Últ. vis. 3/Abr/2016. Para ver de que modo afecta el nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre la Neutralidad de Internet a los PSSI de Intermediación de acceso véase infra 9.1.5. También en general, SCHEWICK, B. van, “Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation” en *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Vol. 5, 2007, pp. 329-368.

⁵⁸ SAVIN, A., *EU Internet Law*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2013, p. 7. En los mismos términos, en general SCHEWICK, B. van, “Network Neutrality and Quality of Service: What a

1.2. La Necesidad de Conservar las Características que le Confieren a Internet su Carácter Innovador.

Hasta ahora tenemos claro que el diseño original de Internet contenía de forma voluntaria tres imperfecciones básicas. La primera consistía en que no se puede saber quién es el usuario de la Red ya que el protocolo IP no requiere ninguna credencial para realizar una transacción en Internet. De hecho, el único que puede relacionar una transmisión con el individuo que la ha realizado es el PSSI de Intermediación de acceso, aunque, como ya hemos dicho, no forma parte de la transmisión en sí. La segunda imperfección es la localización geográfica o saber dónde está ubicado el individuo que realiza la transmisión por Internet, ya que las direcciones son virtuales y no corresponden a un lugar concreto del mundo físico. Es decir, si recibimos algún tipo de información, podemos saber la dirección IP de la que procede, pero no podremos situar esa dirección IP en un lugar geográfico concreto. Por último, la tercera imperfección es saber qué tipo de información contiene la transacción que se realiza y para qué sirve. Para enviar un paquete de datos de un punto o usuario final a otro, no se necesita ningún tipo de etiqueta que identifique el tipo de contenido que contiene, por lo que podría ser cualquier cosa. Evidentemente, esta arquitectura original es difícil de regular. Imaginemos que el Estado de Pennsylvania decide aprobar una ley que prohíbe que los menores tengan acceso a contenido para mayores de 18 años. Para que esta ley sea efectiva el gobierno de Pennsylvania necesitaría saber: si un usuario de Internet es menor de 18 años, si el usuario está accediendo desde Pennsylvania o desde otro Estado de los EE.UU. o desde otro país y si el contenido que está consultando el usuario es contenido para adultos u otro tipo de información. Identificar estas características sería posible si se

Nondiscrimination Rule Should Look Like” en *Stanford Law Review*, vol. 67, issue 1, Enero 2015, pp. 1-166, en <http://www.stanfordlawreview.org/print/article/network-neutrality-and-quality-of-service>. Últ. vis. 26/Abr/2016. LESSIG, L., “El Futuro de Internet” en *Testimonio ante el Senado de los Estados Unidos, Comisión de Comercio, Ciencia y Transportes*, 110 Congreso, Segunda Sesión, 22 de Abril de 2008, disponible en <https://gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110shrg74893/html/CHRG-110shrg74893.htm> Últ. vis. 20/Sep/2016. En el año 2008, el profesor Lessig ya expuso ante el Senado de los Estados Unidos los motivos por los que consideraba que el Congreso de los EE.UU. debía transmitir instrucciones claras a la FCC para que implementase normativas lo más simples posibles para conseguir que los PSSI de Intermediación no bloqueasen ni filtrasen los tipos de contenidos escogidos libremente por los usuarios de Internet. En su presentación oral el profesor Lessig expuso que no hacerlo representaría el equivalente a que la compañía eléctrica fuese capaz cuando conectamos un televisor de cobrar precios distintos por el servicio si conectamos un aparato de la marca Sony o uno de la marca Panasonic, si conectamos una televisión de uso público o una de uso privado, o bien si conectamos una radio en lugar de una televisión. Incluso añadió: “Por lo tanto, sería un error fundamental pensar que no actuar en este sentido no representaría un coste para la competencia y la innovación de la economía. El coste sería la extraordinaria incerteza a la que los inversores tendrían que enfrentarse sobre cómo será el futuro de la Red y exactamente qué posibilidades de competir tendrán.” (“*So, it’s fundamentally mistaken to say that there’s no cost to competition or innovation of the economy from doing nothing. The cost is the extraordinary uncertainty investors face about what the future of the network will look like and what exactly their opportunity to compete will be.*”). La transcripción exacta de su exposición oral está disponible en la página web indicada más arriba.

incluyeran protocolos en las capas correspondientes de la Red para hacer un seguimiento de las mismas, las cuales “corregirían” o eliminarían las “imperfecciones” originales de Internet. Sin duda, estos cambios no nos obligarían a decidir entre Internet Sí o Internet No, sino que facilitarían el control del tipo de transmisiones que se realizan con todos los aspectos positivos y negativos que estos controles pueden suponer.⁵⁹

Sin embargo, se deben preservar aquellos aspectos de la arquitectura de Internet que le confieren su carácter innovador. Precisamente consiste en que cualquier usuario final de la Red pueda tener acceso a unos conductos de transmisión sin traba alguna por parte de los PSSI de Intermediación de acceso y así se pueda probar si la aplicación del nuevo modelo de negocio creado le resulta útil al resto de usuarios o no. Por ello, es importante que los PSSI de Intermediación de acceso no puedan discriminar unas aplicaciones a favor de otras. Una regulación adecuada de un Internet abierto (“*open access*”) va a imposibilitar a los PSSI de Intermediación de Acceso a controlar o decidir que innovaciones van a estar al alcance de los usuarios finales y cuáles no. En nuestra opinión, los gobiernos deben legislar a favor de este argumento al que se ha denominado la “Neutralidad de la Red”, aunque existen argumentos a favor y otros en contra.⁶⁰

⁵⁹ Véase LESSIG, L., *Code V 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 35-37 y 351. El autor Lessig se interesó en cómo los administradores de redes regulan las transmisiones que realizan los usuarios en entornos cerrados y obtuvo la siguiente respuesta de Greg Jackson que le describió cómo él, en realidad, lo que hacía para el correcto funcionamiento de su Intranet (su red de ordenadores conectados a Internet) era regular el uso del ordenador, no la identidad del usuario final: “*Cuando identificamos en un ordenador concreto de nuestra red que un Protocolo P2P en particular está compartiendo gran cantidad de películas, le asignamos una prioridad muy baja, por lo que funciona muy lentamente y así no afecta el funcionamiento de los demás usuarios. De hecho, realizamos gestiones de diseño de los paquetes que viajan por la Red por lo que casi nunca es necesario bloquear páginas web concretas.*”. En el Capítulo II explicaremos el motivo por el que un ordenador que comparte a través de Protocolos P2P grandes volúmenes de datos, como películas, utiliza mucha capacidad de transmisión o “ancho de banda” en la conexión a Internet, si su diseño es menos eficiente o pertenece a una de las dos primeras generaciones de protocolos de redes P2P.

⁶⁰ Argumentos en contra de que se regule a favor de un Internet abierto (“*open Access*”), SPETA, J.B., “Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms” en *Yale Journal on Regulation*, vol. 17, nº1, 2000, pp. 39-92. FRIEDEN, R., “Neither Fish nor Fowl: New Strategies for Selective Regulation of Information Services” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, 2008, pp. 373- 423. SPETA, J.B., “The Vertical Dimension of Cable Open Access” en *University of Colorado Law Review*, vol. 71, nº4, 2000, pp. 975-1010. En cuanto a los argumentos a favor, LEMLEY, M.A., LESSIG, L., “Open Access to Cable Modems” en *Whittier Law Review*, vol.22, No. 1, 2000, pp. 3-34. En general, BOHANNAN, C., et HOVENCAMP, H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, ed. Oxford University Press, New York, 2012. SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010. También en LEMLEY, M.A., et REESE, R.A., “Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation” en *Stanford Law Review*, Vol. 56, 2004, p. 1390. LEMLEY, M.A., LESSIG, L., “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of The Internet in the Broadband Era” en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, pp. 925-972. En este último artículo, los autores se muestran a favor de un Internet abierto y expresan su preocupación de que si los PSSI de Intermediación de acceso actúan sin unos parámetros claros se puedan llegar a dañar el Internet innovador que preserva la arquitectura de control en los extremos de la Red. En cuanto a cómo debe legislarse para mantener la Red Neutral, véase WU, T., “Network Neutrality, Broadband Discrimination” en *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, vol. 2, 2003, pp. 141-189.

La importancia de que puedan aparecer futuras aplicaciones que actualmente ni nos imaginamos no únicamente se debe a motivos de crecimiento económico. La habilidad de comunicarse de forma eficiente y sin esfuerzo alguno con dispositivos situados en cualquier punto del planeta puede ser de utilidad para un gran surtido de circunstancias. Es cierto que cuantas más posibilidades haya, mayor serán los incrementos agregados de productividad y mayor efecto tendrá Internet en el crecimiento de la economía.⁶¹ Sin embargo, el ritmo al que el uso de Internet puede contribuir al crecimiento económico depende del nivel de invenciones nuevas, es decir, el ritmo al que los usos potenciales de Internet sean identificados y las aplicaciones que permitan o ayuden a su desarrollo, se implementen y estén plenamente operativas. Pero su importancia va más allá de nutrir el crecimiento de las economías de los Estados, ya que el potencial de las aplicaciones permiten a los usuarios mejorar el discurso democrático, facilitando las acciones y la organización política, así como facilitar un entorno descentralizado en el que cualquiera puede participar para interaccionar social y culturalmente. Fuera de la estructura de mercado normal, las aplicaciones disponibles a través de una Red abierta o neutral nos permiten incrementar nuestra capacidad de creación tanto de forma individual, como en grupo. La capacidad de todos nosotros de hablar, no sólo escuchar, de modificar nuestro entorno de forma activa sin desempeñar únicamente el papel de receptor final, es básico en el potencial de Internet para incrementar la libertad individual, para tener una plataforma de participación democrática de más calidad, para desarrollar una cultura más crítica y reflexiva y en definitiva, para mejorar el potencial humano en todas las partes del planeta. Por ejemplo, los e-mails, los video-chats, la telefonía de Internet, los mensajes instantáneos o las plataformas sociales, nos permiten mantener y profundizar las relaciones que mantenemos con miembros de la familia, amigos y colegas, además de establecer nuevas relaciones con gente que comparte objetivos o intereses similares a los nuestros o que nos pueden interesar por otros motivos. Otras aplicaciones nos permiten coordinar y organizar multitud de tareas de forma eficiente, como por ejemplo, hacer la compra, recaudar fondos para buenas causas, desarrollar campañas

El autor describe el potencial que existe para que se viole la neutralidad de la Red. También WU, T., "Why You Should Care About Network Neutrality, The Future of the Internet depends on it!" en *Slate*, 1 de Mayo, 2006, disponible en http://www.slate.com/articles/technology/technology/2006/05/why_you_should_care_about_network_neutrality.html Últ. vis. 19/Sept/2016, y WU, T., et LESSIG, L., EX PARTE presentado ante la Comisión "Federal Communications Commission", CS Docket No. 02-52, 22 de Agosto, 2003, disponible en www.timwu.or/wu_lessig_fcc.pdf Últ. vis. 20/Sept/2016.

⁶¹ BRYNJOLFSSON, E, et SAUNDERS, A., *Wired for Innovation: How Information Technology is Reshaping the Economy*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2009, pp. 21-122. Los autores destacan que la forma tradicional con la que medimos el crecimiento, es decir, el producto interior bruto y la productividad, no refleja adecuadamente el valor creado por las tecnologías de la información y el uso de Internet. Concretamente, el producto interior bruto no refleja la actividad económica que tiene lugar fuera del mercado, ni las transacciones de bienes y servicios de segunda mano. Por lo tanto, las aplicaciones o el contenido gratuito como el uso de *Wikipedia* y de los Instrumentos de Búsqueda o de recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet no suman en el cálculo del producto interior bruto.

políticas u organizar las gestiones de los colegios y extraescolares de nuestros hijos, sin apenas esfuerzo.⁶²

El “software” que procesa los archivos con audio o videos, la “*World Wide Web*”, los weblogs o los lenguajes de programación “*open source*” gratuitos le permiten a cualquiera, que es capaz y desea invertir el tiempo y el esfuerzo en aprender cómo utilizar estas aplicaciones, convertirse por una gran diversidad de motivos o decisiones estratégicas en creador de productos de información sin apenas inversión económica. Además, las listas de correos electrónicos, los e-mails, los sistemas de visionado de contenido y las wikis permiten que individuos mal cohesionados y distantes geográficamente trabajen juntos para crear todo tipo de productos de información, ya sean programas informáticos “*open source*” o enciclopedias en línea. Fuera de la estructura de mercado normal, estas aplicaciones nos permiten incrementar nuestra capacidad de creación tanto de forma individual, como en grupo. La capacidad de todos nosotros de hablar, no sólo escuchar, de modificar nuestro entorno de forma activa sin desempeñar únicamente el papel de receptor final, es básico en el potencial de Internet para incrementar la libertad individual, para tener una plataforma de participación democrática de más calidad, para desarrollar una cultura más crítica y reflexiva y en definitiva, para mejorar el potencial humano en todas las partes del planeta.⁶³

Si permitimos a través de una arquitectura neutral de la Red que sigan apareciendo nuevas aplicaciones que abrirán nuevas y mejores oportunidades para los usuarios, se incrementará el potencial de Internet para crear valor añadido, el cual no se creará con la aparición de la nueva aplicación sino que las aplicaciones simplemente incrementan el potencial de valor añadido que los usuarios podrían crear. Dicho de otro modo, el valor prometido de nuevas aplicaciones se cumple cuando los usuarios las adoptan y las utilizan para conseguir sus objetivos. El tipo de valor añadido que se conseguirá dependerá del tipo de uso que se le asigne a las nuevas aplicaciones. El valor añadido de los usos de consumo o los usos que nos preparan para consumir se cumple cuando consumimos el producto o el servicio. Pongamos un ejemplo, cuando utilizamos un instrumento de búsqueda para encontrar el producto que deseamos adquirir o para localizar la tienda en línea que necesitamos para comprar ese producto, creamos un nuevo valor añadido al hacer un uso de consumo que, o bien nos resulta más eficiente en el precio por haber podido comparar entre varias

⁶² Véase BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 129-382. En similares términos, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 387-389.

⁶³ En este sentido véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp.387-389. En similares términos, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 129-355.

opciones, o bien ha mejorado la eficacia del tiempo invertido que nos hemos ahorrado si hubiésemos tenido que desplazarnos a varios establecimientos, o bien nos ha ayudado a encontrar el producto o servicio que mejor encaja en nuestras expectativas.⁶⁴

En cuanto a posibilidades de futuras aplicaciones de utilidad, uno de los pioneros en telecomunicaciones, co-diseñador de los protocolos TCP, IP y la arquitectura básica de Internet hace ya varias décadas⁶⁵, cree que el gran desafío actual de la Red son los riesgos de seguridad, privacidad e identificación certera del usuario final. Añade que lo maravilloso de una utilidad en Internet también puede suponer un grave riesgo. Por ejemplo, los sensores de temperatura en el domicilio pueden ayudar a la policía y a los bomberos a planificar adecuadamente la respuesta a una emergencia, pero al mismo tiempo los mismos sensores pueden ayudar a un intruso a determinar cuándo hay alguien en la casa y cuando no. Por ello, considera básico ayudar a los usuarios finales a configurar adecuadamente sus sistemas para que únicamente tengan acceso a ellos personal autorizado. Para que esto sea posible, los PSSI de Intermediación y los desarrolladores deben ofrecer una “interfaz altamente interactiva” (*highly interactive interface*) que eduquen al usuario final a tomar decisiones consentidas para mitigar los riesgos de privacidad y seguridad en línea.

Tampoco hemos de olvidar el efecto que ha producido la vigilancia por parte de entidades gubernamentales que involucran a los PSSI de Intermediación en sus propósitos. En Estados Unidos, tras la escalada de vigilancia por parte de la NSA, se llevó a cabo una encuesta entre 520 escritores Estadounidenses sobre el efecto de la vigilancia en su trabajo. El 16% de ellos reconoció que dejó de hacer búsquedas de temas que pueden considerarse controvertidos o sospechosos, mientras que un 12% adicional reconoció que había considerado seriamente dejar de hacer este tipo de búsquedas.⁶⁶ Por otro lado, en Abril de 2014, el TJUE

⁶⁴ BRYNJOLFSSON, E., HU, Y.J., et SMITH, M.D., “From Niches to Riches: Anatomy of the Long Tail” en *MIT Sloan Management Review*, vol . 47, No. 4, 2006, pp. 67-71. Los autores destacan que con Internet los costes de producir y distribuir información sobre productos y servicios son bajos, además la Red tiene la habilidad de ofrecer un mayor número de productos y servicios en línea comparado con las tiendas convencionales y las búsquedas a bajo coste ha posibilitado crear y ofrecer a los consumidores acceso a una mayor variedad que la disponible antes de la aparición de Internet. En resumen, aplicaciones como los instrumentos de búsqueda o los mercados de productos o servicios, no solo habilitan a los usuarios desde la comodidad de su hogar y sin esfuerzo alguno a encontrar lo que quieren, sino que les permite escoger entre un mayor número de posibilidades.

⁶⁵ Véase la declaración de uno de los creadores de Internet: CERF, V., “Exclusive: Father of the Internet Vint Cerf’s Forecast for ‘Internet of Things’” en revista digital “*WashingtonExec*”, por Lisa Singh, 17 de Agosto de 2015. En http://www.washingtonexec.com/2015/08/exclusive-father-of-the-internet-vint-cerfs-forecast-for-internet-of-things/?imm_mid=0d7175&cmp=e-iot-na-na-newsltr_20150820. Últ. vis. 2 Sep 2016.

⁶⁶ PEN American Center, “Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor” en *Encuesta finalizada el 12 de Noviembre de 2013*, disponible en www.pen.org/sites/default/files/Chilling%20Effects_PEN%20American.pdf Últ. vis. 10/Jun/2016. En nuestra opinión hay dos aspectos a tener en cuenta que no son objeto de esta tesis pero que afectan directamente a los PSSI de Intermediación. Por un lado, el efecto de las revelaciones del Sr. Snowden

sentenció que la Directiva 2006/24/CE de Retención de Datos no era válida porque contenía medidas desproporcionadas que interferían con “*los derechos fundamentales de respeto por la vida privada y la protección de los datos personales*”. A pesar de esta sentencia, y concretamente, el gobierno del Reino Unido dio órdenes expresas a los PSSI de Intermediación de continuar guardando la información de sus usuarios y presentó una nueva ley como medida de emergencia “*Data Retention and Investigatory Powers Act*” para que éstos pudiesen continuar almacenando los datos durante un año, claramente desoyendo la sentencia del Tribunal Europeo. Los representantes del gobierno informaron que esta nueva ley era la “herramienta” necesaria para combatir el terrorismo y mantener la seguridad del público.⁶⁷

1.3. Los distintos Actores en Internet a los que se les puede atribuir Responsabilidad Civil Extracontractual

La estructura única en capas de Internet genera tres categorías de actores. La primera categoría son aquellos que crean o suben la información, es decir, los emisores (“*uploaders*”) Esta primera categoría es la que pone a disposición la obra o prestación protegida, por ejemplo una película, y es el directo responsable por la vulneración de los derechos de autor. La segunda categoría son aquellos a quien la información va dirigida, es decir, los receptores (“*downloaders*”). Esta segunda categoría es aquel que accede al contenido, el cual puede tener un origen lícito o ilícito. A pesar de que un mismo sujeto puede desempeñar ambos roles, por ejemplo, un particular que cuelga información en su blog y, a la vez, se baja y lee la información colgada por otros, desde un punto de vista jurídico, las dos acciones se consideran funciones distintas. El tercer actor debe ser entendido en un sentido amplio de la palabra, ya que podría ser un internet café,

sobre la vigilancia sobre la Red que ejerce la NSA norteamericana y, por otro, la falta de confianza que estos hechos han provocado sobre la población usuaria de Internet.

⁶⁷ Véase Comunicado o Nota de Prensa emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “*Court of Justice of the European Union*”, Press Release No. 54/14 (Comunicado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), Luxembourg, 8 April 2014, Judgement in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others, en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201404/cp140054en.pdf> últ. vis. 10/Jun/2016. COWBURN, P., “DRIP: Five Arguments Against Proposed UK Data Retention Bill” en *London School of Economics and Political Science Media Policy Project Blog*, 15 Julio 2014, disponible en <https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/07/15/drip-five-arguments-against-proposed-uk-data-retention-bill/> Últ.vis. 10/Jun/2016. BBC (Europa), “Parliament passes Emergency Data Retention Bill”, en *BBC News-UK Politics*, 17 de Julio, 2014, disponible en <https://bbc.com/news/uk-politics-28352673> Últ.vis. 10/Jun/2016. LEE, D., What Emergency Data Law Means for You, 10 Julio 2014, <http://www.bbc.com/news/technology-2824589>. Últ.vis. 10/Jun/2016. Tampoco debemos olvidar los debates que se han generado tras los últimos atentados terroristas en Europa, que afectan no únicamente al Reino Unido sino a la mayor parte de los Estados Miembro de la Unión Europea. Por otro lado, en principio estos datos son almacenados por los PSSI de Intermediación sin ser revisados durante un período determinado por cada Estado miembro que normalmente oscila entre 12 y 18 meses, y que, en teoría, no pueden ser revisados excepto que exista una solicitud por parte de un organismo oficial.

una universidad o cualquier otra entidad que pone Internet a disposición de un usuario, es decir, un prestador de servicios de la sociedad de la información o PSSI de intermediación (“*Internet Service Providers*” o ISP en inglés). En un sentido amplio, el problema de la potencial responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones de los usuarios se presenta en todos los casos para un PSSI de intermediación como persona física o jurídica cuando transmite, aloja o localiza contenidos en cuya concepción o elaboración no ha colaborado, y respecto a los cuales no ha tomado la decisión editorial de escogerlos positivamente para su transmisión, alojamiento o localización. Los PSSI de Intermediación son responsables derivados o indirectos por la transmisión por parte de los usuarios de contenido digital ilícito a través de sus servicios, aunque en principio, si no son concededores de los hechos estarían exentos (en la Unión Europea) o limitados (en EE.UU.) de responsabilidad y la posible demanda únicamente debería ser dirigida a dos actores: al usuario o PSSI (“*Online Service Provider*” o OSP en inglés) que puso a disposición el contenido ilícito (en este caso, por ejemplo, una película sin la debida autorización o sin el correspondiente pago de la licencia a aquellos que tienen los derechos) y al usuario que se lo bajó a su dispositivo. Por lo tanto, la capa donde se ha cometido la acción ilícita es en la capa del contenido.⁶⁸

Por otro lado, teniendo en cuenta el tema que nos ocupa y cuya participación resulta indispensable, tenemos que definir un cuarto actor, las redes P2P necesarias para intercambiar ficheros, tecnología gracias a la cual se elimina un eslabón habitual de la cadena de distribución, es decir, el contenido no se sitúa en ningún momento en el PSSI de intermediación, sino que se encuentra en los dispositivos de los usuarios. En otras palabras, de los tres derechos que engloban los derechos de autor, se ha eliminado uno, el derecho de distribución y sólo se mantienen los derechos de reproducción y de comunicación pública, eliminando estos protocolos la necesidad de “colgar” los contenidos en la Red (véase el sexto párrafo en infra Punto 2.). En el área concreta de la posible vulneración de derechos de autor, la tecnología de los protocolos P2P de intercambio de archivos entre usuarios finales son actualmente una serie de “*software*” libres que se distribuye gratuitamente cuyos “*códigos fuente*”⁶⁹ son accesibles a todos.

⁶⁸ Véase BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 384-392. El autor nos quiere concienciar de la lucha que se está librando para controlar cada vez en mayor medida a través de legislación adicional los recursos de la Red que, además, se complementan con una mayor presión por parte de las industrias de contenido para que los PSSI de Intermediación, conocidos como “*Internet Service Providers*” o ISPs en EE.UU., controlen los flujos de información que se transmiten a través de sus servidores para tener la posibilidad de ejercer sus derechos de autor, en muchas ocasiones sin dar opción a usos legítimos de los usuarios y intentando controlar las tecnologías informáticas utilizadas para evitar que los usuarios puedan tener la opción de interactuar con la Red y estar mejor posicionados para el consumo pasivo por parte de los usuarios de contenido acabado. En los mismos términos, PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 1-3. SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., pp. 87-88.

⁶⁹ Un ejemplo sería el caso de Richard Stallman, un programador informático neoyorquino de buena familia, que pensó, mientras estudiaba en el “*Massachusetts Institute of Technology*” o MIT, en crear la

Las aplicaciones P2P han emergido de forma dominante, es decir, cualquier persona puede modificarlas y ponerla a disposición de cualquiera que lo desee sin necesidad de la intervención de los creadores originales. Y lo que es más importante, los protocolos sobre los que esta tecnología depende no tienen ningún tipo de regulación. Imaginemos por un momento que las poderosas industrias de contenidos consiguen eliminar del mercado a todas aquellas empresas que facilitan el intercambio de contenidos entre usuarios finales a través de redes P2P. Aun así las industrias de contenidos no conseguirían eliminar el uso de esta tecnología, ya que los usuarios finales continuarían utilizando estos protocolos creados en “*open source*” (en el que el código fuente es accesible a todos los que deseen usarlo) y seguirían intercambiándose contenidos como usuarios finales sin necesidad de una estructura ni empresarial, ni comercial.⁷⁰

1.4. Los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación en Internet

En el año 2013, se calculaba que más de siete mil millones de personas en el mundo se conectaban a Internet habitualmente. Los “intermediarios” de Internet cuya participación es neutra en relación con los materiales que los usuarios y proveedores de contenido ponen a disposición en línea o PSSI de intermediación, es un concepto que abarca un amplio abanico de modelos empresariales: los PSSI de Intermediación de Acceso o “*Access ISPs*”, los PSSI de Intermediación de Alojamiento o “*Hosting ISPs*”, aunque también se las

“Free Software Foundation”, una organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo era promover el llamado “software” de libre uso, es decir, programas que permiten a los usuarios su libre acceso y modificación. Así lo hizo, ya que Stallman consideraba que las restricciones a la hora de abrir el código fuente de los programas informáticos era un impedimento para el desarrollo de la ciencia. Fue quien creó en el año 1983 el sistema operativo llamado GNU, en ocasiones también conocido como Linux, ya que el joven Linux Tovalds fue un paso más allá y añadió el núcleo de un sistema operativo. Actualmente, poderosas empresas como: Google, Amazon o CNN.com utilizan para sus servidores de web el sistema operativo GNU/Linux y no es así porque sea gratuito, sino porque consideran que es el más fiable. Además, el protocolo P2P completamente anónimo, llamado TOR, fue diseñado por la “*Free Software Foundation*” para que pueda ser utilizado por personas residentes en regímenes absolutistas y evitar resultar perjudicados si las autoridades de su país interceptan sus comunicaciones por Internet.

⁷⁰ En este sentido, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 64-72. En los mismos términos, CARBAJO GASCÓN, F., “El Pulso en Torno a la Copia Privada” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, Bercal, Madrid, 2004, pp. 53-54. En el mismo sentido, LESSIG; L., *CODE Version 2.0*, op. cit., p. 147 & p. 152. JERKER, D., et SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012, p. 27. Según BENKLER este nuevo concepto de poder contribuir gratuitamente en al desarrollo de un “software” de más calidad que aquellos desarrollados por empresas privadas sin que nadie pueda bloquear el acceso a aquello que has ayudado a crear es la sorpresa más poderosa que ha brindado a la sociedad la aparición de las tecnologías de la información. El éxito reside en que es un modelo de licencia universal innovadora, la “GNU General Public License”, que permite legalmente hacer lo que se quiera excepto comercializar los resultados.

denomina “*Web Hosting companies*”, las plataformas sociales participativas o “*Social Media platforms*” y los instrumentos de búsqueda o enlaces a otros sitios de Internet o de recopilación de datos (también conocidos como agregadores o “*Search Engines*”). Estos cuatro tipos de intermediarios desempeñan un rol esencial en habilitar a las personas el acceso a la Red y en la transmisión de contenido entre usuarios finales. Sin los PSSI de Intermediación, no existiría el acceso a Internet y la riqueza informativa a la que nos hemos acostumbrado a acceder simplemente apretando el botón del ratón. Sin las plataformas sociales, todos nosotros perderíamos una forma valiosa de comunicar nuestras opiniones y compartir información de forma instantánea.⁷¹

El punto central del debate más apasionante que se ha desarrollado en las últimas dos décadas es la responsabilidad potencial de los intermediarios de Internet, teniendo además en cuenta un nuevo fenómeno social que es el nuevo contenido desarrollado o controlado directamente por los usuarios finales y no por los intermediarios, conocido como contenidos generados por los usuarios “*User Generated Content*” o *UGC*, entre los que se encuentran las plataformas para compartir archivos, el “*streaming*” que explicaremos ampliamente más adelante, las páginas web de índices BitTorrent, los servicios de blog o de noticias y otros agregadores.⁷²

Todas las categorías de intermediarios enumeradas anteriormente pueden ofrecer una amplia variedad de productos y servicios a los usuarios finales, por lo que pueden existir entidades que desarrollen varios roles a la vez. Además, también es importante recordar que algunos intermediarios desarrollan la misma función.

⁷¹ ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016. ARTICLE 19 es una organización de derechos humanos británica que defiende la libertad de expresión y de información a escala global. Fundada en 1987 por el hijo del multimillonario norteamericano J. Roderick MacArthur tras su muerte, diseña modelos legales estándar para fortalecer los medios de comunicación, las emisiones públicas, la libertad de expresión y evitar la censura de información por parte de los gobiernos. Esta reconocida organización se inspira en el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos que dice textualmente: “*Todo el mundo tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de tener opinión y de buscar, recibir o impartir información e ideas a través de cualquier medio de comunicación sin limitación de fronteras*”. En el mismo sentido, BANKSTON, K., SOHN, D. et McDIARMID, A., *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, Center for Democracy and Technology. Washington DC, Diciembre 2012, en www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012. Últ. vis. 18/Mayo/2016. Esta fuente, junto con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), clasifican un quinto tipo de intermediarios. Concretamente se trata de los Sistemas de Pago a través de Internet y las plataformas de E-Comercio, que no describiremos ni mencionaremos en esta tesis al no tener relación con el objeto de nuestro trabajo.

⁷² Véase MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 2. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 115-116. El autor destaca que en los últimos años el “hosting” (infra 6.1.3.) ha adoptado formas más complejas y ambiguas, como los sitios web de contenido creado por los usuarios llamados “*user-generated content sites*” o “*UGC sites*” que en ocasiones utiliza como base de algunas de las creaciones contenido de forma ilícita (como secuencias de películas o programas informáticos).

Por ejemplo, a los blogs, las plataformas sociales y los servicios de video (como YouTube) normalmente se les considera “hosts” o PSSI de Intermediación de Alojamiento. Algunos tribunales también les ha dado este mismo tratamiento a los buscadores, a pesar de que, en principio, son proveedores de índole técnica. Estas distinciones son fundamentales para determinar el régimen de responsabilidad que se les debe atribuir a los distintos tipos de intermediarios en caso de demanda judicial.⁷³

1.4.1. Tipos de Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación

Desde sus orígenes, la Red se ha ido volviendo más compleja albergando un gran número de servicios disponibles, que nos permite definir distintos tipos de empresas intermediarias que, como ya hemos explicado, han pasado de tener básicamente una función técnica, con poca o muy baja participación en la producción y/o la gestión del contenido, a una función “activa” que ofrece a los usuarios nuevos tipos de servicios de intermediación: plataformas para compartir música y videos, supermercados en línea, intermediarios de subastas en línea, páginas web P2P, páginas web de comunidades, redes sociales, etc. Esta clasificación nos será útil para el propósito de este trabajo aunque debemos tener en cuenta que actualmente muchas empresas del sector tienden a desempeñar simultáneamente distintos roles por lo que podrían estar incluidas en dos o más puntos de la siguiente clasificación, aunque también incluye innumerables pequeños negocios o individuos que sirven un área geográfica en particular o comunidades con intereses comunes, con o sin ánimo comercial. Todos ellos desde grandes empresas a minúsculas plataformas de discusión sin ánimo de lucro son Intermediarios en Internet⁷⁴ Además, debemos tener en cuenta que no consideraremos en este trabajo a los

⁷³ ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016. En similares términos, véase MASSAGUER FUENTES, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 36-38.

⁷⁴ MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 5. En el mismo sentido, BANKSTON, K., SOHN, D. y McDIARMID, A., *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, Center for Democracy and Technology. Washington DC, Diciembre 2012, p. 3, en www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012. Últ. vis. 18/Mayo/2016. Esta fuente, junto con la OCDE, clasifican un quinto tipo de intermediarios. Concretamente se trata de los Sistemas de Pago a través de Internet y las plataformas de E-Comercio

intermediarios que actúan como emisores, es decir, a los que crean contenido y lo suben a la Red como PSSI de Intermediación.⁷⁵

a) Los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso (“Access ISPs”)

Estos PSSI de Intermediación son los que controlan la infraestructura física y técnica necesaria para acceder a Internet y transmitir información. A menudo tienen su propia infraestructura de transmisión y normalmente reciben un pago mensual a cambio de la suscripción individual o familiar de los usuarios de la Red. Estos intermediarios son los que ofrecen los servicios de “*mere conduit*” o “ancho de banda”, también conocidas como redes de “alta velocidad”, por lo que cada vez más desarrollan un papel importante en el consumo de todo tipo de aplicaciones de una forma que nunca se había desarrollado en el pasado, incluyendo todo tipo de entretenimientos como música, películas, juegos en línea, series de televisión; telefonía de Internet como el VoIP; o de video-conferencias⁷⁶ Por lo tanto, incluye a los proveedores de telecomunicaciones de móviles y a los operadores de redes. Como veremos en el Capítulo V de este trabajo, el TJUE considera un PSSI de intermediación de acceso incluso a cualquier establecimiento que ofrece como servicio de cortesía independiente de su modelo de negocio habitual el acceso a Internet por Wi-Fi de libre acceso y gratuito.

b) Los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Alojamiento (“Hosting ISPs”)

⁷⁵ En este sentido véase ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ- vis. 16/Mayo/2016. A nuestro juicio, del mismo modo que ha clasificado a los intermediarios la organización internacional civil ARTICLE 19, no estamos interesados en aquellos PSSI que generan contenido y lo suben a la Red. Simplemente no tiene relevancia en relación al objeto de nuestro trabajo y, en nuestra opinión dejan de ser intermediarios al convertirse en creadores. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 4-5.

⁷⁶ Véase BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, n° 3, 2011, pp. 572-573. En el mismo sentido, véase UNION EUROPEA, “EU Telecoms Reform: 12 reforms to pave way for Stronger Consumer Rights, an Open Internet, a Single European Telecoms Market and High-Speed Internet Connections for all Citizens” en *European Commission Press Release Database, Memo/09/513*, 20/Nov/2009, disponible en www.europa.eu/rapid/press-relase_MEMO-09-513_en.htm últ. vis. 18/Dic/2016 (sólo disponible en inglés, francés y alemán). La Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding (“*European Commission Responsible for Information Society and Media*”) define los servicios de ancho de banda como “Red de Alta Velocidad” a la que deberían estar conectados todos los ciudadanos europeos.

Los PSSI de Intermediación de Alojamiento son entidades, normalmente empresas, que alquilan espacio en un servidor de la Red para permitir a sus usuarios tener su propia página web o para almacenar sus contenidos. Sin embargo, el término “alojamiento” también puede tener un sentido más general, es decir, cualquier persona física o jurídica que controla una página web y permite a un tercero subir o publicar información en la misma. Por este motivo, a los propietarios de blogs, a los servicios para compartir fotos o videos y a las plataformas sociales, normalmente se las llama “servicios de alojamiento” o “*hosts*”.

c) Los Prestadores de la Sociedad de la Información de Intermediación llamadas Plataformas Sociales Participativas (también “*Hosting ISPs*” o “*Social Media Platforms*”)

La característica principal que distingue las plataformas sociales participativas (como *Facebook*, *YouTube* o *Twitter*) es que animan a los usuarios finales a conectarse e interactuar con otros usuarios y compartir contenido. También se las llama “aplicaciones web 2.0” y normalmente se las considera “*hosts*” porque permiten que los usuarios suban contenido a la Red. Esta distinción es importante ya que, en algunos países, el régimen de responsabilidad varía dependiendo si a la entidad o empresa en cuestión se la considera un “*Access ISP*” o un “*Hosting ISP*”. En general es un proveedor de servicios en línea que aloja contenido creado por los usuarios y les permite la libre comunicación entre ellos.

d) Los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación llamados Instrumentos de Búsqueda, Recopilación de Datos o de Enlaces a otros Sitios de Internet (“*Linking ISPs*” o “*Search Engines*”)

Los servicios de provisión de instrumentos de búsqueda, recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet, llamados “*search engines*” en inglés, son programas informáticos que utilizan algoritmos sofisticados para buscar datos, archivos o documentos de una base de datos o Red como respuesta a una solicitud por parte de un usuario final. La información que se obtiene normalmente es presentada en forma de índice y se presenta

como una serie de “hipervínculos” (“*hyperlinks*”)⁷⁷ en una página de Internet b.⁷⁸

1.4.2. Los Modelos de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información PSSI de Intermediación

Sin duda la elección del modelo regulatorio aplicado a los Intermediarios por parte de un Estado tendrá importantes consecuencias para el desarrollo de Internet. Desde un punto de vista económico, existe una relación directa entre las cargas reguladoras y el desarrollo. Cuanto más expuestos estén los intermediarios a tener responsabilidad por los actos de los usuarios finales, menor será el capital que se invierta para el desarrollo de Internet. Dicho de otro modo, cuanto más estrictas sean las condicionantes legales, mayores restricciones existirán en el desarrollo de este medio.⁷⁹

Si nos basamos en el grado de control impuesto a los PSSI de Intermediación, existen tres modelos diferenciados de responsabilidad de los intermediarios de Internet según la profesora Lilian Edwards⁸⁰: el modelo de responsabilidad

⁷⁷ Un “hiperenlace” o “hipervínculo” es un elemento de un documento electrónico que hace referencia a otro recurso, como por ejemplo otro documento o un punto específico del mismo o de otro documento. Combinado con una red de datos y un protocolo de acceso, un hipervínculo permite acceder al recurso referenciado de diferentes formas, como visitarlos con un agente de navegación, mostrarlos como parte del documento referenciado o guardarlo localmente.

⁷⁸ Véase en estos términos ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016. En el mismo sentido, LA RUE, F., “Imposition of Intermediary Liability” en *Internet & Freedom of Expression: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, A/HR/17/27, p.11, disponible en www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx Últ. vis. 9/Mayo/2016, donde el autor menciona todas las categorías que hemos definido aunque de forma general: “*Los intermediarios engloban desde los PSSI de Intermediación a los Instrumentos de Búsqueda y desde los Servicios de blog a las Plataformas sociales en línea*”. También, BANKSTON, K., SOHN, D. et McDIARMID, A., *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, Center for Democracy and Technology. Washington DC, Diciembre 2012, p. 3, en www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf. Últ. vis. 18/Mayo/2016. En su clasificación, los PSSI de Intermediación de Acceso engloban los Proveedores de telecomunicaciones de móviles y Operadores de Redes, y las Plataformas Sociales Participativas engloban cualquier página de Internet que aloja contenido creado por los usuarios y permite la libre comunicación entre ellos. PERSET, K., *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, OCDE, 2010, p. 9, disponible en www.oecd.org/internet/ieconomy/4949023.pdf Últ. vis. 18/Mayo/2016.

⁷⁹ Véase en este sentido SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., p. 105. En el mismo sentido, LESSIG, L., *CODE Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 148-150.

⁸⁰ Véase EDWARDS, L., et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, Ginebra, 18 de Abril de 2005 pp. 19-23, también disponible por Internet en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> últ. vis. 18/Jun/2015 y EDWARDS, L., “Articles 12-15 ECD: ISP Liability” en Editor EDWARDS, L., *The New Legal Framework for E-Commerce Europe*, ed. Hart, Oxford y Portland, 2005, pp. 106-110. En similares términos, RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution. Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K., 2007, p. 203, y SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed.

objetiva, el modelo de puerto seguro o “*safe harbour*” en el que los intermediarios no tienen responsabilidad por el contenido intercambiado entre los usuarios con la condición de que cumplan con ciertos requisitos legales y, por último, el modelo de amplia inmunidad.

a) El Modelo de Responsabilidad Objetiva

En el primer modelo de responsabilidad objetiva, los intermediarios de Internet son responsables por el contenido subido por los usuarios a la Red incluso cuando no saben que el contenido vulnera derechos de autor o incluso cuando ni siquiera saben que existe tal contenido. Por ello, se les obliga a controlar el contenido que pasa a través de sus servicios para cumplir la ley y eliminar el contenido vulnerador de derechos. Tampoco están exentos de responsabilidad si controlando todo el contenido que pasa por sus servidores se descuidan algún contenido concreto. Se les puede sancionar si no realizan esta función de control con la retirada de la licencia empresarial, el pago de multas y/o con una imputación de índole penal. Este es el modelo que utilizan países como China o Tailandia.⁸¹

b) El Modelo de Responsabilidad Condicionada

El segundo modelo, llamado de “puerto seguro”, ofrece inmunidad a los intermediarios en relación al contenido digital que vulnera derechos de autor intercambiado entre usuarios, siempre que cumplan con ciertos requisitos legales. Este modelo, que tiene su origen en 1998 en los EE.UU., también fue largamente la inspiración de la normativa que se implementó en la Directiva 2000/31/CE del Comercio Electrónico en el año 2000 (infra 6.), por lo que los sistemas de ambos modelos se diseñaron en términos muy similares, también en cuanto a la defensa de los servicios

Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, p. 108. Ambos autores se refieren a la profesora Edwards como la autora de esta clasificación, la cual junto con su equipo, analizó la gran diversidad de modelos regulatorios de los intermediarios de Internet a nivel internacional que abarcan todas las posibilidades: desde una responsabilidad total hasta una inmunidad completa.

⁸¹ Véase en este sentido ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016. En los mismos términos, BANKSTON, K., SOHN, D. y McDIARMID, A., *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, ed. Center for Democracy and Technology. Washington DC, Diciembre 2012, pp. 14-15, en www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012. Últ. vis. 18/Mayo/2016, últ. vis. 18/May/2016. EDWARDS, L., et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, Ginebra, 18 de Abril de 2005, pp. 20-21, también disponible por Internet en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> últ. vis. 18/Jun/2016.

de “*hosting*”.⁸² Este modelo es el que engloba un procedimiento denominado de notificación y retirada “*notice and take down*” y tiene dos aproximaciones:

- a) La aproximación vertical: este régimen de limitación de responsabilidad se aplica únicamente a los tipos de contenido que vulneran derechos de autor y conexos. El más conocido es la ley “*Digital Millenium Copyright Act*” del año 1998 de los EE.UU., también conocida como DMCA, que dispone de un sistema para informar y retirar contenido que vulnera derechos de autor. Muchos otros países han adoptado un sistema similar.
- b) La aproximación horizontal: en este caso, se conceden distintos niveles de inmunidad, dependiendo del tipo de actividad de la que se trate. En este modelo se basa la Directiva 2000/31/CE del Comercio Electrónico de la Unión Europea en la que se garantiza inmunidad prácticamente completa a los intermediarios que únicamente ofrecen servicios de acceso técnico a Internet tales como los servicios de transmisión de datos y provisión de acceso (o principio de “*mere conduit*”), y el “*caching*” o almacenamiento en memoria caché. Sin embargo, aquellos intermediarios que alojan información perderán su inmunidad si no actúan de forma “rápida y efectiva” para eliminar o deshabilitar el acceso a información que vulnera derechos en cuanto el intermediario obtiene conocimiento efectivo de que dicho contenido existe. De hecho, este requisito no deja de ser el procedimiento de notificación y retirada Estadounidense aunque no se defina del mismo modo.⁸³

c) El Modelo de Responsabilidad de Amplia Inmunidad

El último y tercer modelo ofrece inmunidad amplia o condicionada a los intermediarios de Internet por el contenido subido por los usuarios y les exime de controlar de forma general el contenido que circula a través de sus servicios. En este modelo, a los intermediarios se les considera simples mensajeros que no son responsables del contenido que circula comparado con los que publican y que son responsables del contenido que diseminan,

⁸² Véase en estos términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 4. En cuanto a la defensa de los servicios de alojamiento por parte de los intermediarios, la autora nos compara directamente los artículos 12-14 de la Directiva 2000/31/EC de Comercio Electrónico (infra 6.1.1., 6.1.2. y 6.1.3.) con el artículo 512 a), b) y c) de la ley 17 U.S.C. o DMCA (infra 5.2.1., 5.2.2., y 5.2.3.).

⁸³ En este sentido, EDWARDS, L., et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, p.23 en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1>, últ. vis. 18/Jun/2016.

aunque de forma efectiva, los mismos sean producidos por otros. Este sería el modelo de Singapur.⁸⁴

1.4.3. Los Principios Internacionales de la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación

A continuación destacamos los comentarios de dos organismos internacionales sobre los regímenes de responsabilidad de los intermediarios.

En la Declaración Conjunta del año 2011 sobre el Internet y la Libertad de Expresión.⁸⁵ se recomendaba textualmente:

“Nadie debe ser responsable por contenido creado por terceros cuando ofrece servicios técnicos como el acceso, la búsqueda, la transmisión o el almacenamiento de información en memoria Caché (o “Caching”). Sólo debería existir responsabilidad en el caso de que el intermediario haya intervenido específicamente en el contenido y este se haya publicado en línea. Además, a los PSSI de Intermediación u otros intermediarios sólo se les tendría que obligar a retirar contenido tras una orden judicial, contraria a la práctica de “notificación y retirada” de origen estadounidense”.

⁸⁴ Véase ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016. En el mismo sentido, EDWARDS, L., WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, pp. 21-27 en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1>, últ. vis. 18/Jun/2016. Singapur ofrece amplia inmunidad únicamente por las posibles responsabilidades en el acceso/transmisión y en el “caching”, no cuando existe el alojamiento del contenido o “hosting”. La “*Singapore Electronic Transactions Act*” de 1998 especifica en su artículo 10(1) que: “*Un Proveedor de Servicios de Red no será responsable legalmente, ni por la vía civil ni por la penal, en relación al contenido digital utilizado por Terceros a los que éste sólo ofrezca acceso. Si el contenido representa responsabilidad por (a) su creación, publicación, diseminación o distribución, o por comunicaciones contenidas en las mismas; o (b) existen vulneraciones de derechos en relación a dichos contenidos*”. En el artículo 10(2) añade que “*Para el propósito de este artículo “dar servicios de acceso”, en relación a contenido de los usuarios significa posibilitar la comunicación electrónica por la que el contenido del tercero estará disponible e incluye el almacenaje automático y temporal del contenido del tercero con el propósito de dar acceso; “Tercero”, en relación a un Proveedor de Servicios de Red significa una persona física o jurídica sobre la cual el Proveedor no tiene control efectivo*”. Hay quien podría interpretar que esta definición es lo suficientemente amplia para cubrir la provisión de alojamiento (“hosting”), aunque seguramente esta no era la intención del legislador ya que no se extiende al alojamiento o almacenaje permanente, sino únicamente al “caching”.

⁸⁵ Véase ARTICLE 19, “*The 2011 Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet*”, Junio 2011, disponible en <http://www.article19.org/data/files/pdf/press/international-mechanisms-for-promoting-freedom-of-expression.pdf>. Últ. Vis. 7/Mayo/2016.

De forma similar, el Ponente Especial del Secretario General de la ONU declaró en el año 2011 en su informe sobre Internet y la Libertad de Expresión⁸⁶:

“Las medidas de censura nunca deben ser delegadas a empresas privadas (refiriéndose a los intermediarios), y nadie debe ser considerado responsable por contenido disponible en Internet del que no es el autor. No cabe duda que ningún Estado debería obligar o hacer responsables a los intermediarios a imponer medidas de censura en su lugar, como sería el caso de la República de Korea ... Incluso hay países que protegen a los intermediarios, tales como Chile, evitando que los intermediarios tengan que intervenir o eliminar el acceso a contenido generado por usuarios que vulneren derechos de autor hasta que tengan una notificación judicial al respecto”

Además el ponente recomendó⁸⁷ que para evitar que se vulnerasen derechos de privacidad y de libertad de expresión de los usuarios de la Red, los intermediarios únicamente deberían implementar restricciones de derechos tras una intervención judicial; que los intermediarios deben ser transparentes con sus usuarios sobre las medidas tomadas y, en su caso, con un grupo mayor de usuarios. Asimismo, los intermediarios deberían pre-avisar a los usuarios antes de implementar medidas restrictivas, las cuales deberían ser lo más minimalistas posible en lo referente al contenido afectado por las medidas. Finalmente, debe existir la posibilidad para los usuarios afectados de tomar medidas legales, incluida la posibilidad de apelación a través de procedimientos disponibles a través del propio intermediario y de la autoridad judicial competente.

2. Los Derechos de Autor y Conexos (“Copyright”) en el Ámbito Digital

La propiedad intelectual es un concepto de propiedad “*especial*”, ya que no representa el concepto clásico de propiedad, es decir, los bienes tangibles como muebles o inmuebles, sobre los que estamos acostumbrados a ejercer un control absoluto y que

⁸⁶ LA RUE, F., “Imposition of Intermediary Liability” en Punto C. del Apartado VI “Restriction of Content on the Internet” en *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, párrafo 43, p. 13, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016.

⁸⁷ Véase LA RUE, F., “Imposition of Intermediary Liability” en Punto C. del Apartado VI “Restriction of Content on the Internet” en *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, párrafo 47, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016.

excluye a otros posibles usuarios. Primero porque el objeto que queremos proteger no es físico sino intelectual, independientemente de si está incorporado a un soporte o no. Segundo porque la creación puede ser utilizada por muchos usuarios a la vez y sin que la inclusión de uno excluya a otro. Y por último, porque en la mayoría de los casos, la propiedad intelectual afecta a bienes de valor cultural, social y económico. Es lógico que existan leyes que protejan estos derechos durante un periodo determinado y en ciertas circunstancias, ya que, por un lado, es justo reconocer el esfuerzo y recompensarlo, y por otro, la creatividad es muy positiva para la sociedad ya que la hace más rica, beneficiándonos a todos.⁸⁸

En el derecho anglosajón basado en el “*common law*”, el término propiedad intelectual “*Intellectual Property*” engloba el “*copyright*” cuyo principio fundamental es la originalidad, lo que en castellano se denomina “derechos de autor”. En general, la propiedad intelectual también engloba otras tres áreas de propiedad especial: las marcas (“*trademarks*”), las patentes (“*patents*”) y el secreto comercial (“*trade secret*”). De otra parte, en el derecho continental europeo el concepto de “derecho de autor” no sólo comprende el privilegio de disfruta de una protección temporal de la autoría, sino también y mayormente a causa de la aparición de nuevas tecnologías de otros derechos afines y conexos, tanto de artistas, como de productores y entidades de radiodifusión (“*broadcasting*” en inglés). Ahora bien, el punto de unión en ambos sistemas, tanto el basado en el ámbito anglosajón “*common law*” como el continental europeo, es que se protege la obra original y la derivada, no sólo la simple idea, que existe en un soporte tangible o intangible y, para aquellos países acogidos al Convenio de Berna, desde hace unos cien años sin necesidad de registro ni de acciones específicas para su reconocimiento.⁸⁹

⁸⁸ En este sentido, XALABARDER, R., “La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital: ¿Un Monopolio en Extinción?” en *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2), Diciembre 2011, p. 64-70. La autora destaca que históricamente, los derechos de autor tenían como contenido la creación unida al soporte en el que se manifestaba. Por ejemplo, los derechos de una novela iban unidos al libro, o la creación artística al cuadro o a la escultura. Además, el concepto de propiedad intelectual ha demostrado ser un mecanismo útil para regular el mercado de la creación y explotación de obras y prestaciones, el cual requiere de la previsibilidad de un modelo de negocio para atraer la inversión de capital que puede ser muy elevada en según qué tipos de creaciones, y evitar que exista un enriquecimiento injusto entre los distintos agentes del mercado, es decir, hay que intentar evitar conductas de comportamiento que representen competencia desleal. En cambio, con el desarrollo de las nuevas tecnologías se han puesto al alcance de toda la sociedad obras que ya no tienen un soporte físico o material, sino virtual. Si las soluciones que encontremos para hacer frente a las necesidades y posibilidades que nos ofrecen las obras del ámbito digital: programas de ordenador, videojuegos, bases de datos digitales, obras multimedia, entre otras, únicamente serán adecuadas si conseguimos un equilibrio correcto entre todos los intereses en conflicto, tanto los públicos como los privados. En similares términos, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 316-317.

⁸⁹ Véase CORREDOIRA, L., *La Protección del Talento. Propiedad Intelectual de Autores, Artistas y Productores con Especial Atención a Internet y Obras Digitales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 19-20. En el mismo sentido, GARCÍA SANZ, R.M., *El Derecho de Autor en Internet*, ed. Colex, Madrid, 2005, p. 34. VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001, pp. 18-20. También véase SENG, D., Presentación junto con el profesor Ignacio GARROTE durante la 27ª Sesión

Los derechos de autor y los derechos afines y conexos, así como las patentes, son una parte esencial de la creatividad humana, por lo que resulta adecuado dar a los creadores incentivos en la forma de reconocimiento y un retorno económico justo. Bajo el sistema de los derechos de autor, a los creadores se les asegura que su trabajo puede ser diseminado con una recompensa, siendo los mismos acumulables, compatibles e independientes de los otros derechos reconocidos a artistas, intérpretes y ejecutantes, así como a productores y entidades de radiodifusión que los pongan a disposición del público. Esto, a su vez, ayuda a incrementar el acceso al disfrute de la cultura, el conocimiento y el entretenimiento a nivel global. Desde hace unos cien años, los derechos de autor no dependen de procedimientos oficiales. Un trabajo creado se considera protegido por derechos de autor tan pronto como existe. De acuerdo con el Tratado de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, las obras literarias y artísticas están protegidas sin ningún tipo de formalidad en los países que forman parte de la Convención. Por lo tanto, la OMPI (o WIPO) no ofrece ningún tipo de registro de obras. Sin embargo, algunos Estados sí que tienen oficinas nacionales de derechos de autor en las que se pueden registrar las obras y sus títulos. Estos registros pueden servir como prueba en un juicio si existe una disputa en cuanto a la autoría de la obra.⁹⁰

del *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR)* que tuvo lugar entre el 28 de Abril y el 2 de Mayo de 2014, “Análisis Comparativo de las Aproximaciones Estatales a la Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por Vulneración de Derechos de Autor y Conexos”. Consultar en www.ip-watch.org/2014/0509/comparative-study-of-national-approaches-to-internet-intermediaries-for-infringement-of-copyright-and-related-rights o en www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries Últ. vis. 22/Nov/2016. Durante la 27 Sesión de la “*WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights*” (Sesión del Comité Ejecutivo sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI), y en concreto el 30 de Abril de 2014, los profesores Daniel Seng (Universidad Nacional de Singapur) desde la perspectiva de jurisdicciones donde aplica el “*common law*” anglosajón e Ignacio Garrote (Universidad Autónoma de Madrid) desde la perspectiva de las jurisdicciones que aplican el “derecho civil” continental presentaron un análisis comparativo de los acercamientos nacionales a la responsabilidad de los Intermediarios de Internet por vulneración de derechos de autor y conexos.

⁹⁰ GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en *Creative Industries*, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, p. 120. En similares términos, CORREDOIRA, L., *La Protección del Talento. Propiedad Intelectual de Autores, Artistas y Productores con Especial Atención a Internet y Obras Digitales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 81-82. Desde que se adoptaron o revisaron las Convenciones de Berna y de Roma hace ya varias décadas, han aparecido nuevos tipos de obras, nuevos mercados y nuevos métodos de uso y difusión de estas obras. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de Septiembre de 1886, completado en París el 4 de Mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de Noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de Junio de 1928, en Bruselas el 26 de Junio de 1948, en Estocolmo el 14 de Julio de 1967, en París el 24 de Julio de 1971 y enmendado el 28 de Septiembre de 1979. El Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los Tratados de la OMPI son consideraciones, actualizaciones y complementos del Convenio de Berna y del Convenio de Roma y tratan de los desafíos de las nuevas tecnologías, principalmente en las redes como Internet, en los cuales se ha pretendido establecer un compromiso de alcance mundial, susceptible de ser asumido por los dos grandes familias del Derecho, es decir, los países pertenecientes tanto al “*copyright*” del derecho anglosajón, como a los países pertenecientes al “derecho de autor” del sistema continental.

En la presente era digital, cada vez se están sumando un número mayor de expertos en un postulado que surgió hace ya varios años por parte de la autora Jessica Litman⁹¹, que de un lado, destaca que los términos en el tiempo reconocidos para pasar al dominio público actualmente son excesivos, setenta años después de muerto el autor, y por otro, opina que en la presente era digital los derechos de autor deberían limitarse a obtener compensaciones económicas por el uso de las obras por los usuarios en lugar de intentar ejercer un dominio exclusivo sobre las mismas como una medida de control, lo cual en la actualidad no tiene ningún sentido.

Una gran parte de las obras protegidas por derechos de autor requieren una distribución masiva, así como inversiones financieras y técnicas de comunicación para

⁹¹ LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intellectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view, pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001, pp. 22-34. En similares términos, KU, R., “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 285-287, disponible en <https://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5128&context=uclev> Últ. vis. 12/Sep/2016. MERGES, R.P., et REYNOLDS, G.H., “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power” en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 37, 2000, p. 65. La autora Jessica Litman cuestiona la relativamente reciente decisión histórica que se tomó en el seno del Convenio de Berna de aplicar automáticamente los derechos de autor a cualquier tipo de obra o prestación, especialmente teniendo en cuenta la situación que se ha creado en el actual entorno digital. Además destaca, específicamente en relación a los EE.UU., como tradicionalmente, a partir de aproximadamente 1920, el Congreso revisaba las leyes sobre derechos de autor y éstas no eran aprobadas hasta que no las revisaban los empresarios interesados privados. Además afirma que este sistema de revisión legislativa ha seguido funcionando hasta nuestros días. En el mismo sentido, no se muestra partidaria de esta automática inclusión en los derechos de autor, SAMUELSON, P. “Is Copyright Reform Possible?” en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 754-756, <http://ssrn.com/abstract=2152672> o http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014. La última autora opina que volver a implementar el antiguo sistema del registro de los derechos de autor por parte de aquellas entidades, autores u organizaciones interesadas, podría ser una solución a los problemas existentes en la presente era digital. Además añade que se deberían imponer condenas civiles a aquellas organizaciones que dicen tener derechos de autor sobre obras y no sea cierto. Incluso la autora destaca que en el caso de que sean obras de dominio público tal vez las sanciones puedan ser hasta del orden penal. El término exacto que utilizan en inglés es “*Copyfraud*”. En este sentido, MAZZONE, J., *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law*, ed. Stanford University Press, California, 2011, pp.170-179. En contra de los postulados anteriores en el sentido de que no está de acuerdo en que se transformen los derechos de autor en la mera obtención de rendimiento económico por parte de los titulares de derechos, LUNNEY, G.S. “Reexamining Copyright’s Incentive-Access Paradigm” en *Vand. Law Review*, Vol. 49, 1996, pp. 557-558. GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en *Creative Industries*, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, pp. 118-119. El autor expone que los derechos de autor protegen ciertos derechos básicos a los que crean obras originales, así como a sus herederos, los cuales tienen el derecho exclusivo de utilizar y autorizar a otros a utilizar su obra únicamente bajo ciertos términos. El creador de una obra original puede prohibir o autorizar, en primer lugar, la reproducción en distintos formatos (libros, CDs, DVDs); en segundo lugar, su exhibición pública como en el caso de una obra teatral o un concierto; en tercer lugar, el registro de la obra en un soporte tangible o intangible, en cuarto lugar, su radiodifusión por cable, radio o satélite, y, por último, su traducción a otros idiomas, o su adaptación como en el caso de una novela al cine. Asimismo, el titular legítimo de derechos de autor puede defender sus derechos administrativamente o ante los tribunales, a través de la inspección del lugar donde existen las evidencias de que se producen o se tiene posesión de obras o prestaciones protegidas. El titular de derechos puede obtener mandatos judiciales para detener tales actividades, además de ejercitar sus derechos de remuneración solicitando daños y perjuicios por la pérdida de ganancias financieras, así como reclamar en las jurisdicciones del derecho continental sus derechos morales a través del reconocimiento.

su difusión pública, como en el caso de publicaciones, ciertas canciones o películas. Por ello, muchos creadores venden los derechos de sus obras a empresas o individuos que tienen el “*know-how*” para obtener un rendimiento económico de la obra en el mercado. Sin las leyes de derechos de autor y conexos, la posibilidad de copiar reduciría los incentivos de crear y reduciría considerablemente la variedad de creaciones disponibles para los consumidores. En otras palabras, otorga a los negocios de contenido la posibilidad de tener éxito comercial en un entorno de riesgo empresarial. Además, en muchas ocasiones, el rendimiento económico para el autor dependerá del uso de la obra en el mercado. Estos rendimientos económicos, conocidos como “royalties”, tienen un límite en el tiempo. De acuerdo con los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996, o acuerdos de la OMPI internacionales (“*WIPO*”, en inglés), estos derechos se extienden hasta 50 años después de la muerte del autor, aunque ciertas legislaciones estatales establecen periodos más extensos en el tiempo (el término actual en los EE.UU. y la Unión Europea se extienden a 70 años después de la muerte del autor). Estos límites permiten a los creadores y a sus herederos a beneficiarse financieramente durante un extenso periodo de tiempo. Asimismo, los derechos de autor incluyen en el derecho continental los derechos morales que consisten en el derecho a reclamar la autoría de una obra, así como el derecho a oponerse a cambios en la misma que puedan perjudicar la reputación de su autor. En el sistema estadounidense, los derechos morales no están presentes en la legislación ya que protege los derechos económicos por encima de los personales en lo referente a los derechos de autor.⁹²

En cuanto a los derechos de explotación reservados a los titulares de los derechos de autor presentes en ambos sistemas jurídicos, en primer lugar tenemos el concepto del derecho de reproducción, un aspecto del derecho que, sin duda, ha experimentado un incremento espectacular desde la aparición del ámbito digital, siendo de importancia extrema ya que la digitalización de la obra o prestación, o parte de ella, supone el paso necesario para “subirlo” a la Red, pudiéndose vulnerar a continuación, en el caso de utilización de las redes P2P, el derecho de comunicación pública. El derecho de reproducción, desde un punto de vista cronológico en el desarrollo de la obra, es el primero en ejercitarse y abarca distintos aspectos. En un primer momento, la obra nace y se incorpora a un soporte. De este primer soporte, la obra o prestación puede ser transferida a otros, como por ejemplo, pasarla de formato analógico a digital, o

⁹² Véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013. El autor destaca que los derechos morales otorgados a los titulares de los derechos de autor, recogidos en el artículo 6(B) de la Convención de Berna, son de carácter irrenunciable e inalienable, de los que el autor no puede desprenderse en vida, dentro del sistema jurídico continental. En cambio, en legislaciones del sistema anglosajón, como el de Los EE.UU., al tener estos derechos un carácter más enfocado a la explotación económica o a los derechos patrimoniales, está permitida su enajenación. En similares términos, RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; pp. 50-51. GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en *Creative Industries*, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, p. 119. GUERVÓS, C., “Medidas Legales Frente a la Explotación no Autorizada de Obras de Creación a Través de Internet”, en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 690

incorporarla a otro tipo de soporte como una “carpeta para compartir” en un dispositivo conectado a Internet que, más tarde, podrá transmitirse a través de una red P2P . En el mundo analógico, actos como leer, oír o ver no implicaban la realización de reproducciones, en cambio la tecnología digital no funciona de este modo, ya que cuando se incorpora una obra a un archivo, o una parte del mismo, susceptible de ser comunicado públicamente, se podrán realizar múltiples reproducciones del mismo. El proceso inevitable de realizar una o varias copias de archivos en la memoria RAM efímera de un dispositivo, conocido como “*caching*” (infra 5.2.2. o 6.1.2.), es necesario si se quiere leer un texto en formato electrónico, ya sea en un soporte o mediante una red de telecomunicaciones. Por ello, el derecho de reproducción consiste en la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias. En segundo lugar, siguiendo un orden cronológico, el derecho de distribución es el segundo paso después de la reproducción y en la era digital consiste en “*colgar*” una obra o prestación en la Red, como por ejemplo, una foto, un video o un fonograma. Este paso no es necesario en el caso de usarse redes P2P. El derecho de distribución consiste en la puesta a disposición del público del original o de las copias de una obra, en un soporte tangible o intangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Incluye la disponibilidad de contenidos por Internet, por ejemplo, a través de iTunes, Netflix, Rhapsody o las suscripciones en línea de libros electrónicos, del mismo modo que tradicionalmente implicaba la puesta a disposición del original o de ejemplares físicos, normalmente para su venta, alquiler o préstamo, por ejemplo, poner libros en las estanterías de una tienda para su venta. Por último, cuando se cuelga una foto, un video o un fonograma en una página web, a disposición del público, es muy normal hablar de “distribución” a través de la Red. Aunque se diga “distribución” desde un punto de vista técnico, en realidad se trata del derecho de comunicación pública, que representa el tercer paso en el orden cronológico expuesto anteriormente, por el cual todos pueden ver u oír las obras o prestaciones “*bajadas*” de la Red en sus dispositivos. Este acto representará una vulneración de los derechos de autor si se realiza sin licencia del titular de derechos o sin una de las excepciones reconocidas como aceptables legalmente en los distintos sistemas jurídicos. Todos sabemos que la tecnología digital ha ampliado dramáticamente las formas de “comunicación al público”, además de que el concepto de público se ha ampliado enormemente incluyendo a personas situadas en lugares distantes del planeta, incluidos los hogares particulares.⁹³

⁹³ BARBERÁN, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 74-79. En similares términos véase, CASAS VALLÈS, R., “Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 317-319. CARBAJO, F., “El Pulso en Torno a la Copia Privada” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, p. 51. MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)” en *Revista de la Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 18-19. SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., pp. 126-128. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm.

2.1. La Normativa Internacional Reguladora de los Derechos de Autor y Conexos en Internet.

2.1.1. La Interpretación de las Naciones Unidas del Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Confirma que los Derechos de Autor no son un Derecho Fundamental.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 27 dice textualmente:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

En su Comentario General número 17, el Consejo de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas nos recuerda cómo debe interpretarse el Artículo 15(1)(c) del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referente al anterior Artículo 27(2) que viene a interpretar cómo los Estados deben reconocer los beneficios del derecho que tienen los individuos de obtener protección por los intereses materiales y morales que resultan de su autoría en producciones científicas, literarias o artísticas:

“Los derechos humanos son fundamentales ya que deben ser inherentes al ser humano como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son en primer lugar y ante todo un medio por el cual los Estados buscan incentivar la creatividad y las invenciones, animar la diseminación de productos creativos e innovadores, así como desarrollar

18, Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 51-66. GARROTE, I., “Acciones Civiles contra los Prestadores de Servicios de Intermediación en Relación con la actividad de las Plataformas P2P: su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Industrial” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, pp. 60-61. DE LA FUENTE, M., et VIANA, C., ”Intercambio de Archivos y Vulneración de Derechos de Autor” en Editores BOIX, A., et LÓPEZ, G., *La Autoría en la Era Digital: Industria Cultural y Medios de Comunicación*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 335-340. Según estos autores, no hay duda de que los usuarios que participan en una red P2P e intercambian una obra o prestación con derechos de autor sin disponer de la oportuna licencia, están realizando dos tipos de actos reservados en exclusiva a los titulares de derechos de autor: la reproducción y la comunicación pública en su manifestación de puesta a disposición del público.

identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para el beneficio de la sociedad en su conjunto.

*Comparado con otros derechos fundamentales, los derechos de propiedad intelectual son normalmente de carácter temporal, los cuales pueden ser revocados, licenciados o asignados a otras partes. Mientras que bajo la mayor parte de sistemas de propiedad intelectual, éstos pueden ser, a menudo a excepción de los derechos morales, asignados, limitados en el tiempo o en su alcance, negociados, modificados o incluso eliminados, mientras que los derechos humanos son expresiones atemporales de entidad fundamental para el ser humano. Considerando que el derecho humano de beneficiarse de la protección de intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias y artísticas salvaguarda la unión personal entre autores y sus creaciones y entre personas, comunidades y otros grupos y sus herencias culturales colectivas, así como sus intereses básicos materiales necesarios para permitir a los autores disfrutar de un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente negocios e intereses corporativos y de inversión. Es más, el alcance de protección de los intereses morales y materiales del autor que otorga el Artículo 15, párrafo 1(c), no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en las legislaciones estatales o los acuerdos internacionales.*⁹⁴

No es de extrañar, por tanto, que numerosos autores y legisladores comenten el amplio debate doctrinal que ha generado la naturaleza jurídica de los derechos de autor en los últimos años. Para unos la doctrina de estos derechos tiene por objeto la idea, concepción o creación en sí misma. Para otros⁹⁵, no es posible

⁹⁴ Traducciones al español realizadas por la autora de: CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “*General Comment No. 17: The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the autor*”, párrafo 1, E/C.12/GC/17, disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRI-GEN-1-REV-9-Vol-i_n.doc. Últ. vis. 23/Nov/2016. La Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la resolución 2200A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966, así como puesta a disposición de los Estados para su firma, ratificación y acceso. Entró en vigor el 3 de Enero de 1976, de acuerdo con el Artículo 27 de los Derechos Humanos. En este sentido véase, MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, pp. 220-221. En este libro el autor describe la profunda controversia que existió entre los países participantes en el redactado de la Declaración en relación al apartado segundo del Artículo 27 transcrito anteriormente, sobre todo por la inclusión de “intereses materiales” y hasta qué punto éstos debían estar recogidos en unos principios universales de derechos humanos.

⁹⁵ MENELL, P.S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 4 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, p. 1540. En el mismo sentido, RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 47-50

construir el derecho de este modo, ya que históricamente cuando se ha protegido de forma amplia la idea, el efecto producido en el mercado ha sido una reducción de incentivos para nuevas creaciones. De hecho, por ejemplo la ley Estadounidense protege cómo está “expresada” la idea, no la idea en sí. El objeto de los recursos intelectuales no es la creación misma, sino la actividad de reproducción o su materialización aportando un marco más amplio y rico que permite y fomenta la innovación y la creatividad en la era digital que estamos viviendo. Existen empresas firmemente establecidas que gastan elevados recursos en la adquisición de bienes de propiedad intelectual y en estrategias de mantenimiento con el objetivo de protegerse en lugar de innovar de forma efectiva.

2.1.2. Los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) relativos a los Derechos de Autor (“*WIPO Copyright Treaty*” o “*WCT*”) y a los Derechos de Ejecución y Fonogramas (“*WIPO Performances and Phonograms Treaty*” o “*WPPT*”)

Dos tratados internacionales sobre los derechos de autor y derechos conexos se finalizaron en el año 1996 en la sede de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI en castellano o *WIPO* en inglés) en Ginebra. Uno de ellos, el “*WCT*” o Tratado de la OMPI relativo a los Derechos de Autor (“*WIPO Copyright Treaty*”), protege las obras literarias y artísticas, como escritos, programas informáticos, bases de datos originales, obras musicales y audiovisuales, fotografías y obras de bellas artes. El otro tratado, el “*WPPT*” o Tratado de la OMPI relativo a los Derechos de Ejecución y Fonogramas (“*WIPO Performances and Phonograms Treaty*”), protege los derechos “conexos” relacionados con los derechos de autor, es decir, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas. Ambos Tratados entraron en vigor de forma efectiva el 6 de Marzo de 2002 y el 20 de Mayo de 2002, respectivamente. El objetivo de estos dos Tratados era actualizar y complementar los tratados existentes sobre los derechos de autor y conexos, especialmente para dar respuesta a los últimos acontecimientos en el mercado y al desarrollo tecnológico, aunque en realidad el texto final omite temas importantes que serán complementados en el Tratado TRIPS que tratamos en el punto siguiente⁹⁶. Desde que se adoptaron o revisaron las Convenciones de

⁹⁶ En este sentido, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 3. Se accede a los tratados en: *WIPO Copyright Treaty*, S. Treaty Doc. No. 105-17 (1997); 36 ILM 65 (1997) (entrada en vigor 6/Marzo/2002) en http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf (*WCT*), últ. vis. 18/Dic/2015 y *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 ILM 65 (1997) (entrada en vigor 20/Mayo/2002) en http://www.wipo.int/lea/docs_new/pf/en/wo/wo034en.pdf (*WPPT*), últ. vis. 19/Dic/2015. En similares términos, MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual*

Berna y de Roma hace ya varias décadas, han aparecido nuevos tipos de obras, nuevos mercados y nuevos métodos de uso y difusión de estas obras. Ambos tratados, *WCT* y *WPPT*, se enfrentan a los desafíos en que nos sitúan las tecnologías digitales y en particular a la diseminación de obras y prestaciones protegidas a través de redes digitales como Internet. Por este motivo, también se les llama “Tratados de Internet”.⁹⁷

Concretamente, se compromete a las Partes Contratantes a establecer procedimientos de observancia de los derechos reconocidos en ambos Tratados, que permitan la adopción de medidas eficaces contra su infracción e incluyan recursos ágiles para prevenir las infracciones y eficaces para disuadir nuevas infracciones, y en particular una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos estableciendo medidas de protección tecnológica para el contenido digital a través del Artículo 11 del Tratado *WCT* y del Artículo 18 del Tratado *WPPT*, así como medidas de protección tecnológicas “*technical protection measures*” (*TPMs*)⁹⁸ en el mismo contenido, en el Artículo 12 del Tratado *WCT* y el Artículo 19 del Tratado *WPPT*.⁹⁹

Property in the New Technological Age, ed. Wolkers Kluver, New York, 2012, p. 744. La WIPO es la extensión de las Naciones Unidas que administra la Convención de Berna y que consiguió reforzar la protección de los derechos de autor ampliando la dimensión que éstos abarcan a través de la “*WCT*” y el “*WPPT*” dados los rápidos avances que experimentó la tecnología digital. Las disposiciones para proteger derechos de autor que más controversia fueron la adopción de tecnologías anti-elusión y los programas de gestión de los derechos digitales. RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 18. RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 376.

⁹⁷ Véase DIXON, A.N. “Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham U.K., 2009, pp. 19-21. El derecho de reproducción, tal como está especificado en el Artículo 9 del Tratado de la Convención de Berna, y las excepciones permitidas en el mismo, aplican completamente en el entorno digital, especialmente en relación a contenido con forma digital. Se entiende que el almacenaje de obras o prestaciones protegidas en formato digital en medios electrónicos, constituye una reproducción englobada en el Artículo 9 del Tratado de la Convención de Berna. Ver enunciados del Artículo 1(4) del *WCT*, así como los enunciados de los artículos 7, 11 y 16 de la *WPPT*. En el mismo sentido, CLINTON, W.J. and GORE, A., Jr., “*A Framework for Global Electronic Commerce*”, The White House (La Casa Blanca), 1 Julio 1997, texto completo disponible en http://itlaw.wikia.com/wiki/A_Framework_for_Global_Electronic_Commerce, últ. vis. 28/Mayo/2016, “*Read the Framework*”, punto 4. “*Intellectual Property Protection*”, apartado “*Copyright*”. GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en Creative Industries, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, p. 120. También es importante destacar que los EE.UU. no es parte firmante de la Convención de Roma (“*International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonogram Recordings and Broadcasting Organizations*”) lo cual afecta a la recolección económica de royalties por ejecución de los derechos de comunicación pública de los titulares de derechos estadounidenses. En este último sentido véase PETERS, M. Register of Copyrights, Declaración ante el “*Subcommittee of Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary*”, “Ensuring Artists Fair Compensation: Updating the Performance Right and Platform Parity for the 21st Century”, 31 Julio 2007, disponible en: <http://www.copyright.gov/docs/resgstat073107.html>, últ. vis. 2/Feb/2016.

⁹⁸ Las medidas de protección tecnológicas (“*TPMs*” en inglés) es información contenida en una copia digital que identifica el contenido protegido por derechos de autor y conexos. Además, puede contener los datos de los propietarios de derechos de contenido y las condiciones de uso asociadas a los mismos. Forman parte de los *TPMs*, los “*digital management of rights*” o “*DMRs*” que consiste en un sistema digital automatizado que ofrece una herramienta rápida de usar y fácil de instalar para asegurar las

Un aspecto básico del intercambio de contenido digital entre los usuarios es la reproducción del mismo una vez recibido, pero no hemos de olvidar que la parte crucial del intercambio es que el emisor haga posible que la obra o prestación con derechos que pueden ser vulnerados esté disponible para otros usuarios de la Red accedan a ella. Por ello, otro de los aspectos principales de la adhesión a estos dos tratados es que reconocen el derecho exclusivo de “puesta a disposición” de obras o prestaciones con derechos de autor y conexos en el entorno digital. Concretamente, el Artículo 8 del WCT adoptó el derecho exclusivo de “comunicación al público”, así como el de “puesta a disposición”¹⁰⁰ y los artículos 10 y 14 del WPPT¹⁰¹ el derecho exclusivo de “puesta a disposición” de ejecutantes y productores de fonogramas, respectivamente. Por lo tanto, estos artículos permiten prohibir o permitir la transmisión de contenido con derechos de autor y conexos a través de Internet, tanto si se trata de redes P2P o, cada vez más, a través de móviles.¹⁰²

licencias del uso particular de un contenido y para que los propietarios de los derechos puedan obtener información sobre el uso del contenido.

⁹⁹ Véase MIN, E.J., “Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues”, Building Respect for IP Division, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015. Diapositiva 17. En el mismo sentido véase, MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en Revista de la Propiedad Intelectual, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 13-14 y p. 26. VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001, p. 174. Este último autor evidencia cómo a través de la adopción de estas medidas tecnológicas de protección se eliminaron de golpe derechos presentes en la era analógica.

¹⁰⁰ WIPO Copyright Treaty o WCT WPPT (Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor), S. Treaty Doc. No. 105-17 (1997); 36 ILM 65 (1997) (entrada en vigor 6/Marzo/2002) en http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf, últ. vis. 19/Dic/2015, Art.8 (Derecho de Comunicación al Público, “*Right of Communication to the Public*” y Derecho de Puesta a Disposición “*Making Available Right*”). Véase SCHLESINGER, M., “Legal Issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 45-49. El autor destaca como los legisladores Estadounidenses que debían adaptar el Artículo 8 de la WCT y el artículo 10 y 14 de la WPPT, así como sus asesores (concretamente el Registrador de Derechos de Autor y el Congreso de los EE.UU.), consideraron que ya estaban adecuadamente cubiertos al interpretar de forma amplia la legislación existente en esos momentos. Por ello, tanto subir información con derechos de autor como bajarla de servidores de la Red eran actos ilícitos. En cambio la Unión Europea hizo una transcripción prácticamente idéntica del texto de los Tratados Internacionales (Infra 9.1.1.).

¹⁰¹ WIPO Performances and Phonograms Treaty o WPPT (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 ILM 65 (1997) (entrada en vigor 20/Mayo/2002) en Artículos 10 y 14 (Derecho de Puesta a Disposición de Ejecuciones Grabadas, “*Right of Making Available of Fixed Performances*”). Véase también, MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe. i. (Revista de la Propiedad Intelectual)*, núm. 13, Bercal, Madrid, 2003, pp. 25-26.

¹⁰² En este sentido, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 37. En los mismos términos, DIXON, A.N. “Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file*

También es interesante resaltar que el Tratado WCT fue el primero en mencionar en un foro internacional que los intermediarios de Internet (PSSI o OSPs) no deben ser considerados responsables directos por los contenidos subidos a la Red que vulneran derechos de autor cuando simplemente ofrecen servicios de comunicación entre usuarios finales e instaba a los países miembros a legislar sobre la responsabilidad de los intermediarios en sus legislaciones domésticas.

Ambos tratados requieren a los Estados que establezcan un marco de derechos básicos para permitir a los creadores o a los titulares de derechos de autor a controlar sus obras y a ser compensados por las distintas formas en que sus creaciones son utilizadas y disfrutadas por otros. Además, estos Tratados aseguran que los titulares legítimos estarán protegidos de forma adecuada y efectiva cuando sus trabajos sean transmitidos a través de nuevas tecnologías y sistemas de comunicación como, por ejemplo, Internet. Por lo tanto, estos tratados confirman que los derechos de autor y conexos siguen existiendo en el ámbito digital. Además crean nuevos derechos en línea (“*online*” en inglés). Para mantener un balance equilibrado de intereses entre los propietarios de derechos y el público en general, estos tratados permiten que los Estados tengan una flexibilidad razonable para establecer excepciones o limitaciones en el ámbito digital a favor de intereses públicos, como puede ser el caso de instituciones educativas sin ánimo de lucro o intereses de investigación. Además, estos tratados también requieren a los Estados proporcionar a los titulares legítimos de derechos la posibilidad de utilizar dos tipos de tecnología para proteger sus derechos y licenciar sus obras en línea, lo que ha llegado a ser el punto más controvertido de la implementación. La primera de ellas es dotar de recursos adecuados y eficaces contra la elusión no autorizada de las medidas tecnológicas para garantizar la protección de derechos. El segundo tipo de salvaguarda que se le pide a los Estados es prohibir la alteración deliberada o eliminación de las medidas técnicas de protección o “*rights management information*” o *RMI* electrónicos que consiste en información que acompaña una obra protegida que la identifica, así como a sus creadores, a los artistas intérpretes o a los titulares legítimos, y los términos y condiciones de su utilización.¹⁰³

Sharing and Secondary Liability in Copyright Law, ed. Edward Elgar, Cheltenham U.K., 2009, p. 20. SCHLESINGER, M., “Legal Issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 45-47.

¹⁰³ Véase MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, pp. 744-747 En similares términos, GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en *Creative Industries*, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, p. 121. XIOL RIOS, J.A., “Los Derechos de Remuneración en el Sistema Español de Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 37-57. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las Reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006, p 89. En cuanto a las limitaciones o excepciones por copia privada en el derecho continental, los últimos autores destacan que los derechos de autor sobre una obra, sean del tipo que sea, no sólo tienen un aspecto moral, sino

En este histórico compromiso del año 1996 al que se llegó en Ginebra donde estaban representados la industria de las telecomunicaciones, los PSSI, los titulares de derechos y las comunidades científicas y educativas, se estableció la preservación del acceso a la cultura del derecho de autor de una forma equilibrada para los usos lícitos de obras y prestaciones en el ámbito digital al menos en tres partes del Tratado. El primero de ellos está presente en el último párrafo del Preámbulo y dice textualmente:

“Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, ...”.

El segundo aparece en el Artículo 11, donde reconoce que las medidas internacionales de protección a través de medidas tecnológicas (“TPMs” en inglés) no pueden ser utilizadas por los titulares de derechos para realizar actos que estén *“permitidos por la Ley”*. El tercero y último se recoge en el Artículo 10 referente a las Limitaciones y Excepciones. En este artículo se permite a las partes contratantes del Tratado a:

“prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos de los autores de obras literarias y artísticas”

adaptándolas al ámbito digital y a aplicar nuevas excepciones y/o limitaciones que sean apropiadas dentro del este nuevo ámbito.¹⁰⁴

2.1.3. El Tratado de la Organización Mundial de Libre Comercio sobre los Aspectos Relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual o “World Trade

también económico, ya que se funda en la necesidad de procurar al autor un lucro remunerado de su actividad. Desde un punto de vista jurídico, se justifica el reconocimiento de la producción intelectual como producto de la actividad humana de valor económico. De aquí deriva el concepto de compensación equitativa, es decir, es el instrumento que tiende a equilibrar el aprovechamiento económico de la obra por parte del autor o titular legítimo del derecho y el derecho del usuario a obtener copias para su uso privado.

¹⁰⁴ En este sentido véase REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., et SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 302-303. Los autores reconocen que desgraciadamente este compromiso que estableció un marco equilibrado para los derechos de autor en el ámbito digital no se trasladó correctamente a la DMCA estadounidense que quedó demasiado inclinada hacia un lado de la balanza (véase infra 8., o principio del Capítulo IV). En la Unión Europea, este compromiso en el tratado internacional se implementó de forma un poco menos desequilibrada. Sin embargo, la implementación de las medidas tecnológicas de protección siguen siendo demasiado restrictivas porque limitan la posibilidad de usos legítimos, aunque sí es cierto que en la Directiva 2001/29/CE sobre los Derechos de Autor se invoca a los Estados Miembro a respetar las limitaciones y excepciones en sus respectivas legislaciones.

Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights (“TRIPS”)

También es importante resaltar el Tratado de la Organización Mundial del Libre Comercio sobre los Aspectos relacionados con los derechos de Propiedad Intelectual (*WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* o Tratado TRIPS) firmado por más de cien países y que entró en vigor el 1 de Enero de 1995. Este tratado se negoció durante ocho años, desde 1986 a 1994, en las negociaciones de la mesa redonda de Uruguay y por primera vez se unieron los administradores de la OMPI con los ministros de comercio y economía en el foro de los Acuerdos Generales Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“*General Agreement on Tariffs and Trade*” o GATT)¹⁰⁵. A cambio de unas reducciones de tarifas arancelarias para los países en vías de desarrollo, este tratado establece unos niveles mínimos de protección de los derechos de autor y también por primera vez establece expectativas de aplicación legislativa y judicial de las normas establecidas, creando una norma de derecho internacional única hasta ese momento.

En su apartado III relativo a la obligación de respetar los derechos de propiedad intelectual, en su recomendación 45 dice textualmente: “Se debe aproximar la propiedad intelectual en el contexto de unos amplios intereses para la sociedad y especialmente enfocados en el desarrollo, siempre teniendo en cuenta que:

“la protección y la obligación de respetar los derechos de propiedad intelectual deben contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y diseminación de la tecnología, para la ventaja mutua de productores y usuarios de conocimiento tecnológico, de una forma que conduzca a la promoción económica y social, así como para mantener un justo equilibrio entre derechos y obligaciones”

de acuerdo con el Artículo 7 del Tratado TRIPS.¹⁰⁶ Sin embargo, teniendo en cuenta la interpretación que hace las Naciones Unidas (supra 2.1.1.), el concepto

¹⁰⁵ Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdos Generales Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“*General Agreement on Tariffs and Trade*” o GATT), disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_05_s.htm. últ. vis. 26/May/2016. La Organización Mundial del Comercio se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible.

¹⁰⁶ En estos términos véase MIN, E.J., “Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues”, Building Respect for IP Division, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015. Diapositivas 3 y 17. Así como MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 744. En el mismo sentido, RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 16-17. La idea es una estrategia de fortalecimiento del respeto a los derechos de autor a través de la reforma de los procedimientos judiciales para fomentar la inversión, el comercio y la transferencia de tecnología de los países industrializados a los países en vías de desarrollo. En el año 1997 el gobierno de los Estados Unidos animaba a todos los países a adaptarse a este tratado en CLINTON, W., et GORE, A., http://itlaw.wikia.com/wiki/A_Framework_for_Global_Electronic_Commerce Últ. vis.

de derechos de autor especificados en este tratado no puede ser considerado un derecho fundamental como el incluido en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Además, este Tratado en su Artículo 13 restringe a escala internacional las posibles limitaciones y excepciones de los derechos de autor convirtiendo en una obligación el “test de los tres pasos” del Convenio de Berna y que dice textualmente:

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

Este test es de gran importancia ya que determina si las excepciones pueden o no ser aplicadas a los beneficiarios de las mismas.¹⁰⁷

En este apartado, aunque no directamente relacionado con el tema de nuestro trabajo, es decir, el uso no comercial de contenido transmitido a través de las redes P2P, nos interesa resaltar el artículo 61 del Tratado TRIPS que dice textualmente:

28/May/2016. “*Read the Framework*”, punto 4. “*Intellectual Property Protection*”, apartado “*Copyrights*”. También es interesante entender cómo se ha importado el modelo de responsabilidad de los PSSI de intermediación de la ley DMCA Estadounidense a otros países miembros a esta Organización Mundial de Libre Comercio, véase en este sentido, CHRISTIE, A., WALLER, S. et WEATHERALL, K., “Exporting the DMCA through Free Trade Agreements” en editores HEATH, C. et SANDERS, A.K., *Intellectual Property and Free Trade Agreements*, 2007. Todos los Estados Miembro, así como la Unión Europea en su conjunto, son partes de este tratado desde que entró en vigor en el año 1995, lo cual condiciona su modelo regulatorio debido a sus obligaciones internacionales. En este sentido véase, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, p. 123.

¹⁰⁷ Véase en general GERVAIS, D.J., “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test” en *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 9, issue 1, 2005, disponible en <https://ssrn.com/abstract=499924> , últ. vis. 26/Feb/2016 y GINSBURG, J.C., “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-step Test” for Copyright Exceptions”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 187, Enero 2001, pp. 3-19, disponible en <https://ssrn.com/abstract=253867> últ. vis. 3/Mar/2016. En similares términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., pp.132-133. Según los autores, el “test de los tres pasos” incluido en el artículo 9.2. del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del año 1887 ha sido traspuesto a varios tratados internacionales (por ejemplo, Artículo 10 WCT y Artículo 16.2 WPPT) y legislaciones estatales. Este test destaca que las limitaciones y excepciones a los derechos de explotación exclusivos de autor: i) sólo se aplicarán en circunstancias especiales, ii) no atentarán contra la explotación normal de la obra, y iii) no causarán un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos. En muchas ocasiones se ha enfatizado la necesidad de mantener en la sociedad un sistema de amplias excepciones para encontrar el equilibrio adecuado entre distintos intereses sobre todo cuando los derechos cedidos son muy amplios, como en el caso de los derechos de autor. En la Unión Europea el “test de los tres pasos” ha sido incluido en el Artículo 5.5 de la Directiva de Derechos de Autor de la Sociedad de la Información implementada en el año 2002 (infra 9.1.1.). Para una descripción del funcionamiento en los EE.UU. véase el tercer capítulo del libro de la autora LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intellectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view..pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001, llamado “*Copyright and Compromise*” a partir de la p. 79.

“Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas o de vulneración lesiva del derecho de autor a escala comercial. ...”

ya que la solución que finalmente han tomado tanto los EE.UU. como la Unión Europea para intentar reducir el problema de la vulneración de derechos de autor en línea incluye el enfoque *“Follow the Money”* (“Sigue la Pista al Dinero”) que analiza quién obtiene un provecho económico a escala comercial analizando las empresas de pago electrónico y de publicidad en línea, tal como veremos más adelante (infra 8.3.4. y 9.).

2.2.Las Organizaciones que Inciden en la Defensa y Protección de Modelos de Negocio Tecnológicos Innovadores.

Con la existencia de una arquitectura neutral de Internet, un innovador no necesita ser un empleado en una empresa que le financie para desarrollar una aplicación, ya que la inversión más importante será el tiempo que ese usuario ha utilizado para el diseño y la programación de su aplicación. En estas circunstancias, la aplicación desarrollada tampoco necesita dar beneficios en un futuro para recuperar la inversión realizada al no existir una estructura empresarial que así lo exija. Por ello, muchas aplicaciones han surgido para solucionar una necesidad propia del usuario, y más tarde, estos se han dado cuenta que otros también deseaban utilizarlas.¹⁰⁸ Por ello, han surgido varias entidades que defienden ante poderosas organizaciones empresariales la innovación tecnológica en la Red.

2.2.1. La Renuncia Consentida de los Innovadores a Defender sus Derechos de Autor como Consecuencia del Nuevo Paradigma de Comportamiento Social. Por Ejemplo, la Fundación *“Free Software Foundation”* o *“FSF”* de Lenguajes de Programación *“Open Source”*

Hoy en día cualquier persona puede diseñar y programar una nueva aplicación gracias al acceso que tienen a los lenguajes de programación *“open source”*. Mucho se ha escrito sobre los motivos que puede tener un desarrollador de programas informáticos para implicarse en el desarrollo de una idea sin obtener un beneficio económico a cambio y compartirlo voluntariamente con otros desarrolladores que ni siquiera conocen y que

¹⁰⁸ En este sentido véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp 204-213. La autora destaca varios ejemplos de jóvenes que desarrollaron una aplicación para uso personal que más tarde hemos llegado a usar la mayor parte de nosotros. Entre ellos, *“Yahoo”*, *“del.icio.us”* o *“Facebook”*.

pueden estar situados geográficamente en cualquier lugar del mundo. Como consecuencia de lo que vamos a llamar en este trabajo “el nuevo paradigma de comportamiento social” cualquier usuario de Internet puede beneficiarse por implicarse en el desarrollo de su posible idea innovadora por varios motivos. Normalmente son ideas que solucionan de forma precisa el problema que tienen y del cual no tienen constancia que exista una solución ya “fabricada”, es decir, normalmente intervienen en su creación para conseguir el equivalente a un traje cortado a medida para un problema al que se enfrentan. Con ello, podrán desarrollar su trabajo mejor y de forma más eficiente, mejorando, por tanto, la productividad, que como ya hemos mencionado anteriormente, no se contabiliza en el cálculo del producto interior bruto. Además el desarrollador de la innovación también puede conseguir otros beneficios, como, por ejemplo, aprender cosas nuevas que le serán de provecho en su desarrollo profesional y/o experimentar un sentimiento de satisfacción por haber conseguido aquello que deseaba.¹⁰⁹

Por lo tanto, en nuestra opinión los legisladores no deben desdeñar de forma poco reflexiva el valor de las innovaciones que pueden conseguir estos usuarios de la Red por el bien de sus respectivos países (por el incremento de productividad que puede representar) y por el bien de la humanidad en general (véase supra nota 70). Estos usuarios han diseñado la innovación, en principio, para su propio beneficio, en un entorno descentralizado y fuera de imposiciones económicas o de otra índole. Sin embargo, estas innovaciones pueden tener en un futuro un efecto positivo en todos nosotros. En cambio, en nuestra estructura de economía de mercado, aquellas empresas que “fabrican” innovaciones lo hacen con la motivación de vendérsela a otros, siendo por tanto, un grupo muy reducido de desarrolladores comparado con el anterior y, la estructura de la cual será, sin duda, centralizada, es decir, sólo se podrá desarrollar aquello que decida la propia empresa. Es lógico que así sea, ya que las empresas tienen la obligación de gestionar sus propios recursos de una forma lógica. Por lo tanto, aquellos usuarios de la Red que tienen la capacidad intelectual y desean desarrollar aquella idea innovadora que desean conseguir, pueden modificar un “código fuente” de acuerdo a sus necesidades, siendo receptores del mismo a través de Internet gratuitamente y adaptándolo a sus

¹⁰⁹ En este sentido, LAKHANI, K.R., et WOLF, R.G., “Why Hackers do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects” en editores FELLER, J., FITZGERALD, B., HISSAM, et LAKHANI, K., *Perspectives on Free and OpenSource Software*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2005, pp. 4-5. Para analizar la motivación detrás este tipo de comportamientos, los autores destacan el resultado de una encuesta que fue llevada a cabo entre 684 desarrolladores que participaron gratuitamente en 287 proyectos de desarrollo de “*software open source*”. El resultado evidenció que uno de los tres motivos principales para participar en un 45% de los casos era que “*el código fuente del proyecto era intelectualmente estimulante de escribir*” y el 41.8% se sentían motivados por la mejora que experimentaban sus conocimientos de programación y que obtenían gracias a su implicación en el proyecto.

necesidades, que, como hemos dicho, puede llegar a ser, algún día, una necesidad para todos nosotros, mejorando nuestra calidad de vida.¹¹⁰

Esta visión fue la que tuvo el Sr. Richard Stallman, un programador informático neoyorquino que renunció a su carrera para crear hace ya treinta y cuatro años la Fundación “*Free Software Foundation*” o “*FSF*” de lenguajes de programación “*Open Source*”, una organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo era promover el llamado “software de uso libre”, es decir, programas que permiten a los usuarios su libre acceso y modificación.. El término “*open*” o abierto como opuesto a “*closed*” o cerrado supone para muchos un interesante debate de cómo los códigos de Internet deben ser desarrollados. Es lo que muchos autores denominan “el movimiento de “*software*” con código fuente de uso libre” (“*open source software movement*”) y del que Richard Stallman, reconocido como “doctor honoris causa” por múltiples universidades, fue su motivador e inspirador llamándolo “el movimiento de “*software*” gratuito” (“*free software movement*”). El opuesto de “*software*” gratuito sería el “*software*” privado, en el que el desarrollador oculta las funcionalidades de su programa distribuyendo objetos digitales cuyo diseño básico se mantiene oculto. Richard Stallman estudió en el “*Massachusetts Institute of Technology*” o MIT y consideraba que las restricciones a la hora de abrir el código fuente de los programas informáticos era un impedimento para el desarrollo de la ciencia. Creó en el año 1983 el sistema operativo gratuito llamado GNU al que le faltaba un núcleo. El desafío fue asumido por el joven Linus Tovalds de la Universidad de Helsinki que fue un paso más allá y le añadió el núcleo de un sistema operativo, invitando a todo el mundo a desarrollarlo y experimentar con ello. Así fue como lentamente ambos se fundieron creándose el sistema operativo

¹¹⁰ Véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 334-345. La autora destaca que al ser los “*softwares*” un bien digital, pueden compartirse con todo el mundo publicándolos en una página web o distribuyéndolos a través de una red P2P, siendo los costes de reproducción y distribución de las innovaciones prácticamente nulos. Además, explica de forma detallada cómo, lo que nosotros hemos denominado el “nuevo paradigma de comportamiento social”, en este caso, de los innovadores, ha sorprendido a los economistas ya que la teoría económica convencional considera, a priori, que para que un innovador tenga suficientes incentivos para innovar, debe de excluir a todos los demás de utilizar su innovación, ya que de otro modo, no podría obtener los premios económicos necesarios para recuperar financieramente hablando los costes de la innovación, por lo que se eliminarían los incentivos de innovar. Este es el razonamiento por el que la sociedad premia a los innovadores con los derechos de autor, que no son otra cosa que un conjunto de derechos que les otorga un monopolio temporal sobre sus innovaciones. En este contexto, la diseminación de conocimientos a terceros sin una compensación económica representa una pérdida financiera para el innovador, ya que se reduce su habilidad de obtener un beneficio por la misma. Ahora bien, si cualquiera de los usuarios de Internet puede utilizar una innovación desarrollada por otros gratuitamente, nadie tiene porque incurrir en los gastos del desarrollo de la innovación que mencionábamos al principio. Recientes investigaciones han aclarado que el motivo por el cual un usuario de la Red crea una nueva innovación es para beneficiarse de la habilidad de utilizarla. Por lo tanto, para que esta teoría de revelación tenga sentido, los costes de su desarrollo deben ser compensados por los beneficios que obtiene el innovador. Un detalle interesante de una de estas teorías económicas destaca un estudio realizado sobre el deseo de los deportistas de compartir sus innovaciones. Curiosamente, este deseo de compartir con los compañeros disminuye a medida que existe una mayor competencia entre los miembros de la comunidad deportiva.

GNU/Linux, con voluntarios de todo el mundo, que se convirtió en el cambio de siglo en una seria amenaza para el sistema operativo Windows NT. Actualmente, poderosas empresas como: Google, Amazon o CNN.com utilizan para sus servidores de web el sistema operativo GNU/Linux y no es así porque sea gratuito, sino porque consideran que es el más fiable.¹¹¹

2.2.2. Las Entidades que Favorecen el Equilibrio de los Derechos de Autor y Conexos entre los Titulares de Derechos y los Usos Lícitos a los que Tienen Derecho los Usuarios.

En Europa existen varias entidades defensoras de derechos civiles y protectoras de los derechos de los consumidores como, por ejemplo, “*La Quadrature du Net*” o la “*European Digital Rights Initiative*” (“EDRI” Iniciativa de Derechos Digitales) que desarrollaron una actividad de gran éxito ante los miembros del Parlamento Europeo cuando los grupos de presión de los defensores de las asociaciones de derechos de autor intentaron que la Unión Europea implementase a través de la nueva legislación sobre las Telecomunicaciones que todos los PSSI de intermediación de acceso desconectasen de Internet a través de esquemas de respuesta gradual a los usuarios que presuntamente vulnerasen sus contenidos de forma repetida¹¹²

El ámbito internacional de la protección de los derechos de autor parece tener un gobierno global bien organizado. El alcance prácticamente global de la Convención de Berna combinado con el mecanismo formal de resolución de disputas de la Organización Mundial del Comercio es un sistema razonablemente bien coordinado de protección de los derechos de autor a escala mundial. Teniendo en cuenta los desafíos a los que se enfrenta la protección de los derechos de autor en el ámbito digital, estos acontecimientos no pueden haberse desarrollado en mejor momento para

¹¹¹ Véase LESSIG, L., *CODE Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 139-199. Tomando el ejemplo de la obra de Richard Stallman a través de su Fundación, el Profesor Lessig opina que todos aquellos legisladores que deberán en un futuro tomar decisiones sobre como modelar las leyes de los derechos de autor en el ámbito digital tendrán algo que aprender del valor creado para toda la sociedad occidental con la actuación privada de una sola persona y de múltiples voluntarios de todo el mundo. El autor también destaca que prácticamente todos los protocolos P2P existentes están creados como “*software*” que mantiene el código fuente abierto para uso libre. De aquí nace el concepto de “*copyleft*” que es el mecanismo legal que regula los derechos en el mundo del software libre. En similares términos, BARBERÁN, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010. P. 170.

¹¹² En cuanto a las entidades de la Unión Europea véase en general MUELLER, M.L., *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2010. HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 96-99. La autora también destaca la actuación del “*Bureau Européen des Unions de Consommateurs*” (BEUC) que de forma muy explícita siempre se ha mostrado en contra del control tecnológico que los PSSI de Intermediación podrían hacer del contenido que circula por las Redes como amenaza a los derechos de privacidad y datos personales, centrandlo el debate político no sólo en los costes asociados y de que sea viable y factible, sino que debamos fiarnos de decisiones automatizadas y sistemas técnicos que vulneran derechos humanos fundamentales como es el acceso a Internet y las garantías de un proceso justo y equitativo.

evitar que se deterioren las instituciones jurídicas que apoyan las expresiones creativas. Sin embargo, ciertos juristas con gran renombre en el mundo académico y reconocidos economistas del ámbito¹¹³ político ven estos desarrollos en la arena de los derechos de autor con escepticismo y consideran que los tratados TRIPS, WCT y la WPPT son el producto de una operación muy bien coordinada por los “lobbies” o grupos de presión de las industrias de contenidos para conseguir un sistema de protección más potente, posiblemente a expensas de un menor desarrollo de ciertas naciones y del público en general.

Para contrarrestar esta desviación proteccionista por parte de unas industrias con una gran influencia política y con una alta capacidad de gestión han aparecido poderosas organizaciones en Estados Unidos como la EFF, la “Creative Commons”, y “The Future of Music Coalition”, entre otras. Además programas como “The Stanford Center for Internet and Society’s Fair Use Project” proporciona cobertura jurídica gratuita a usuarios para defender los derechos de “fair use” (“uso lícito o razonable” del derecho anglosajón) contra procedimientos excesivamente agresivos por parte de ciertos titulares con derechos de autor. Posiblemente otra de las organizaciones sin ánimo de lucro más influyente en la defensa de los derechos de los usuarios frente a las leyes de derechos de autor, no sólo en los Estados Unidos, sino a escala global, sea la “Electronic Frontier Foundation” o EFF:¹¹⁴

¹¹³ Véase MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, pp. 746-747. Los autores que creen que los tres tratados fueron demasiado lejos al establecer los límites entre los derechos de obtener un fruto económico por su esfuerzo intelectual por parte de los autores, cantantes e innovadores y los derechos de tener acceso a la información de bibliotecas, otras instituciones públicas, así como por parte de los individuos son RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; pp. 18-19; y SAMUELSON, P., “The Copyright Grab” en *WIRED Digital Inc.*, 1996, disponible en http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white_paper_pr.html Últ. vis. 2/Jun/2014. El Profesor Michael P. Ryan analiza cómo se formó el contexto de la competición mundial de las industrias del cine, la música, las publicaciones, las tecnologías de la información y los programas informáticos, entre otras, con el desarrollo de tácticas y estrategias políticas para proteger sus mercados. También examinó el rol que desempeñó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y exploró cómo la “nueva diplomacia del conocimiento” estableció las reglas a través de tácticas de negociación bien orquestadas que actualmente gobiernan la explotación de la innovación y la creatividad en la era digital y en la economía global del siglo XXI.

¹¹⁴ En cuanto a las entidades que tienen sus oficinas centrales situadas en los EE.UU. véase RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my Ipod*, op. cit., 2007, p.2. TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011, p. xix. Por ejemplo, este último autor destaca que después de recibir una desagradable carta de cesación de uso por parte de los representantes legales de los derechos de autor de James Joyce, la profesora de Stanford Carol Shloss, con la ayuda del “Centro para Internet y el “fair use” de la Sociedad” mencionado, presentó una declaración cesatoria en el Tribunal de Distrito para confirmar su derecho de citar los trabajos de James Joyce con propósitos académicos sin necesidad de pedir permiso, ni de realizar ningún pago al respecto. La profesora Shloss no sólo obtuvo ese derecho, sino que además sus abogados recibieron un premio de más de 325.000 US-\$ por reivindicar el derecho de “fair use” de su cliente. Véase Shloss v. Sweeney, 515 F. Supp. 2d 1083 (N.D. Cal. 2007). Además, la doctrina del “fair use” del

*“Fundada en el año 1990, se define como la defensora de las libertades civiles en el mundo digital: defendiendo la libertad de expresión, la privacidad de los usuarios y la innovación a través de defensas jurídicas, del análisis de las políticas estatales y del desarrollo tecnológico. La EFF trabaja para asegurar que los derechos y libertades sean protegidos y desarrollados a medida que el uso de la tecnología aumenta por parte de los usuarios. Incluso en los primeros momentos de Internet, esta organización comprendió que proteger el desarrollo de las nuevas tecnologías era primordial para permitir el avance de la libertad de todos. En los años siguientes, la EFF utilizó su voz independiente con fiereza para abrir el camino del software de código abierto, la encriptación, la investigación sobre la seguridad, las herramientas para compartir ficheros y todo un mundo de tecnologías emergentes. Hoy por hoy, la EFF utiliza su experiencia única de líderes tecnológicos, activistas y abogados, en su esfuerzo por defender la libertad de expresión en línea, luchar contra la vigilancia ilegal, defender a los usuarios e innovadores y apoyar a las tecnologías que aumentan la libertad de las personas. Una amplia red mundial de miembros preocupados y organizaciones asociadas aconsejan a legisladores, educan a la prensa y al público a través de un análisis comprensible, guías educativas y grupos de trabajo de activistas, entre otros. Sin duda, la EFF se ha convertido en un líder mundial de los debates de los derechos en línea”.*¹¹⁵

Otro acontecimiento en la arena internacional también ha marcado un antes y un después en las negociaciones sobre los derechos de autor después de casi 120 años de la cobertura prácticamente universal del Convenio de Berna. El Tratado de Marrakesh del año 2013 se centró en el derecho de ciertos usuarios en usar obras y prestaciones con derechos de autor, es decir, en excepciones de los mismos, centrándose en poder ayudar a personas ciegas, poca visibilidad o con

“*common law*” mencionada debe ser analizada caso por caso por el juez, ya que depende de cuatro factores: 1) el carácter del uso de la obra, si es para fines comerciales o educativos; 2) la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil que la excepción juegue cuando en la obra existen grandes dosis de ficción; 3) la cantidad de obra copiada y su carácter esencial en relación con el total de la misma, y 4) por último, el efecto del uso de la obra respecto de su mercado potencial, el cual es con frecuencia el más decisivo en la jurisprudencia. El estudio de Derecho estadounidense se encuentra especialmente justificado si tenemos en cuenta que el origen de la excepción del “*fair use*” reside en un análisis económico del Derecho, que es precisamente el fundamento de la excepción de copia privada mayoritariamente aceptado en nuestra doctrina continental. No obstante también es cierto que la identificación total entre copia privada y “*fair use*” no es posible. De hecho, la excepción del “*fair use*” no se circunscribe siquiera al ámbito del derecho de reproducción, sino que alcanza todo el conjunto de derechos de explotación del autor. Véase infra 5.1.1.

¹¹⁵ Traducción de la autora. EFF “*The Electronic Frontier Foundation*”, disponible en <http://eff.org> últ. vis. 9/Jun/2016. Entre los miembros de su Consejo de Administración se encuentran profesores de Derecho de la talla de la Dra. Pamela Samuelson o el Dr. Jonathan Zittrain, reconocidos a escala global, parte de cuyas obras se encuentra reflejadas en nuestra bibliografía.

algún otro tipo de discapacidad que no les permita tratar con la información disponible de forma normal.¹¹⁶

2.3.Las Organizaciones de las Industrias Titulares de Contenidos que Defienden Sus Modelos de Negocio en Ocasiones No Dando Opción a Usos Legítimos a los que Tienen Derecho los Internautas, así como Contribuyendo a Bloquear la Supervivencia de Aplicaciones Innovadoras

El establecimiento de políticas de derechos de autor demasiado débiles bloquean las estrategias de negocio de aquellas industrias que dependen de estos derechos para poder tener la posibilidad de otorgar licencias para distribuir sus productos, con lo cual no se estimularía la innovación y creatividad. Los costes de ciertas creaciones como un libro, una película, una litografía o un programa informático son normalmente elevados, mientras que el coste de su reproducción es actualmente prácticamente nulo.¹¹⁷ Sin embargo, otros autores opinan que las entidades que engloban los grandes conglomerados de las poderosas industrias musicales y cinematográficas, al tener intereses compartidos, están altamente organizadas para defender sus modelos de negocio frente a otras posibles fuentes

¹¹⁶ En general, véase WILKINSON, M.A., “International Copyright: Marrakesh and the Future of Users’ Rights Exceptions” en Editor PERRY, M., *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, pp.107-128. La autora destaca que después de los múltiples añadidos que se le han ido haciendo al Convenio de Berna siempre enfocados a defender aún más a los titulares de derechos, el Tratado de Marrakesh constituye un cambio de rumbo histórico al centrar el esfuerzo de la comunidad internacional en defender por primera vez las excepciones a los derechos, en este caso a favor de los usuarios, y además, en un escenario sin duda arropado por los adelantos tecnológicos.

¹¹⁷ Véase en este sentido RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 6. Además, este autor hace una reflexión histórica interesante. La visión de implementar políticas de protección de los derechos de autor (en sus orígenes también incluía las patentes) para estimular la innovación y la creatividad se creó en la ciudad estado de Venecia cuando empezaba a perder su hegemonía comercial en el Mediterráneo en competencia con Florencia y otras ciudades estado de la zona. Gradualmente, estas instituciones se difundieron hacia el norte (Francia, Alemania e Inglaterra) aunque desarrollando ciertas características diferenciadoras. Por un lado el régimen absolutista Francés lo consideró un favor real, aunque tras la revolución del siglo XVIII se consideraron “derechos naturales” de los procesos creativos de innovación y expresión fuera del intervencionismo gubernamental. Por otro lado, Inglaterra fue la única que mantuvo el espíritu original de las instituciones creadas por los Venecianos, al reaccionar a la perversión de que fuesen un monopolio real y codificar una ley “*the Statute of Anne*” en 1710 en la que el gobierno otorgaba los derechos de exclusividad durante veinte años a los autores para estimular la innovación y la creatividad (“*innovation and expression*”). Al forjarse la Constitución de los EE.UU. se rechazó la interpretación Francesa a favor de la Británica y la institución de los derechos de autor fue promulgada por el nuevo Congreso durante el primer periodo presidencial de George Washington a través del liderazgo de Noah Webster. El objetivo de esta política siempre fue promocionar el bienestar público, y los derechos de propiedad privada sólo representaron el medio para conseguir el fin. En similares términos, MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, pp. 375-376. HUGHES, J., “On the Logic of Suing One’s Customers and the Dilemma of Infringement-Based Business Models” en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 22, 2005, pp. 751-752.

emergentes de distribución de contenidos, bajo la actual forma de compartir la cultura en el entorno digital¹¹⁸. No nos debe, por tanto extrañar que estas organizaciones como la “*International Federation for the Phonographic Industry*” (IFPI) o la “*International Intellectual Property Alliance*” (IIPA) tengan un protagonismo desproporcionado a la hora de decidir que políticas sobre los derechos de autor deben imponerse en el escenario internacional. En primer lugar decidieron presentar demandas contra los desarrolladores de la nueva tecnología “*peer-to-peer*” y aquellos que la financiaron. En segundo lugar, presentaron múltiples demandas contra los usuarios finales que las utilizaban y, por último, la estrategia a nivel global de implementar el sistema de respuesta gradual en el que los PSSI de Intermediación deben asumir el papel de policías de las posibles vulneraciones de los usuarios privados y, en algunos casos, hasta tener la responsabilidad de desconectar de Internet a sus suscriptores, tal como veremos más adelante.¹¹⁹

A escala internacional surgió una gran controversia que reflejó con gran incomodidad el Alto Comisionado del Consejo de las Naciones Unidas en su

¹¹⁸ Véase en general excepto donde especificado, BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, n° 3, 2011, pp. 558-578. TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011. BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006. LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law o Lock Down Culture and Control Creativity, The Nature and Future of Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004. Disponible en: www.free-culture.cc/ últ. vis. 12/Dic/2016. LEMLEY, M.A., et REESE, R.A., “Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation” en *Stanford Law Review*, Vol. 56, 2004, pp. 189-1390. LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, pp. 951-960, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev Últ. vis. 15/Jun/2016. GIBLIN, R., “A Bit Liable? A Guide to Navigating the U.S. Secondary Liability Patchwork” en *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* , Vol. 25, 2009, p. 8. REESE, A.R., “The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on *Sony*, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer” en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, issue 4, 2005, p.878, disponible en <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss4/7> Últ. vis. 21/Jun/2016. SAMUELSON, P., “The Generativity of *Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens*” en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2006, pp. 1850.

¹¹⁹ Véase GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Law & The Arts*, Vol. 37, 2014, pp.147-202. La autora destaca que el esquema de respuesta graduada impuesto a los PSSI de Intermediación de Acceso desarrollado en Irlanda sólo representa a las tres divisiones de EMI Records, es decir, Sony BMG Music Entertainment, Universal Music y Warner Music, mientras que el esquema privado desarrollado en los Estados Unidos es más inclusivo, ya que no sólo permite a la MPAA y a la RIAA proteger los intereses de sus miembros, sino que también incluye a la Alianza Independiente de Películas y Televisión (“*Independent Film and Television Alliance*”) cuyos miembros realizan más de 400 películas al año y a la Asociación Americana de Música Independiente (“*American Association of Independent Music*”) que representa a más de doscientas marcas independientes. Sin embargo, todos aquellos que ostentan derechos fuera de estas organizaciones no tienen la posibilidad de aprovechar los esquemas implementados para proteger sus contenidos. La autora también ha comprobado que se da el mismo fenómeno en todas las jurisdicciones estudiadas, es decir, sólo comprueban los fonogramas de sus representados, hayan finalmente implantado el esquema de respuesta gradual o no. Por otro lado, la estrategia de implementar el sistema de respuesta gradual aparece mencionado por primera vez en el Anuario de la IFPI del año 2007 en el que se decía: “*Las demandas contra usuarios finales son onerosas y costosas. El trabajo no debería ser nuestro, sino que debe ser realizado por los guardianes de la Red, los PSSI de Intermediación, los cuales de forma inequívoca tienen los medios técnicos para resolver las vulneraciones de los derechos de autor, únicamente deben asumir esta responsabilidad*”, disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/digital-music-report-2007.pdf> Últ. vis. 27/Abr/2014.

Informe de fecha 16 de Mayo de 2011 en torno a las negociaciones secretas en el seno del Tratado “*Anticounterfeiting Trade Agreement*” “*ACTA*” o “Acuerdo Comercial Contra la Falsificación” en el que se intentó obligar a las partes que los PSSI de Intermediación desconectarán de Internet a los titulares de dirección IP que supuestamente vulneraban derechos de autor. Este esquema, llamado “de respuesta gradual” era el máximo exponente de una campaña internacional de presión política sobre gobernantes y agencias reguladoras orquestada por la “*International Federation for the Phonographic Industry*” (IFPI) y la “*International Intellectual Property Alliance*” (IIPA)¹²⁰. La cláusula que incluía la posibilidad de que los PSSI de Intermediación desconectasen de Internet a aquellos usuarios que vulnerasen el Tratado fue eliminada del texto final en Diciembre de 2010. Uno de los principales problemas de estos esquemas es que no se acomodan al régimen de excepciones existentes tanto en el derecho continental (limitaciones y excepciones por límite de copia privada) como en el “*common law*” (las excepciones del “*fair use*” y el “*fair dealing*” u otros usos privilegiados presentes como excepciones o limitaciones de los derechos de autor como para estudio o investigación personal, crítica o revisión, para informar noticias, para parodias o sátiras y/o para propósitos relacionados con procedimientos judiciales)¹²¹

2.3.1. Valoración de las Industrias Titulares de Contenidos o Creativas

Sin duda todos los países valoran la contribución que aportan al empleo y al desarrollo económico las industrias que basan su actividad en derechos de

¹²⁰ Según Wikipedia las siete asociaciones comerciales que forman la “*International Intellectual Property Alliance*” o IIPA son: “*Association of American Publishers*” o AAP, “*Business Software Alliance*” o BSA, “*Entertainment Software Association*” o ESA, “*Independent Film & Television Alliance*” o IFTA, “*Motion Picture Association of America*” o MPAA, “*National Music Publishers’ Association*” o NMPA y “*Recording Industry Association of America*” o RIAA. WIKIPEDIA, “*International Intellectual Property Alliance*”, disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/International_Intellectual_Property_Alliance#Member-associations Últ. vis. 1/Nov/2016.

¹²¹ A principios del año 2011, la IFPI indicaba en su página web que uno de los aspectos clave de su trabajo era implementar políticas anti-piratería de fonogramas con derechos de autor y ejercer presión política sobre gobiernos y foros internacionales, en http://www.ifpi.org/content/section_about/index.html Últ. vis. Febrero 2011. Actualmente, la página web ya no menciona el concepto de ejercer presión política, limitándose a mencionar que su equipo jurídico asesora a las autoridades públicas en casos penales, presenta demandas civiles contra aquellas empresas que facilitan comportamientos ilícitos y trabaja estrechamente con los PSSI de Intermediación y los Instrumentos de Búsqueda o “*Search Engines*” para abordar sitios web ilícitos y reducir la piratería, disponible en <http://www.ifpi.org/what-we-do.php> Últ. vis. Agosto 2016. En cuanto al Informe del Alto Comisionado de la Naciones Unidas, véase LA RUE, F., “*Imposition of Intermediary Liability*” en *Internet & Freedom of Expression, Restriction of Content on the Internet* en *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, Apartado IV. punto D., párrafo 50, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016.

propiedad intelectual. En un análisis conjunto del tejido industrial en la Unión Europea realizado en Septiembre de 2013 por la Oficina de Patentes Europea y la “*Office for the Harmonization of the Internal Market*” o “*OHIM*”¹²² (La Oficina de Armonización del Mercado Interior o OMPI en castellano) se llegó a la conclusión de que el 25,9% (ó 56.493.661 empleados) del empleo de la Unión Europea está directamente relacionado con empresas dependientes en la propiedad intelectual y en concreto el 3,2% (ó 7.049.405 empleados) en los derechos de autor. Por otro lado, este mismo estudio llegó a la conclusión de que el 38,6% (ó 4.735.262 millones de Euros) del Producto Interior Bruto de la Unión Europea está directamente relacionado con empresas dependientes en la propiedad intelectual y en concreto el 4,2% (ó 509.859 millones de Euros) del Producto Interior Bruto de la Unión Europea en los derechos de autor.¹²³

Según un informe de la Unión Europea de fecha 24 de Mayo de 2011, la industria de la propiedad intelectual supone un 3% del total del empleo en Europa y es uno de los sectores de crecimiento más dinámicos en el que la creación de empleo aumentó una media de un 3,5% por año en el periodo entre el año 2000 y el 2007, comparado con el 1% de aumento en la economía total de los 27 Estados Miembros en esa fecha.¹²⁴ También el Informe Castex de Febrero de 2014 presentado ante el Parlamento Europeo citaba que el sector cultural representa un 2,6% del PIB de la Unión y constituye uno de los principales motores de crecimiento europeo, fuente de creación de puestos de trabajo nuevos y no deslocalizables, que estimula la innovación.¹²⁵

Según la OMPI la contribución de las industrias dependientes en los derechos de autor aportan un 11,3% al Producto Interior Bruto de los EE.UU., un 9,8% al PIB de Korea, un 6,6% al PIB de Australia, un 6,2% al PIB de Singapur y un 5,4% al PIB de Canadá. En estos mismos países, estas industrias

¹²² El 23 de Marzo de 2016 esta entidad ha pasado a denominarse EUIPO (“*European Union Intellectual Property Office*”) o lo que sería el equivalente en castellano de Oficina Europea de la Propiedad Intelectual.

¹²³ COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 626 final, Bruselas 9/Dic/2015, “*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; Towards a modern, more European copyright framework*”, pp. 2-3. En el mismo sentido, véase MIN, E.J., “*Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues*”, Building Respect for IP Division, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015. Diapositiva 8.

¹²⁴ Véase COMISIÓN EUROPEA, COM(2011) 287 final, Bruselas 24/May/2011, “*Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Single Market for Intellectual Property Rights; Boosting Creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*”, pp. 4-5, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf Últ. vis. 24/Abr/2017.

¹²⁵ Véase en este sentido CASTEX, F., Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo. Informe sobre los Cánones por Copia Privada A7-0114/2014, ponente Eurodiputada Castex, F., disponible en <http://europarl.eu/sides/getDoc.do?pubRef=EP//TEXT+REPORT+A7-2014> Últ. vis. 11/Jun/16.

representan el 8,4%, el 6,2%, el 6,6%, el 6,3% y el 5,6% respectivamente de la población activa.¹²⁶

De hecho ya en el año 2009, la Comisión Europea¹²⁷ mencionaba que para la Europa del 2020 el objetivo era que el mercado del contenido en línea, es decir, música, películas, videojuegos, etc., alcanzase unos ingresos de 8.300 millones de Euros. La idea era multiplicar por más de cuatro veces los ingresos del año 2005 que fueron de 1800 millones de Euros.

Sin duda se han desarrollado esfuerzos para distribuir contenido de forma legal en el entorno digital. Empresas como Netflix y BBC iPlayer para videos, Steam y Origin para juegos, y Spotify y Pandora para música, han ayudado que millones de usuarios puedan adquirir contenido manteniendo un equilibrio de distribución para todas las partes implicadas. Al mismo tiempo, las ofensivas que han llevado a cabo las asociaciones representantes de los titulares legítimos de derechos de los contenidos han tenido éxitos intermitentes, limitados a las habilidades de aquellos involucrados en las técnicas y procesos para contrarrestar las complejidades del ámbito digital y su enorme adaptación a nuevas técnicas vulneradoras a causa del voraz apetito de consumir el contenido deseado a través de la Red.¹²⁸

2.3.2. Las Industria Musical y la Audiovisual, entre otras Industrias Titulares de Contenido.

Antes de la masificación del uso de Internet, pocos productos creativos eran económicamente rentables. Por ello, los negocios de creación de obras y prestaciones se habían concentrado en unas potentes empresas de explotación de obras musicales, productoras de películas y publicadoras de libros que minimizaban los riesgos a través de controlar amplias carteras de productos en las que los pocos que tenían éxito subvencionan al resto. El control sobre la distribución de estas enormes corporaciones era crucial para promocionar el bienestar público a través de una mayor disponibilidad de información y entretenimiento. Si se generaliza la vulneración de derechos de autor porque esta capacidad de control sobre la distribución de los contenidos desaparece,

¹²⁶ MIN, E.J., “Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues”, Building Respect for IP Division, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015. Diapositiva 6

¹²⁷ Véase el Considerando 2.10 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los contenidos creativos en línea en el mercado único» COM(2007) 836 final (2009/C 77/16) 31.3.2009 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 77/64-65 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:077:0063:0068:ES:PDF> últ. vis. 18/Dic/2012.

¹²⁸ En este sentido, PRICE, D. ,“NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe”, NetNames envisional, Septiembre 2013, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, p. 7, Últ. vis. 20 Abril 2016.

los Estados tutelan estos derechos proporcionando compensación en forma de una defensa jurídica por daños y perjuicios, siempre y cuando se diferencie claramente entre un uso aceptable de la obra o prestación por parte de la sociedad sin vulnerar derechos y un uso no autorizado legalmente. Por ello, por ejemplo, en la industria discográfica un pequeño grupo, conocidas como las cinco grandes, dominaban el ochenta por ciento del mercado de la distribución mundial: BMG Entertainment, Sony Music, Warner Music Group, EMI Recorded Music y Universal Music Group. En el año 2005 quedaban cuatro: EMI, Sony Bertelsmann Music Group (o Sony BMG), Universal y Warner Music, a las que se añadieron en su estrategia de demandas judiciales cuando también se intercambiaron sin problema películas enteras a través de las redes P2P, la “*Motion Picture Association*” o MPA, representando a las industrias de Hollywood.¹²⁹

La MPA, a través del que ha sido desde 1966 hasta el año 2004 el Presidente de su Consejo de Administración, Sr. Jack Valentí, ha ejercido una fuerte presión política presentando a sus asociadas como víctimas. El Sr. Valentí ha sido muy hábil manejando la opinión pública y convirtiendo en un problema moral la noción de “piratear” los contenidos cinematográficos que se asimiló con el concepto de privar a sus legítimos dueños de derechos de propiedad. Esta asociación que se encarga de la distribución mundial de los seis mayores estudios de cine de Hollywood incluye los potentes Time Warner, Walt Disney y News Corporation. De origen Europeo, los mayores conglomerados multinacionales con intereses cinematográficos y de los medios de comunicación son Vivendi y Bertelsmann.¹³⁰

¹²⁹ Véase en este sentido LASICA, J.D., *Darknet, Hollywood's War against the Digital Generation*, ed. John Wiley and Son, New Jersey, 2005, p. 59. También RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 47. A finales del siglo XX, de cada diez CDs de música publicados, sólo tres daban un beneficio y de cada diez películas estrenadas, también sólo tres daban beneficios, por lo que un éxito de la industria del entretenimiento ayuda a pagar muchas facturas. En similares términos, COATS, W.S., FEEMAN, V.L., GIVEN, J.G., RAFTER, H.D. “Streaming into the Future: Music and Video Online” en *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol. 20, 2000, pp. 286-287, disponible en <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=elr> últ. vis. 28/Ago/2016. Además, durante el presente siglo XXI grandes distribuidores musicales se han concentrado bajo el control de EMI Records, convirtiéndose en divisiones independientes de la misma.

¹³⁰ En este sentido, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, concretamente la p. 47 y pp.72-76. En similares términos, PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009, pp. 45-49. Los autores destacan como se puede llegar a enmascarar la realidad de unos derechos de autor demasiado extensos a través de la metáfora de que los PSSI de intermediación de acceso a Internet no muestran respeto por la propiedad de los titulares de derechos y presentándose como víctimas. Destacan que, sin duda, existe una diferencia entre utilizar una metáfora e interpretarla de forma literal. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el que las asociaciones de las empresas de contenido hayan repetido de forma reiterada que los innovadores y el público en general son “piratas” han conseguido, del mismo modo que lo consiguen la publicidad y la propaganda, que el mensaje se tome seriamente. Según los autores el autor, esta metáfora representa el repetido fracaso de las industrias distribuidoras de contenido en innovar. En otras palabras, como las poderosas empresas de contenido han fracasado en sus intentos por innovar, su objetivo ha sido amenazar

Los titulares de derechos de autor siempre han temido que los desarrollos tecnológicos transformen los mercados existentes, eliminando de la demanda de los productos o servicios de los cuales dependen económicamente¹³¹. Hay que diferenciar la estructura industrial de las empresas audiovisuales de las musicales en relación con la aparición de las redes P2P. La creación de películas requiere un estudio, gran cantidad de mano de obra y un alto presupuesto comparado con una canción cuyo coste es muy bajo al poder ser creada simplemente por un músico y su instrumento. Incluso el compositor con su propio equipo puede alcanzar actualmente grandes audiencias que están inmersas en un sistema de creatividad cultural más atractivo que el que existía en la era analógica. Lo que el cambio tecnológico ha conseguido es convertir en obsoleto un determinado sistema de distribución. Sin embargo, los propios compositores y músicos en general han salido beneficiados aumentando la asistencia a sus conciertos al darse a conocer más fácilmente.¹³²

Sin embargo según las cifras utilizadas por las grandes distribuidoras del mercado mundial, el desenfrenado intercambio no autorizado de fonogramas en formato digital que experimentó la industria musical, ocasionó que desde principios de los años 70 hasta 1999, año en que apareció NAPSTER, la venta de discos por cápita en los Estados Unidos se duplicase (en su formato analógico), mientras que en la década siguiente, las ventas de obras musicales alcanzase de nuevo el nivel anterior a los años 70. Este cambio tan dramático tan sólo se puede explicar por el acceso de los consumidores finales a la música a través de comunicaciones públicas (en inglés “*distribution*”) no

a los innovadores y al público en general, incluso castigarlos si fuese necesario. Por ello, han presionado políticamente en momentos cruciales de diseño legislativo, tanto en el Congreso de los EE.UU. como en la Comisión Europea, para inclinar la balanza a su favor. También véase el debate en el que participó Jack Valenti: BERKMAN Center for Internet and Society, “The Future of Intellectual Property on the Internet: A Debate” en *Harvard Law School*, 2000, disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/futureofip/archive.asp> Últ. vis. 2/Sep/2016. La Facultad de Derecho de Harvard subvencionó el 1 de Octubre de 2000 un debate en el que se produjo una controversia de si ciertos usos de contenido con derechos de autor tiene el suficiente valor social como para reconocerle una nueva excepción dentro del entorno del ciberespacio, la cual tuvo lugar entre el Profesor de Derecho de Stanford, Lawrence Lessig, y el Presidente de la MPA, Jack Valenti.

¹³¹ Véase BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 785-786. El autor destaca como históricamente las nuevas tecnologías se han percibido como destructoras de los mercados estables del momento. Por ejemplo, en la Inglaterra del siglo XVII se consideró que las librerías que prestaban libros destruirían el negocio de las librerías que vendían libros. En el siglo XX, se pensó que las fotocopiadoras representarían el fin del negocio de las publicaciones y, como veremos en la Jurisprudencia estadounidense establecida por el Tribunal Supremo “*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417*” del año 1984, las cintas de video vírgenes el final del negocio de las productoras cinematográficas.

¹³² En este sentido, BENKLER, Y., op. cit., pp. 425-427. El autor menciona una encuesta que se realizó entre compositores y músicos. Un 35% de ellos reconoció que el intercambio de sus composiciones en las redes P2P habían ayudado a sus carreras comparado con un 5% que dijeron que no. Un 19% dijo que les había ayudado a obtener más tiempo de difusión por la radio y un 21% que les había ayudado a vender más CDs. En general, parece que los ingresos de los artistas se mantienen estables, incluso si las redes P2P eliminaran totalmente la venta de CDs musicales.

autorizados por los titulares de derechos de autor, que no se quisieron adaptar al cambio de modelo de distribución.¹³³

Las dos organizaciones más importantes representantes de las dos mayores asociaciones industriales de derechos de autor informaron en el año 2014 de resultados económicos saludables y que reflejan un futuro brillante. Según la IFPI, por primera vez en la historia, los ingresos mundiales digitales de la industria musical alcanzaron la misma proporción de ventas en el ejercicio del año 2014 que el formato físico, tras una estable progresión de las mismas. En el año 2009 las ventas globales digitales alcanzaron los 4.400 millones de Dólares Estadounidenses, llegando esta cifra a los 6.000 millones y a los 6.900 millones en los años 2012 y 2014, respectivamente.¹³⁴ Por su parte la MPAA informó que las ventas en línea de videos durante el primer trimestre del año 2014 en todo el mundo alcanzó los 35.600 millones de Dólares Estadounidenses y que un estudio de mercado proyectó que los ingresos por el consumo de videos en los hogares se duplicaría del año 2014 al 2018, pasando de 8.500 millones a 17.000 millones de Dólares Estadounidenses.¹³⁵

Los modelos de negocio que ofrecen las industrias creativas probablemente no ofrecen las mismas posibilidades de acceso a contenido que los protocolos P2P de intercambio de archivos entre usuarios finales. Los usuarios de Internet quieren acceder en cualquier momento y en cualquier lugar al contenido que desean consumir, ya sea material audiovisual, música o sus series preferidas. Sin duda durante mucho tiempo han existido unas necesidades en el mercado que los usuarios no podían cubrir a través de ofertas legítimas y que aquellos que representaban a los titulares de derechos han intentado resistirse a la “revolución digital” posiblemente por miedo a perder el control sobre la distribución de sus productos y servicios. Por ello, las plataformas de las redes P2P han conseguido un éxito tan espectacular al cubrir las necesidades de los usuarios.¹³⁶

¹³³ En estos términos véase MENELL, P.S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 4 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, pp. 1540.

¹³⁴ MIN, E.J., “Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues”, Building Respect for IP Division, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015. Diapositiva 9. Véase también, IFPI, “*Digital Music Report 2014*” (Informe del año 2014 sobre Música Digital), 2015, disponible en <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf> Últ. vis. 21/Dic/2016.

¹³⁵ Véase en este sentido, GANTMAN, H. “A Remarkable Story of Digital Home Entertainment Growth” en *MPAA Policy Focus*, 16 de Junio de 2014, disponible en <http://mpaa.org/a-remarkable-story-of-digital-home-entertainment-growth/#.WNhaYWcG70>, últ. vis. 24/Mar/2017.

¹³⁶ En este sentido véase EICHNER, A.W., “File Sharing: A Tool for Innovation, or a Criminal Instrument?” en *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 2010, disponible en <http://www.bciptf.org>, 18/Mar/2016. Este autor destaca que durante mucho tiempo han existido unas necesidades en el mercado que los usuarios no podían cubrir a través de ofertas legítimas y que aquellos que representaban a los titulares de derechos han intentado resistirse a la “revolución digital” posiblemente por miedo a perder el control sobre la distribución de sus productos y servicios. Por ello, las plataformas de las redes P2P han conseguido un éxito tan espectacular al cubrir las necesidades de los

Sin embargo, en ciertas regiones del mundo, la expansión de la distribución de servicios legalmente ha alterado de forma significativa el ámbito digital. Por ejemplo, en el año 2013 Netflix era responsable de un tercio del total de consumo de banda ancha en los EE.UU. en los momentos punta y ya tenía aproximadamente 30 millones de clientes. Sin embargo, como cada año el consumo de banda ancha en las tres regiones mundiales, Norte América, Europa y Asia-Pacífico, aumenta de forma significativa, aunque al mismo tiempo también podría estar aumentando el número de usos vulneradores de derechos en el consumo de contenido.¹³⁷

usuarios. En similares términos, DE KOSNIK, A., “Piracy is the Future of Television” en *Comparative Media Studies*, University of California, Berkeley, 4 Enero 2011, <http://cmsw.mit.edu/piracy-is-the-future-of-television/> Últ. vis. 19 Abril 2016. Los autores analizan el concepto de que es muy fácil decir que los usuarios utilizan redes P2P porque son gratuitos si los comparamos con páginas web legales de pago como Hulu, Netflix o iTunes, o bien DVDs o discos Blu-Ray de venta o alquiler. En primer lugar, los protocolos P2P tienen acceso a un archivo más amplio y más duradero en el tiempo que los canales legales de acceso a contenido. Por ejemplo, pensemos en un fan de una serie televisiva que se siente frustrado porque no ha conseguido ver uno o dos episodios de la misma. Lo cierto es que a través de las redes P2P se ha mantenido vivo mucho contenido que, hoy por hoy, ya no existiría. Incluso hay aficionados que descubren “clásicos” o series “olvidadas”, de las cuales pueden volver a disfrutar sin ningún problema a través de estas redes gratuitas. En otras palabras, se ha demostrado que hay amplios segmentos de consumidores que desean que estos contenidos no sean tan efímeros en el tiempo y las industrias implicadas no dan respuesta a esta demanda. En segundo lugar, a los usuarios siempre les ha gustado guardar una copia de sus contenidos favoritos para poder volver a verlos cuando les apetezca, meses o años después del primer visionado. Sin embargo, Hulu y otros sistemas de visionado directo (o “streaming”) no permiten que un usuario doméstico colecciona de forma permanente contenido. Los videos que accedemos a través de YouTube son normalmente de baja resolución por lo que su visionado no resulta agradable. El contenido adquirido a través de iTunes sólo se puede guardar en un ordenador y puede verse u oírse en los dispositivos móviles que tiene asignados, pero no permite la transferencia del archivo en cuestión. Los grabadores de DVDs (*DVRs* en inglés) tienen una capacidad de almacenaje máxima. Los DVDs pueden romperse y ocupan espacio físico en las estanterías. En cambio, las redes P2P no tienen ninguno de los inconvenientes mencionados, ya que facilitan el acceso a contenido de alta resolución, almacena fácilmente cualquier contenido y permite la libre circulación de las copias del mismo de un dispositivo a otro. Por último, el acceso a contenido a escala global tampoco es comparable. Este acceso es multidireccional. Por un lado, es bien conocido que muchos países de habla inglesa, molestos por tener que esperar demasiado (por culpa de unas normas internas Estadounidenses) en ver nuevos capítulos de sus series favoritas, prefieren utilizar sistemas alternativos para tener un acceso rápido a los mismos. Por otro lado, a muchos residentes en los EE.UU. les gusta ver contenido del Reino Unido, Japón, India u otros países de los que son originarios. Esta fórmula es muy útil para mantenerse conectados con sus culturas y países de origen. No cabe duda que todos los ejemplos expuestos anteriormente representan un enorme desafío para la industria de contenido ya que deben actuar e incorporar los servicios innovadores ya creados a través de las redes P2P para desarrollar apropiadamente sus modelos de negocio.

¹³⁷ Véase PRICE, D., “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe”, NetNames envisional, Septiembre 2013, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, pp. 7-8, Últ. vis. 20 Abril 2016. En similares términos, WERBACH, K., “The Implications of Video Peer-to-Peer on Network Usage”, en editores NOAM, E.M. et PUPILLO, L.M. en *Peer-to-Peer Video: The Economics, Policy, and Culture of Today’s New Mass Medium*, ed. Springer, New York, 2008, pp. 96-97. Este último autor destaca que lo espectacular es el aumento desmedido cada año de la transmisión de videos a través de protocolos P2P a escala mundial teniendo un impacto significativo en los costes de capacidad de las redes que impone a los PSSI de Intermediación de Acceso, aunque no hubiese en esas transmisiones ningún contenido que vulnerase derechos de autor.

CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MODALIDADES DE SISTEMAS A TRAVÉS DE LOS CUALES PUEDEN VULNERARSE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS POR EL INTERCAMBIO DE CONTENIDOS ENTRE USUARIOS PARA USO PRIVADO EN EL ÁMBITO DIGITAL

3. Dimensión del Problema del Intercambio de Contenidos Digitales entre los Usuarios

En general, se entiende por vulneración de los derechos de autor y conexos en el ámbito digital a la explotación que se realiza en Internet de obras o prestaciones protegidas sin la pertinente autorización de sus titulares legítimos¹³⁸, sin el pago de la correspondiente licencia y sin alguna de las excepciones reconocidas tanto en los ordenamientos jurídicos del derecho continental europeo como en el del “*common law*” de los países anglosajones. La vulneración de derechos de autor por la diseminación de contenidos entre usuarios a través de Internet es uno de los temas más polémicos que estamos viviendo en estas dos últimas décadas en el mundo desarrollado. Apenas pasan días sin noticias sobre las tentativas de las industrias del entretenimiento para intentar controlar que sus derechos no sean vulnerados por el intercambio de obras y prestaciones protegidas, a la vez que éstas mismas noticias nos explican los avances tecnológicos que posibilitan de forma sencilla la transmisión cada vez más rápida de todo tipo de contenidos, tanto para su subida como su bajada de la

¹³⁸ Véase GARROTE, I., “Acciones Civiles contra los Prestadores de Servicios de Intermediación en Relación con la actividad de las Plataformas P2P: su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Industrial” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, Bercal, Madrid, 2004, p. 57. En nuestra opinión, el autor se centra excesivamente en las posibles vulneraciones de los derechos de autor, pero no hemos de dejar de evidenciar que existen múltiples motivos jurídicamente válidos por los que la descarga de copias de ficheros son lícitos. Aparte de los casos en los que los derechos de autor han expirado por lo que ya no existen, los usos legalmente aceptables o razonables existentes en todos los sistemas jurídicos o las descargas de un número determinado de copias son excepciones legales a los derechos de autor para uso privado o no comercial. En similares términos, EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, p. 18, PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009, p. 47. FILBY, M., “Confusing the Captain with the Cabin Boy: The Dangers Posed to Reform of Cyber Piracy Regulation by the Misrepresented Interface Between Society, Policy Makers and the Entertainment Industries” en *The Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 2, issue 3, p. 156, o LOHMANN, F. von, “Fair Use as Innovation Policy” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 23, 2008, p. 831, donde el autor destaca el importante y poco considerado rol que desempeñan las políticas tecnológicas e innovadoras relacionadas con la doctrina de los usos lícitos o razonables, especialmente aquellas que atraen inversión para el desarrollo de tecnologías que representan bienes complementarios a los derechos de autor.

Red. Ahora bien, ¿pueden o deben considerarse responsables aquellos que crean los avances tecnológicos o aquellos que posibilitan las transmisiones por los posibles comportamientos ilícitos de sus usuarios? ¿Hasta qué punto son conscientes los usuarios de que están realizando un ilícito? ¿Tienen realmente las industrias del entretenimiento sistemas cómodos y rápidos para que las necesidades de los usuarios queden cubiertas a un precio asequible y a escala global? ¿Qué soluciones ponderadas deben tomarse legislativamente y a qué escala para encontrar un equilibrio entre el rendimiento económico que necesitan obtener los titulares de derechos de contenido y la presión que existe para permitir que los usuarios tengan acceso a la cultura a través de las nuevas tecnologías sin vulnerar derechos fundamentales firmemente arraigados en la civilización occidental?¹³⁹

Los PSSI de Intermediación son entidades comerciales guiadas por la lógica del mercado, aunque también están influenciadas por grupos de presión que desean ejercer control sobre la actividad que se desarrolla en Internet, es decir, gobiernos para evitar conductas no deseadas por los usuarios y empresas de distintos sectores que, por un lado, consideran que sus modelos de negocio puedan estar amenazados por conductas vulneradoras de derechos por parte de los usuarios y aquellas que, ansían obtener información valiosa sobre el comportamiento y los hábitos de los usuarios de Internet. Sin duda, los PSSI de Intermediación desempeñan un rol esencial con **tres** características muy importantes. La primera es que facilita el flujo de información entre los dos primeros actores, el emisor y el receptor, es decir, son aquellos que ofrecen un servicio sin contribuir al contenido que circula en la Red y por el cual como intermediario quiere estar libre de cualquier tipo de responsabilidad en el caso de que alguno de sus usuarios vulnere algún derecho por el uso de su servicio de comunicación. La segunda característica de los PSSI de Intermediación es su papel de guardianes de la identidad y del anonimato de sus suscriptores. Y en último y tercer lugar, están situados en una posición envidiable para mitigar o prevenir daños a causa de actividades vulneradoras de derechos que pueden ser causadas por alguno de los otros dos actores. Por lo tanto, pueden, en ciertas circunstancias, tener responsabilidad

¹³⁹ EDWARDS, L, et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, Ginebra, 18 Abril, 2005, p. 2, disponible en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> Últ. vis. 18/Jun/2015. En similares términos, CASAS VALLÉS, R., “Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 289-290. Incluso este autor destaca que es paradójico pensar que un avance tecnológico puede ser tan sorpresivo y dar lugar a una auténtica revolución, la cual, no cabe duda, proyecta desconcierto y miedo sobre actividades existentes. Sin embargo, también ofrece una cara positiva y llena de oportunidades, que permite nuevas actividades económicas. Toda revolución afecta al *statu quo* y obliga a buscar y definir nuevos equilibrios. Hay que reaccionar rápidamente, pero también con prudencia. Esto ya ocurrió con anterioridad, como consecuencia de otro avance tecnológico: la imprenta. En el ámbito jurídico, en ocasiones, los jueces pueden resolver nuevos problemas interpretando y aplicando las viejas normas. Sin embargo, este instrumento tiene sus límites y con frecuencia no hay más remedio que interpelar al legislador nacional y, si no se obtienen resultados, a otras instituciones de ámbito internacional. También véase MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, pp. 375-399.

como contribuidores de la acción ilícita, o dicho de otro modo, como cómplices del acto ilícito contra los derechos de autor que puedan ejercer los usuarios de la Red.¹⁴⁰

La responsabilidad por contenido que vulnera derechos de autor puede aparecer en Internet en lugares del mundo donde el demandante no se lo espera, por lo que le puede resultar difícil de localizar y situar territorialmente, además de muy costoso económicamente hablando. La parte agraviada puede emprender un procedimiento civil por el abuso realizado por el individuo en Internet o con la ayuda de Internet solicitando daños y restitución económica. Sin embargo, resulta complicado, en la mayoría de los casos, no sólo la localización del causante de la infracción, sino, una vez localizado éste, conseguir una compensación económica para el titular de los derechos, en caso de que éste no haya hecho un uso lícito del contenido. Incluso en el caso de resoluciones favorables, en muchas ocasiones los infractores se niegan a cumplir de forma voluntaria. Los PSSI de Intermediación, como intermediarios del acto ilícito, también pueden ser acusados por el contenido que ha sido transmitido a través de sus servicios por sus clientes y al resultar sujetos con mayor solvencia económica a los cuales dirigir demandas, además de ser más fáciles de localizar y los cuales normalmente pueden cumplir mandatos judiciales sin dificultad, no es de extrañar que los titulares de derechos prefieran tener la posibilidad de actuar contra ellos.¹⁴¹

En el capítulo anterior, hemos definido los tipos de intermediarios que existen y los modelos regulatorios que se han implementado en distintas jurisdicciones del mundo, así como los principios internacionales sobre las posibles responsabilidades de los intermediarios y los de los derechos de autor en el ámbito de Internet.

En este capítulo vamos a analizar cómo funcionan los distintos sistemas de acceso a contenido a través de Internet y las posibles implicaciones jurídicas si éstas se utilizan para vulnerar derechos de autor sin autorización de sus titulares legítimos y poniendo

¹⁴⁰ En este sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham UK, 2013, p. 104. En similares términos, RYAN, M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998; p. 18. MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 27-37. El profesor Massaguer nos recuerda además, sin salirnos del ámbito civil, que en los ordenamientos del derecho continental se puede atribuir legitimación pasiva al que coopera en acciones de infracción de derechos de autor y derechos afines dentro del marco de las leyes de competencia desleal, incluso, en el caso del Estado español, con independencia del conocimiento que tengan los intermediarios del carácter ilícito de la conducta a cuya realización se coopera. Sin embargo, él mismo reconoce que el marco normativo de la Directiva sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información que analizaremos en el Capítulo III de esta tesis, se opone a que los PSSI de Intermediación puedan ser acusados siempre que actúen diligentemente en los casos en los que puedan retirar o evitar el acceso a contenido declarado como supuestamente ilícito.

¹⁴¹ Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012, p. 318. En similares términos, véase XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 2. SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., p. 87 y 119.

especial énfasis en desarrollar la evolución tecnológica que ha experimentado el intercambio de ficheros por el uso de los protocolos P2P, objeto de nuestra tesis. Sin embargo no hemos de olvidar que estos mismos sistemas que vamos a describir también tienen una función beneficiosa para la sociedad ya que se utilizan de forma legal para distribuir enormes cantidades de contenido de todo tipo que no vulnera ningún derecho y que además facilita mucho y reduce drásticamente los costes económicos relacionados con la logística de distribución de contenido digital.

3.1. Los Problemas Jurídicos Derivados del Uso de las Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”)

Los protocolos de las redes “Peer-to-Peer”, o P2P, de intercambio de archivos permiten a cualquier usuario de Internet a compartir directamente con otro usuario que esté conectado a la Red y disponga de un programa P2P igual al suyo, cualquier contenido, sin necesidad de almacenarlo en una ubicación centralizada por un PSSI de Intermediación. Este tipo de tecnología de libre acceso ofrece servicios muy populares que alcanzaron repercusión mundial por primera vez con la aparición de Napster en el año 1999 y que, a pesar de ser centralizada, se clausuró, en nuestra opinión, por no seguirse el procedimiento judicial hasta el Tribunal Supremo, que, sin duda, hubiese cambiado las medidas cautelares impuestas y hubiese impuesto medidas lógicas para ser implementadas por ambas partes, por las empresas demandantes y la demandada. Hoy por hoy, estos servicios se encuentran por todas partes a través de todo tipo de aplicaciones y de páginas web que utilizan protocolos tecnológicos similares o relacionadas como BitTorrent, y otros. Al ser los protocolos P2P actuales descentralizados, con una sola copia de un fichero situado en la memoria de cualquier dispositivo o de un ordenador conectado a Internet, es suficiente para diseminar clones del mismo de forma ilimitada y sin respetar fronteras.¹⁴²

Las redes “Peer-to-Peer” se han descrito como un ataque en constante evolución y que pilló por sorpresa a los modelos de negocio de las industrias de contenido, cuya proliferación a través de las tecnologías digitales ha hecho posible que las masivas actividades de piratería relacionadas con los contenidos de las industrias del cine, la TV y la música hayan adquirido tal dimensión que los mecanismos para tratar el

¹⁴² Véase en este sentido FISHER III, W.W., *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, ed. Stanford University Press, Stanford California, 2004, pp. 11-37. También en estos términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 135. KU, R., “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology” en *University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 270-276, disponible en <https://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5128&context=uclrev> Últ. vis. 12/Sep/2016. MENELL, P.S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 4 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, p. 1541.

tema y regularlo adecuadamente ya no tiene una correlación directa con las verdaderas prácticas de intercambio globales que están teniendo lugar. A pesar de que anteriormente a la era digital era más clara la distinción entre lo aceptable y lo no aceptable legalmente, el incremento exponencial del intercambio de estos contenidos se complica para definir una noción clara entre lo que está bien y lo que está mal. Las redes P2P de intercambio de archivos entre los usuarios han demostrado ser un sistema dominante no sólo para el intercambio de contenido con derechos de autor, sino para desarrollar la creatividad de sus usuarios mezclando distintos contenidos en nuevas creaciones uniendo comunidades aisladas unas de otras y con gustos similares, es decir, las redes P2P han demostrado ser un medio adecuado útil y productivo para crear otros contenidos o nuevas maneras de hacer negocio y relacionarse. Igualmente, las redes P2P son un buen sistema para probar un contenido antes de comprarlo a pesar de que esta práctica sea oficialmente ilícita, y pueden ser muy útiles para obtener contenido que ya no está disponible en el mercado o que ya no está protegido por derechos de autor, prácticas que también son de gran utilidad para inspirar a los artistas e intercambiar cultura.¹⁴³ Por todo ello, el objetivo en nuestra tesis es realizar un estudio de derecho comparado ya que las ventajas del análisis de los dos regímenes referentes mundiales en la cuestión planteada nos permitirá descubrir las posibles lagunas existentes y mejorar la unificación de ambos sistemas jurídicos, especialmente en un tema de ámbito global como el que nos ocupa.¹⁴⁴

3.1.1. Infracción Directa: comparación del Derecho Europeo Continental con el Derecho Estadounidense del “Common Law”.

¹⁴³ Véase GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, p. 107-109. En similares términos, LESSIG, L., *Free Culture*, ed. Penguin Books, New York, 2004, p.66. VAIDHYANAHAN, S., *The Anarchist In The Library: How the Clash Between Freedom and Control is Hacking the Real World and Crashing the System*, ed. Basic Books, New York, 2004, pp. 102-104. PIASENTIN, R.C., “Unlawful? Innovative? Unstoppable? A Comparative Analysis of the Potential Legal Liability Facing P2P End-Users in the United States, United Kingdom and Canada” en *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 14, No. 2, Oxford University Press, 2006, p. 195-196. DE LA FUENTE, M., et VIANA, C., “Intercambio de Archivos y Vulneración de Derechos de Autor” en Editores BOIX, A., et LÓPEZ, G., *La Autoría en la Era Digital: Industria Cultural y Medios de Comunicación*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 301-302.

¹⁴⁴ En este sentido, DAVID, R., *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, ed. Aguilar, Madrid, 1967, pp. 7-8. El autor destaca la importancia del Derecho Comparado en la solución de materias jurídicas en las que impera la aspiración a la uniformidad, otorgándole además como ciencia social, al igual que ocurre con la sociología, la economía, la teoría política o la historia, un auténtico espíritu científico, convirtiéndose en un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de las ciencias jurídicas. Resulta una herramienta útil para, por un lado, encontrar los puntos de conexión, y por otro, hacernos comprender los puntos de vista de otros ámbitos jurídicos y conseguir que los demás comprendan los nuestros propios, es decir, consiste en buscar aquellos aspectos positivos de cómo nos podemos organizar para coexistir armónicamente dentro de cada uno de nuestros modelos de Derecho para mantener y desarrollar el progreso de nuestra civilización.

El concepto de “responsabilidad civil” por infracción directa, codificado en la mayor parte de países con derecho continental, gira en torno a que una de las partes debe ser responsable por los daños causados a otra, independientemente de si existe voluntad o no de causar el daño. Si existe negligencia, ésta normalmente emana porque no se ha actuado con la debida diligencia. Para definir exactamente en qué grado los PSSI de Intermediación son infractores directos de los derechos de autor, hay que analizar los elementos objetivos que forman la responsabilidad civil extracontractual, es decir, a) que existe la conducta, b) que la conducta es contraria a la ley, c) que existe un daño, y por último, d) que existe una relación causal entre la conducta y el daño. Aunque esta doctrina no es equivalente a la Estadounidense, a grandes rasgos un “*direct infringer*” (infractor directo) es aquel que tiene una participación activa y directa en la violación de los derechos de autor, o bajo cuyo control y responsabilidad se realizan las actividades ilícitas, por lo que esta doctrina de “responsabilidad civil” del “*common law*” también impone responsabilidad por actos ilícitos o por una actuación negligente. La premisa es que una persona física o jurídica, en lo que puede afectar a terceras partes, debe actuar con la debida diligencia, por lo que un demandante debería probar: a) que existe el deber de actuar con la debida diligencia, b) que este deber no se ha cumplido, c) el no cumplimiento del deber ha producido un efecto y d) el mencionado efecto ha producido unos daños. Como vemos, aunque distintos, ambos modelos resultan ser, en la práctica, muy parecidos. Los titulares de derechos han intentado argumentar, tanto en la Unión Europea como en los EE.UU., que los PSSI son responsables por los daños que sufren por el uso de las redes P2P de sus suscriptores y que ese daño está causado por la negligencia de los PSSI, ya que no monitorizan sus sistemas. Además, el simple suministro de instalaciones para facilitar o realizar una comunicación entre dos usuarios finales no consituye un acto de comunicación pública sometida al derecho exclusivo del titular de derechos autor como se especifica tanto en el Artículo 8 del WCT como en el Considerando 27 de la Directiva 2001/29/CE sobre Derechos de autor en la Sociedad de la Información.¹⁴⁵ Desde un punto de

¹⁴⁵ En este sentido véase MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 45-47. Según la autora el concepto de “responsabilidad civil” del derecho continental procede del Código Francés Napoleónico del año 1804, el cual se basó en las reglas de la ley Romana. En similares términos, GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, pp. 15-17. MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe. i. (Revista de la Propiedad Intelectual)*, núm. 13, Bercal, Madrid, 2003, pp. 25-26. En cuanto a la falta de obligación de los PSSI de Intermediación de acceso de monitorizar a sus suscriptores, véase 9.4.2. en relación a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y 5.2.9. relativa al cuerpo de ley que así lo establece para los Estados Unidos. Por otro lado, en el Artículo 8 del Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI (o “WCT”) dice expresamente que el mero hecho de suministrar instalaciones físicas

vista meramente literal, parece que basta con que exista un acto de explotación ilícito para que surja la imputación de responsabilidad, de modo que la infracción se produciría incluso cuando no hubiera culpa o dolo en el infractor. Ahora bien, discernir la licitud o ilicitud de un determinado contenido no es una tarea asequible y mucho menos para los intermediarios técnicos. Sin embargo, tanto los casos en Europa como en los EE.UU. han derivado la posible responsabilidad de los PSSI a infracciones realizadas por los usuarios siempre dentro del ámbito civil, ya que queda claro que los responsables por las infracciones directas en el uso de las redes P2P son los que utilizan la Red.¹⁴⁶

Según algunos autores¹⁴⁷, a la hora de atribuir responsabilidad, debemos distinguir claramente entre los PSSI de Intermediación cuya responsabilidad

que permitan una comunicación ilícita no implicaba un acto de comunicación ilícita en el sentido del Convenio de Berna que señalaba: “*Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente artículo o del Convenio de Berna*”.

¹⁴⁶ Véase Sentencia Audiencia Provincial de Madrid Sección 28ª, núm. 103/2014, de 31 de Marzo de 2014, Universal Music Spain, S.L., Warner Music Spain, S.L., Sony BMG Music Entertainment Spain, S.A., EMI Music Spain, S.A. et PROMUSICAE v. Optisoft, S.L., Piolet Networks, S.L., M Punto 2 Punto Technologies, S.A. y Don PSB como administrador único de las dos primeras mercantiles. En los Fundamentos de Derecho, punto Séptimo, segundo párrafo, el Tribunal dice textualmente: “*No hay posibilidad, por lo tanto, de imputar a los demandados (en este caso operadores de redes P2P) la comisión de una infracción directa de derechos ajenos de propiedad intelectual, porque ni efectúan la puesta a disposición de las obras ni tampoco realizan acto alguno de reproducción de las mismas. No encajan, por lo tanto, en la condición de infractor que está prevista en los artículos 138 a 140 del TRLPI.*” En cuanto a las infracciones directas realizadas por los usuarios a través de las redes P2P, véase el primer intento legislativo al respecto en el Estado Español, TIRADO ESTRADA, J.J. “Consideración Crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos Constitucionales y Aplicación Práctica.”, en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 557-573. GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, Bercal, Madrid, 2011, p. 72-74. Según estos dos autores, la primera medida, aunque algo modesta, que adoptó España fue la Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la Ley de Economía Sostenible (también conocida como Ley Sinde), para intentar proteger a los titulares de contenidos, aunque siguió sin solventar el problema del intercambio de contenidos con derechos de autor a través de las redes P2P. Por tanto, no sirvió para otorgar una tutela judicial efectiva a los titulares de derechos de autor, ya que el intercambio de archivos en redes P2P es un ilícito civil de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual española, lo que genera una obligación de reparar el daño causado por el intercambio no autorizado.

¹⁴⁷ En este sentido, GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 250-251. En similares términos, PEGUERA POCH, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 159-160. En el mismo sentido, PLAZA PENADÉS, J., “La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 401. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid .18, 2004, p. 40. Este último autor, además, añade que se les debería acusar de enriquecimiento injusto por competencia desleal. En el Estado Español (artículo 13 de la Ley 24/2002, de 11 de Julio, de los Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico o LSSI), los criterios de atribución de responsabilidad continúan siendo los del régimen general, artículo 1902 y ss. del Código Civil. La simple falta de haber obtenido los requisitos para cumplir la exención no implica que al PSSI de Intermediación en cuestión se le pueda atribuir directamente ninguna responsabilidad. Por el contrario, será necesario que existan todas y cada una de las condiciones que marca el régimen general para establecer la imputación de responsabilidad. Por otro lado, en la Unión Europea tampoco se le otorga al

queda cubierta por las limitaciones si se trata de EE.UU. o de las exenciones si nos referimos a la Unión Europea de responsabilidad que analizaremos en el próximo Capítulo y los operadores de redes P2P, es decir, aquellos que desean explotar los protocolos de redes P2P para que se los descarguen los usuarios para intercambiar obras, incluyendo aquellas protegidas y obtener beneficio económico por el tráfico creado a través de los ingresos por publicidad, los cuales, según estos autores, deberían estar sujetos a los criterios de imputación de responsabilidad del régimen general del Código Civil. Aunque nosotros también creemos que existen notables diferencias entre ambos modelos de negocio, no compartimos completamente la opinión de estos autores. En nuestra opinión y tal como confirman las sentencias analizadas del TJUE en el punto 9. de este trabajo, por un lado, todos deben ser considerados prestadores de servicios de la sociedad de la información o PSSI de intermediación y, por otro, hay operadores de redes P2P que sí deben ser considerados responsables derivados o indirectos como colaboradores o inductores a que los usuarios cometan ilícitos, pero en la mayoría de los casos simplemente son empresas que desarrollan un tipo de tecnología concreta para que los usuarios puedan intercambiarse contenido que puede no estar sujeto a derechos de autor o que cubren aquellas obras o prestaciones que se intercambian en aplicaciones que utilizan protocolos de redes P2P pagando a los titulares de derechos de autor la correspondiente licencia.¹⁴⁸

3.1.2. Infracción Indirecta o Derivada: comparación del Derecho Europeo Continental con el Derecho Estadounidense del “Common Law”, incluido el caso concreto del Estado Español.

Tal como hemos dicho anteriormente, aquellos que reproducen y ponen a disposición del público posibles contenidos protegidos por derechos de autor de forma ilícita, en realidad son los usuarios y no los operadores de redes

PSSI de intermediación una exención general de cualquier tipo de responsabilidad, sino únicamente la derivada de los contenidos transmitidos, almacenados, hospedados o enlazados por sus usuarios.

¹⁴⁸ Véase por ejemplo, GOOGLE, “How Google Fights Piracy report” en *Google Public Policy Blog, Updates on Technology Policy Issues*, 17 Oct. 2014, disponible en <https://www.publicpolicy.googleblog.com/2014/10/continued-progress-on-fighting-piracy.html> últ. vis. 11/Oct/2016. En la fecha de publicación de este informe, Google informó que a través de su servicio llamado “Content ID” en el que los titulares de derechos pueden identificar sus canciones o videos subidos a *YouTube* por usuarios, y optar, o bien, por eliminar el contenido afectado (por ejemplo, si un usuario crea un video propio que utiliza una música con derechos de autor y el titular de derechos desea que su música sea eliminada, el video se mantiene en *YouTube* pero se elimina la parte sonora), o bien, por cobrar la licencia correspondiente por el uso y disfrute de la obra. A través de este sistema, Google ha llegado recientemente a la cifra de mil millones de Dólares Estadounidenses (“one billion” en Inglés) en concepto de pago de licencia por obras con derechos de autor. Además, en su informe Google destaca que a pesar de que intentan ayudar a los titulares de derechos, su objetivo también es luchar contra notificaciones de retirada preparadas con la intención de censurar a los usuarios y bloquear el acceso a contenido cultural libre de derechos de autor.

P2P. Por lo tanto, los que cometen la presunta conducta de infracción directa de derechos son los usuarios. Por ello, desde el punto de vista de responsabilidad civil extracontractual, la conducta de los PSSI de intermediación, ya sean los que ofrecen servicios de acceso, “hosting” o “linking”, así como los operadores de los sistemas de intercambio de redes P2P, como máximo puede ser acusados de una colaboración, una inducción o una actividad cómplice de la infracción, por tanto su presunta responsabilidad derivaría de las infracciones que realizan los usuarios de los derechos de autor de otras partes¹⁴⁹.

La Unión Europea no incluye en su Directiva 2001/29/CE sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información ninguna provisión que incluya estos conceptos, aunque la mayor parte de los Estados miembro tienen en sus legislaciones estatales normas que imputan responsabilidad civil a aquellos que animan, ayudan o se benefician de las actuaciones ilícitas de otros en condiciones específicas. En relación a los derechos de autor, se han desarrollado normativas de “complicidad”, como en los casos de Francia, Dinamarca, Holanda o Alemania, o de “responsabilidad colaboradora”, como en el Reino Unido o Noruega. De forma general, estas teorías requieren al demandante que demuestre: a) una actuación ilícita del infractor directo, b) algún tipo de ayuda por parte del acusado para que el infractor directo cometa el ilícito, y que c) el acusado tenga conocimiento sobre, o razones de conocer, la existencia de la actuación ilícita. Por tanto, cuando existe “responsabilidad civil extracontractual subsidiaria” por las actuaciones de los usuarios o el equivalente estadounidense de “*vicarious liability*”, siguiendo la tradición Romana del Derecho Continental o “*Roman tradition*”, una persona es responsable por las actuaciones de otra cuando posee autoridad o responsabilidad sobre ella, aunque, la tradición Germánica o “*Germanic tradition*” no acepta tal responsabilidad si no existe la voluntad de cometer la falta.¹⁵⁰

El argumento que utilizan las empresas tecnológicas que desarrollan protocolos de redes P2P para defenderse de que no deben responder por las infracciones que tienen lugar por el uso de las mismas es que ellos se limitan a poner una nueva tecnología en el mercado y es responsabilidad de los usuarios el uso que hagan de ella. De hecho, esta tecnología es muy útil para intercambiar de forma eficiente ficheros que contienen información, fotos o

¹⁴⁹ En este sentido, GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p. 252. En similares términos, PEGUERA, M., “Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 42, ed. Bercal, Madrid, 2012, pp. 33-34

¹⁵⁰ Véase MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 50 -55. También, en el mismo sentido, GILIKER, P., *Vicarious Liability in Tort, A Comparative Perspective*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 21-26.

videos personales, usos lícitos de obras o prestaciones con derechos, obras del dominio público, etc. En la medida en que un usuario podría utilizar esta tecnología sin violar los derechos de autor, es decir, para usos lícitos, estaríamos ante una responsabilidad exclusiva del usuario si abusa de ella para intercambiar archivos protegidos por los derechos de autor sin que se haya efectuado el pago de la oportuna licencia.¹⁵¹ Esto es lo acaecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 28ª, núm. 103/2014, de 31 de Marzo de 2014, Universal Music Spain, S.L., Warner Music Spain, S.L., Sony BMG Music Entertainment Spain, S.A., EMI Music Spain, S.A. et PROMUSICAE v. Optisoft, S.L., Piolet Networks, S.L., M Punto 2 Punto Technologies, S.A. y Don Pablo Soto como administrador único de las dos primeras mercantiles, donde el Tribunal reconoce que en ningún momento se puede reprochar a los demandados que “induzcan” a la infracción ya que se ha demostrado que los programas y páginas web donde se comercializan los programas P2P prevén avisos a los usuarios sobre la necesidad de respetar los derechos de propiedad intelectual. Además, afirma el Tribunal, la relevancia de estos avisos es la adecuada, con una advertencia previa, que remite a un texto bajo epígrafe en negrilla y subrayado, otra mención al respecto en el acuerdo de licencia del programa, e incluso reiteraciones posteriores del aviso, en términos suficientemente claros para cualquier usuario de productos tecnológicos.¹⁵²

En el Estado español el problema fundamental que se plantea a la hora de enjuiciar la conducta de los PSSI de Intermediación desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad civil es que no son ellos los que llevan a cabo directamente las conductas infractoras del uso de los protocolos de redes P2P sino los usuarios. En el ámbito penal, sabemos que cuando existe un hecho ilícito que constituye delito o falta, es el juez penal el encargado de atribuir la cuota de responsabilidad civil que corresponde a cada uno de los coautores o cómplices, aparte de su responsabilidad penal (art. 116.1 del Código Penal). Responsabilidad ésta de autores y cómplices que será solidaria entre los autores y subsidiaria entre éstos y los cómplices (art. 116.2 Código Penal). En el Estado Español las normas civiles no tienen un sistema tan claro como el Derecho Penal cuando es necesario imputar responsabilidad a determinados sujetos si existe colaboración entre varios para cometer una

¹⁵¹ En este sentido véase GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid, p.18, 2004. En similares términos, YAGAN, S., Testimonio ante el “*Senate Committee for the Judiciary*”, 28 de Septiembre, 2006, disponible en http://judiciary.senate.gov/testimony-cfm?id=1624&wit_id=4689 Últ. vis. 12/Ene/2015

¹⁵² Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 28ª, núm. 103/2014, de 31 de Marzo de 2014, Universal Music Spain, S.L., Warner Music Spain, S.L., Sony BMG Music Entertainment Spain, S.A., EMI Music Spain, S.A. et PROMUSICAE v. Optisoft, S.L., Piolet Networks, S.L., M Punto 2 Punto Technologies, S.A. y Don PSB como administrador único de las dos primeras mercantiles. En los Fundamentos de Derecho, punto Décimo, sexto párrafo.

infracción que se sustancia en un único hecho causal¹⁵³. La siguiente cita explica con precisión esta distinción entre pluralidad de causantes del daño y unidad de la causa:

“Por tanto, hay que decidir si es posible o no una individualización del comportamiento causante del daño. Si cabe individualizar los comportamientos y separarlos, nos encontramos en presencia de una hipótesis de concurrencia de causas, y la responsabilidad debe distribuirse entre cada una de las personas a quienes sean imputables dichas causas. Habrá, por tanto, fragmentación de la obligación. En cambio, si no es posible llevar a cabo dicha individualización y el hecho dañoso es una acción conjunta, formada por la cooperación de varios

¹⁵³ Véase en estos términos MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en Revista de la Propiedad Intelectual, núm. 13, Bercal, Madrid, 2003, pp. 25-26. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares contra las redes “peer-to-peer”, op. cit., p.39. RUZ, F, “Kazaa y el fin de la revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, ed. Bercal, Madrid, 2005, p.158-163. DE LA FUENTE, M., et VIANA, C., “Intercambio de Archivos y Vulneración de Derechos de Autor” en Editores BOIX, A., et LÓPEZ, G., *La Autoría en la Era Digital: Industria Cultural y Medios de Comunicación*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 335-340. HERNÁNDEZ, M., “El Régimen Jurídico de las Descargas” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 257. BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 271-272. En España, es lógico no tener éxito interponiendo demandas por la vía penal contra usuarios finales, ya que de acuerdo con la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 5 de Mayo de 2006, al no actuar los usuarios a escala comercial, no se da el ánimo de lucro y, por lo tanto, no existe delito. La Fiscalía resalta en su circular la interpretación del Tribunal Supremo: “*Por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente”. En el caso de sistemas P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener obras sin coste en un sistema telemático de intercambios*”, disponible en http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf. últ. vis. 4/Abr/2013. La Fiscalía del Estado Español considera que no es ni posible ni efectiva una criminalización generalizada de la sociedad, sin perjuicio de que el intercambio de ficheros en redes P2P constituyan un ilícito civil, frente al que los titulares de derechos de propiedad intelectual podrían ejercitar las correspondientes acciones por dicha vía. A principios de la primera década del siglo XX, han sido muy escasas las ocasiones en que los órganos judiciales civiles españoles se han pronunciado sobre la problemática jurídica de las descargas de contenido a través de redes P2P sin la autorización de los titulares de derechos o la correspondiente licencia, siendo más frecuentes las resoluciones de los órganos penales. No es de extrañar que los titulares de derechos utilizaran esta vía por el redactado del artículo 270.1 del Código Penal que dice textualmente: “*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra (...) sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios*”. Sin embargo, con carácter general, las resoluciones penales han concluido que este tipo de actuaciones por parte de los usuarios no supone un hecho delictivo. Para un análisis detallado de sentencias en el Estado Español en ambos ámbitos consultar el artículo del autor de la siguiente nota.

comportamientos, será ella la causa única del daño producido y existirá solidaridad entre los actores de tal acción.”¹⁵⁴

Por lo tanto, al existir una causa única del daño producido (si es que realmente se pudiese demostrar que el intercambio de contenido con derechos de autor a través de las redes P2P para uso privado daña a los titulares de derechos), no cabe llevar a cabo una separación o individualización del daño entre los distintos agentes causantes del daño. Otro tema es que legislativamente el PSSI de intermediación goce de exención de responsabilidad si actúa de acuerdo a la ley. Por lo tanto, un titular de derechos podrá solicitar por la vía civil medidas de cesación específicas contra los PSSI de intermediación que utilicen los usuarios de la Red para infringir derechos y cometer ilícitos civiles, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan por sí mismos una infracción.¹⁵⁵

Hasta el año 2014, la Ley de Propiedad Intelectual en España no contemplaba la responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios (como en EE.UU.: “*contributory*” o “*vicarious liability*” infra 5.1.2.), es decir, no era posible considerar a las personas que colaboran, permiten, se benefician económicamente o inducen (para utilizar el término con la misma raíz que “*inducement*” de la sentencia del “*Supreme Court*” en el caso *Grokster* infra 8.1.2.a)) que un tercero lleve a cabo un uso ilícito de derechos de autor, como responsable de la infracción.

Sin embargo, en el año 2014, los legisladores del Estado español han creído oportuno dotar al sistema jurídico de derechos de autor y derechos afines de una norma específica para regular actos concretos contra estos derechos relativos a la posible responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios, asemejándose, por tanto, a las tres doctrinas de “*contributory, vicarious y inducement liability*” que ha elaborado de forma cuidadosa la jurisprudencia estadounidense del “*common law*”, ocupándose de fijar con precisión su alcance, condiciones y requisitos siempre en atención al caso concreto objeto de examen, y que trataremos ampliamente más adelante. La norma en cuestión en el Estado español es el nuevo párrafo segundo del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 21/2014 de 4 de Noviembre, que dice textualmente:

“Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma,

¹⁵⁴ Vease DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II., Las Relaciones Obligatorias, 6ª ed., ed. Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, Julio 2008, p. 622.

¹⁵⁵ En este sentido véase BARBERÁN, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 71. En similares términos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 2ª edición., ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 199. Este último autor destaca, en relación a la legislación del Estado Español, que el daño debe ser probado por el demandante que es el encargado de probar la certeza de los hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 24/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”.

Por lo tanto, en el caso que se diese un caso como el planteado, en el Estado español, ya sí que sería posible acusar de responsabilidad civil extracontractual indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios a un PSSI, del mismo modo que es posible en los EE.UU.¹⁵⁶.

3.2. El Marco Jurídico del Proceso Técnico de Intercambiar Ficheros.

Las distintas fases del intercambio de ficheros entre los usuarios de la Red son un proceso técnico por medio del cual, cualquier persona que disponga de un ordenador con conexión a Internet puede realizar una serie de actos de explotación de obras que

¹⁵⁶ En este sentido véase PEGUERA, M., “Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 42, ed. Bercal, Madrid, 2012, pp. 31-84. Precisamente este autor realizaba esta recomendación de cambio de “*lege ferenda*” como conclusión en su artículo publicado un año y medio antes de la modificación legislativa introducida en el Estado Español. Debemos resaltar que España implementó en su legislación los artículos 14 a 17 de exención de responsabilidad en la Ley 24/2002, de 11 de Julio, de los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, siguiendo el modelo estadounidense, es decir, incluyendo la exención de responsabilidad en la provisión de enlaces (“*linking*”) o de instrumentos de búsqueda. Véase infra 7.3. para el análisis de la diferencia de legislativa entre los EE.UU. y la Unión Europea, aunque, de hecho, la Unión Europea también mantiene la exención de responsabilidad para los PSSI de intermediación si su actividad se mantiene neutral a la hora de interferir en el contenido transferido entre usuarios. En cuanto al nuevo párrafo segundo del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 21/2014 de 31 de Marzo, podemos utilizar un ejemplo que utiliza el autor en su artículo. En el caso en sede Civil de la página web www.indice-web.com, el Juez de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 7 de julio de 2011, hace una interpretación restrictiva del derecho de comunicación pública (artículo 20 TRLPI), aunque en ese momento no tiene otra opción que juzgar como lo hace, ya que sólo puede basarse en la legislación existente, es decir, la disposición final 43ª de la Ley de Economía Sostenible (Ley Sinde), que no solucionaba este supuesto, ya que sólo podía involucrar al PSSI de intermediación si la página web alojaba el contenido vulnerador de derechos de autor. En realidad esta página sólo tiene índices y el contenido está depositado en los ordenadores de los usuarios finales que utilizan los protocolos tecnológicos P2P para compartirlos directamente entre ellos. Es evidente que la página web enjuiciada allanaba totalmente el camino a cualquier usuario para cometer el ilícito. En cambio, con la interpretación restrictiva que realizó el Juez civil del derecho de comunicación pública, no le imputaba ningún tipo de responsabilidad. En otras palabras, el objetivo de la página web www.indice-web.com era inducir a los usuarios a cometer ilícitos. Ahora con la nueva ley, inducir a un tercero a cometer un ilícito sí que está contemplado en la legislación española, tal como también lo está en la estadounidense (infra 8.1.2.a)). Véase el Auto nº 589/2010-2ª de AP Barcelona, Sección 15ª, en sede Civil, 7 de Julio de 2011, está disponible en Westlaw AC\2011\1505. Caso SGAE vs. www.indice-web.com.

le permiten a una pluralidad de personas tener acceso a ellas a distancia, ya sean obras o prestaciones protegidas con derechos de autor o no. En primer lugar, este proceso empieza con el inicio de la operación que representa la incorporación a otro soporte de la obra o prestación. Es el acto promotor que afecta al derecho de reproducción o acto previo a la subida a la Red de la obra. Básicamente una obra o prestación puede conseguirse de tres formas distintas: a) mediante la grabación de la obra en una sala donde ésta se comunica y su posterior reproducción en el disco duro de un dispositivo o de un ordenador con acceso a Internet, b) mediante la grabación de la obra o prestación directamente de la televisión o de cualquier otro medio de difusión y su posterior reproducción en el disco duro de un ordenador o de un dispositivo con acceso a Internet, y c) mediante el copiado desde un CD o un DVD en el que la obra se encuentra grabada y su posterior reproducción en el disco duro de un ordenador con acceso a la Red. Este acto que afecta al derecho de distribución o de puesta a disposición en línea y que precisa la autorización del titular legítimo que ostenta los derechos de autor, únicamente sería lícito en el caso de que se haya comprado legalmente el DVD o CD mencionado en el apartado c) o con la autorización del titular legítimo en el caso de los otros dos apartados, por ejemplo, bajo el pago de la oportuna licencia, ya que la copia realizada en el ordenador cumpliría el requisito de estar amparada por el límite de copia privada. Si este acto se realiza sin la autorización del titular legítimo de derechos de autor, este proceso sería ilícito. En segundo lugar, existe el proceso de subir a la Red el contenido mencionado a través de un protocolo P2P, haciendo accesible el contenido a los restantes usuarios, que tienen instalado el mismo protocolo P2P y conectados a Internet, directamente de la carpeta informática que suele denominarse “*elementos compartidos*” y que suele estar situada en el disco duro del usuario que realiza el proceso de subida a la Red (“*uploading*”). Es el acto de comunicación pública que también precisa autorización del autor o de los titulares de derechos en el caso de que estos existan. Por último, se completa el proceso con la bajada de las obras o prestaciones de la Red al usuario que desea el fichero que se intercambia (“*downloading*”) afectando al derecho de comunicación pública. En esta fase existen dos conductas que pueden ser ilícitas: la propia bajada de la Red con la reproducción de la obra en el disco duro del usuario y la nueva puesta a disposición en línea a otros usuarios desde la carpeta de “*elementos compartidos*”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Véase en este sentido, DE LA FUENTE, M., et VIANA, C., “Intercambio de Archivos y Vulneración de Derechos de Autor” en Editores BOIX, A., et LÓPEZ, G., *La Autoría en la Era Digital: Industria Cultural y Medios de Comunicación*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 335-343. En similares términos, SUÁREZ LOZANO, J.A., “El Marco Jurídico del Intercambio de Ficheros Conteniendo Obras Protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual” en Coordinador O’CALLAGHAN, X., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 192-195. LOPEZ MAZA, S., *Limites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 330-332. BARBERÁN, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 74-79.

4. Las Modalidades de Sistemas por los que se Pueden Vulnerar Derechos de Autor y Conexos en el Ámbito Digital.

Antes de entrar en el análisis de los marcos normativos y la jurisprudencia relacionada con este trabajo, creemos oportuno describir los distintos sistemas de intercambio de contenido que existen en la Red, con los cuales se puede o no vulnerar derechos de autor y conexos en el ámbito digital. Vamos a tratar de analizar de forma comprensible la evolución de las distintas modalidades ya conocidas que pueden causar un mayor perjuicio a los titulares legítimos de derechos de contenido si sus obras son utilizadas sin el consentimiento de los titulares de derechos, no se han licenciado correctamente, o no están cubiertas por una de las múltiples excepciones existentes en ambos modelos jurídicos, el continental y el anglosajón.

4.1. Los Sistemas de Descarga Directa de Archivos o “Downloading”, también conocidas como “Cyberlockers” de Descarga Directa.

Este tipo de modalidad consiste en la obtención de copias de los contenidos a los que se accede a través de Internet mediante la descarga directa (“*direct downloading*”) que se realiza sin necesidad de contar con un programa informático específico. Sólo se requiere un navegador y un ancho de banda o “*bandwidth*”¹⁵⁸ (también conocido como alta velocidad) lo suficientemente potente para descargar a altas velocidades el contenido de la Red. Estos contenidos están en los servidores de los conocidos “*Cyberlockers*” que son empresas que almacenan ficheros en sus potentes servidores permitiendo a sus usuarios compartirlos con otros usuarios normalmente a través del uso de una clave de acceso¹⁵⁹. La capacidad del ancho de banda es especialmente importante para descargar películas, comparado con la copia de un texto o de un simple fonograma. Éste constituye un acto de reproducción que requiere la autorización del titular de los correspondientes derechos de autor y conexos, tanto si el

¹⁵⁸ Véase GARROTE, I., *El Derecho de Autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2001, p. 8. El autor define el ancho de banda como la máxima capacidad que tiene un dispositivo para transmitir información por unidad de tiempo.

¹⁵⁹ En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp. 368-369. En similares términos, U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, p. 57, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> últ. vis. 15/Oct/2016. Al contrario que con BitTorrent cuyo uso puede ser rastreado por herramientas de vigilancia automatizadas, los “*cyberlockers*” son extremadamente difíciles de rastrear porque utilizan una conectividad de un usuario directamente con otro. Por ello, no pueden ser rastreados directamente y los titulares de derechos necesitan añadir un paso adicional para localizarlos a través de otros sitios web o agregadores. En el mismo sentido, Definición del Concepto de “*cyberlocker*”, disponible en www.netforbeginners.about.com/od/internet101/f/What-Is-A-Cyberlocker.htm Últ. vis. 9/Abril/2016.

fichero de contenido obtenido se guarda en un soporte digital tangible (CD, DVD, dispositivo USB, etc.), como intangible (memoria del disco duro del ordenador del usuario) o papel.¹⁶⁰

En los “*Cyberlockers*” de descarga directa, el contenido se encuentra normalmente almacenado en servidores de alta capacidad conectados a la Red. En estos servidores el usuario puede iniciar la descarga del archivo con el contenido que ha escogido, o bien de modo gratuito, lo que supone una descarga más lenta, o bien de modo Premium, si se trata de un usuario registrado de pago, con lo que la descarga será más rápida. Desde el cierre forzado de Megaupload.com¹⁶¹ en el año 2012, los “*cyberlockers*” han tenido muy mala prensa, a pesar de que muchos realizan actividades totalmente lícitas. Actualmente los más conocidos son Dropbox, Mediafire, Rapidshare.com, MegaVideo, y HotFile, entre otros.¹⁶²

En cuanto a los modelos de negocio que pueden vulnerar derechos de autor, distinguiremos entre “*Cyberlockers*” de descarga directa que controlan directamente sus servidores y las páginas web que prestan el servicio de conducirte a los “*Cyberlockers*” de descarga directa anteriores. Los primeros se centran en obtener beneficios a través de la publicidad que aparece en pantalla cuando un usuario se conecta, aunque centran mayor énfasis en motivar a los mismos a convertirse en clientes de pago “*premium*” que ofrece la descarga de contenido de forma simple y rápida. Los segundos también obtienen ingresos por publicidad y mantienen contratos como afiliados con los “*Cyberlockers*” siendo remunerados cuando un usuario se convierte en cliente “*premium*” de los mismos.¹⁶³

¹⁶⁰ En este sentido, BAYLINA MELÉ, M., “La Explotación Directa de Obras y Prestaciones Protegidas en Redes Digitales” en AA.VV., *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, col. Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, vol. III, ed. Universidad Ramón Llull, 2007, pp. 59-60. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”, TTFL Working Paper No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 135.

¹⁶¹ El propietario de Megaupload ingresó en prisión en los EE.UU. en Enero del año 2012, después de ser extraditado desde Nueva Zelanda, ya que aunque la entidad legal o empresa que explotaba el dominio estaba situado en Hong Kong, tenía el servidor del mismo en el Estado de Virginia. Esto permitió a los EE.UU. procesar y condenar al Sr. Kim Dotcom y otros colaboradores relacionados con el dominio. La acusación penal especificaba que las empresas habían generado 175 millones de Dólares estadounidenses de rendimientos económicos y habían causado más de 500 millones de Dólares estadounidenses de daños y perjuicios potenciales a los titulares de derechos. Megaupload Indictment, Case No. 12-cr-00003-LO, Doc. 34 (F.D. Va. 16 Feb, 2012) disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/documents/megaupload-indictment.pdf>. últ. vis. 26/May/2013. Luego volvió a estar libre y creó un nuevo servidor de gran capacidad llamado Mega en el año 2013, que también ofrece servicios de “nube” o de “*cloud*”.

¹⁶² Véase WIKIPEDIA “File hosting service” disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/File_hosting_service, últ. vis. 27 Abril, 2016.

¹⁶³ Véase en estos términos PRICE, D., “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 7, disponible en <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, , Últ. vis. 20 Abril 2016.

Sin duda, el concepto de situar contenido en la “nube” no es nuevo sino una tecnología bien conocida. Por ejemplo, en el sector privado, empresas como Google llevan muchos años ofreciendo a sus usuarios la posibilidad de guardar varios gigabytes de archivos personales y que sean accesibles a través de cualquiera de sus dispositivos que se conecte a la Red. También ofrecen este servicio Windows con sus conocidas campañas publicitarias “To the Cloud!” y el iCloud de Apple introducido en el mercado en el año 2011. Empresas del sector de las tecnologías de la información como el gigante Cisco opina que las “nubes” tienen más que ver con cómo estamos transformando la forma en que gestionamos la cultura que en sí los propios cambios tecnológicos. Además, no tienen dudas de que los mejor posicionados para obtener rendimiento de este cambio cultural son los intermediarios de la Red que tienen más experiencia comparado con otro tipo de empresas para cubrir posibles necesidades de sus clientes.¹⁶⁴

4.2. Los Sistemas de Visionado Directo de Archivos o “Streaming”, también conocidos como “Cyberlockers” de Visionado Directo.

Este sistema es igual al de descarga directa excepto que el contenido situado en los servidores de la Red, únicamente pueden ser visionados, en principio, en la pantalla o escucharse en caso de ser un fonograma, en el momento, directamente desde Internet, sin que pueda realizarse un acto de copiado o de reproducción por parte del usuario que ha accedido a ellos. Es decir, puedes escuchar la canción o ver la película, pero al terminar, no se tiene un archivo guardado en soporte tangible o intangible para poder volver a escuchar la canción o ver la película otro día. Para ello, sería necesario volver a conectarse a Internet. Sin embargo, no debemos olvidar que a causa del funcionamiento de Internet, sí que se realizan copias temporales de la información transmitida tanto para los fonogramas como para las películas visionadas. Los servicios de “streaming” son lícitos ya que son empresas que si ponen a disposición del público contenidos protegidos, sus titulares de derechos ya han recibido una compensación económica a través de las correspondientes licencias acordadas. Otro tema serían los posibles actos de “streaming” ilícitos.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Véase COOKE, J., “The Shift to Cloud Computing: Forget the Technology, It’s About Economics” en *Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG)*, Diciembre 2010, www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/povShift_to_Cloud_Computin_POV_IBSG.pdf Últ. vis. 18 Abril 2016.

¹⁶⁵ En este sentido, BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 161. En similares términos, LEDESMA, J., *Piratería Digital en la Propiedad Intelectual*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 45. U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Green Paper Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, pp. 12-13, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> últ. vis. 15/Oct/2016.

Los modelos de negocio que pueden vulnerar derechos de autor a través de esta modalidad de visionado son los “Cyberlockers” de alojamiento para el visionado directo de videos y las páginas web de visionado directo de videos que te conectan a estos “Cyberlockers”. Los primeros obtienen beneficios a través de publicidad y de obtener clientes “*premium*” de pago que obtienen un servicio más rápido, sin la molestia de la publicidad, así como la posibilidad de realizar la descarga directa de los contenidos deseados. Además recompensan económicamente a los que permiten copiar contenido buscado por otros usuarios y a aquellos que persuaden a otros a hacerse miembros “*premium*”. Los segundos obtienen ingresos de la publicidad, por subir contenido a “*cyberlockers*” y por conseguir clientes “*premium*” para los mismos. En algunas ocasiones incluyen publicidad para hacer creer a los usuarios que el contenido que están visionando es de uso legítimo y de acceso gratuito, aunque en realidad no sea cierto.¹⁶⁶

Gracias a los sistemas de “*streaming*” lícitos, los ingresos de la industria discográfica a nivel mundial registraron en el año 2015 los mejores resultados en los últimos veinte años, con un aumento del 3,2% comparado con el año anterior, superando por primera vez los ingresos digitales, 45% del total, a las ventas físicas, 39% del total. El restante 16% de la recaudación anual total corresponde a ingresos por actuaciones de los cantantes. El significativo aumento se debe a los ingresos derivados de las plataformas que ofrecen el servicio de “*streaming*”, que aumentaron en 2015 hasta un 45,2% y reportaron 2.900 millones de dólares (aproximadamente 2.535 millones de Euros). Plataformas que ofrecen estos servicios, como por ejemplo Spotify, representan el 43% del total de ventas de música digital y se encuentran a tan solo dos puntos de superar a las descargas como el principal proveedor de beneficios del sector. Por ejemplo, a los usuarios finales que se suscriben a Spotify y pagan la cuota correspondiente, se les permite descargar copias temporales del contenido y reproducirlas localmente en varios ordenadores o terminales móviles mientras se conserve la suscripción al servicio de pago correspondiente.¹⁶⁷

El 5 de Junio de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (TJUE) estableció que acceder a contenido que vulnera derechos de autor a través de una plataforma de “*streaming*” es un acto legal por parte del usuario final en los

¹⁶⁶ Véase PRICE, D. , “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 7, disponible en <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, Últ. vis. 20 Abril 2016. Este autor ha realizado los estudios patrocinado por las asociaciones de titulares de derechos, aunque queremos ser cautelosos con la información que contienen, hemos considerado que es interesante resaltar ciertos aspectos de sus estudios en este trabajo para entender mejor la controversia que existe.

¹⁶⁷ En este sentido, véase IFPI, “*IFPI Global Music Report 2016*”, en. www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2016. Últ. vis. 14/Abril/2017. En similares términos, BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 161-162. Esto será posible siempre que se tenga la versión “*premium*” de la suscripción. La básica únicamente permite una reproducción adicional en un segundo dispositivo que se corresponde con la excepción por límite de copia privada.

Países Miembros de la Unión siempre que se realice “*online*” o conectado a la Red, ya que no se está realizando una copia del contenido con la intención de guardarla. En otras palabras, el usuario final no está haciendo ninguna infracción por visionarlo. Evidentemente, otro tema muy distinto sería la responsabilidad de los propietarios de las páginas web desde donde el usuario final ha tenido acceso a ver el contenido que presuntamente vulnera derechos de autor. En concreto el texto de la sentencia dice:

*“El Artículo 5 de la Directiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de Mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información deben ser interpretados en el sentido de que las copias en la pantalla del dispositivo del usuario y las copias ‘caché’ que hace Internet en el disco duro del ordenador realizados por un usuario final en el proceso de mirar una página web, satisface las condiciones de que esas copias son temporales, que han de ser transitorias u ocasionales por naturaleza y que deben ser una parte integral y esencial en el proceso tecnológico, así como las condiciones especificadas en el Artículo 5(5) de esa Directiva, por la que puede hacerse sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor”*¹⁶⁸

4.3. Los Sistemas de Intercambio de Archivos Entre Usuarios a Través de las Redes “Peer-to-Peer” (P2P) y su Evolución

El primer lugar donde se desarrolló tecnología informática que evitaba la necesidad de un servidor fijo para distribuir contenidos que podían o no vulnerar derechos de autor en Internet fue en Los Estados Unidos¹⁶⁹. Sin embargo, los protocolos de las redes P2P han conseguido un alcance ilimitado a cientos de usuarios que tienen estos protocolos instalados en sus dispositivos con una total

¹⁶⁸ Véase la Sentencia del TJUE de fecha 5 de Junio de 2014 en el caso procedente del Tribunal Supremo del Reino Unido C-360/13: Public Relations Consultants Association Ltd. v. Newspaper Licensing Agency Ltd and Others en www.curia.europa.eu/juris/document/documents.jsf?text=&docid=153302&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=399092 Últ. vis. 15/Abr/2016. Resulta interesante resaltar la diferencia de enfoque con los EE.UU. donde el proyecto de Ley “*Protect Intellectual Property Act*” o “*PIPA*” que no fue aprobada por el Congreso (infra 8.3.1.) por una contundente oposición popular incluía el artículo 201 que convertía en un delito grave (es decir, dentro del ámbito penal) el “*streaming*” por Internet. En similares términos, EGGERTON, J., “AG Holder: Justice Should Be Able to Go After Some Illegal Streaming as Felony” en *Broadcasting & Cable*, 15 Mayo, 2013, disponible en: http://www.broadcastingcable.com/article/493524-AG_Holder_Justice_Should_Be_Able_to_Go_After_Some_Illegal_Streaming_as_Felony.php últ vis. 10/Abr/2016. Actualmente, en los EE.UU. al “*streaming*” se le sigue considerando una infracción o delito menor (o “*misdeemeanor*”), mientras, como hemos dicho, en la Unión Europea no lo es.

¹⁶⁹ Véase en este sentido GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 221, En similares términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 119-120.

ausencia de límites temporales y territoriales¹⁷⁰. En caso de existir vulneraciones de derechos de autor, éstos prescriben con prontitud por ser de poca entidad, y los rastros y las pistas técnicas se desvanecen enseguida. También es importante entender que los PSSI de Intermediación no albergan nunca en sus servidores el contenido que intercambian los usuarios entre sí a través de las redes P2P por lo que no se les puede acusar de responsabilidad extracontractual por infracción directa, o “*direct copyright infringement*” en el caso de las legislaciones del “*common law*”, por presunta vulneración de derechos de autor como en el caso de los “*Cyberlockers*” de descarga directa expuestos anteriormente. Técnicamente estas redes no tienen clientes ni servidores fijos y funcionan a través de una red de nodos u ordenadores que tienen un protocolo P2P instalado que se comportan simultáneamente como clientes y como servidores respecto de los demás nodos u ordenadores de la Red, en oposición a la arquitectura cliente-servidor que, por ejemplo tiene la “*www*”. Este sistema genera que usuarios de todo el mundo puedan intercambiar entre sí millones de ficheros que pueden contener obras o prestaciones protegidas por derechos de autor. El autor González de Alaiza dice textualmente:

*“La gran aportación de este software consistió en convertir a los clientes (usuarios) en servidores. En otras palabras, en una red P2P cada ordenador es simultáneamente servidor y cliente, es decir, todos los usuarios que instalan una aplicación P2P en sus ordenadores tienen acceso a las carpetas compartidas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado la misma aplicación. De esta forma, pueden realizar búsquedas en dichas carpetas ajenas y descargar desde ellas archivos. Es decir, frente al modelo anterior, en el que los datos fluían en una sola dirección (servidor-cliente), con el software P2P los datos se intercambian entre los propios usuarios (cliente-cliente).”*¹⁷¹

¹⁷⁰ En este sentido, VELASCO NUÑEZ, E., “Cuestiones Procesales Relativas a la Investigación de los Delitos Telemáticos” en AA.VV., *Delitos Contra y a Través de las Nuevas Tecnologías. ¿Cómo Reducir su Impunidad?*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 269-278. En similares términos, JERKER, D., et SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012, pp. 33-36.

¹⁷¹ Véase GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 27. En similares términos, GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p. 201. Los autores creen que el modelo de intercambio “cliente-cliente” era nuevo, cuando, en realidad, tal y como ya hemos dicho anteriormente (supra 1.2.), no es así. Sin embargo, es comprensible que estén confundidos ya que los jueces norteamericanos que han juzgado casos relacionados con los protocolos de las redes P2P que analizaremos más adelante, así como las propias autoridades gubernamentales estadounidenses de los derechos de autor también han interpretado que los programas “cliente-cliente” no existían antes de la aparición de Napster y cuando el NII revisó el tema de los derechos de autor en el ámbito digital en el año 1995. Véase en este sentido, U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Green Paper Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, p. 8, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> últ. vis. 15/Oct/2016

Sin embargo hay autores que no están de acuerdo en que esta innovadora tecnología cause únicamente efectos económicamente adversos a las industrias de contenidos ya que: a) cada descarga ilícita no debe ser contemplada necesariamente como una venta perdida, ya que a muchos clientes potenciales les gusta probar un producto antes de comprarlo; b) existen estudios que demuestran que usuarios que se descargan mucho contenido a través de protocolos P2P también son grandes consumidores de contenido comprado legalmente; c) grandes cantidades de descargas consisten en contenido que no está disponible de forma legal para ser adquirido por lo que no afecta a las ventas, d) existen dudas lógicas sobre la metodología utilizada en ciertos estudios realizados por las industrias de contenidos y la precisión de estos estudios. También es posible que ciertas empresas del sector de las industrias del entretenimiento no estén innovando lo suficiente para posicionarse adecuadamente en las necesidades del mercado actual.¹⁷²

Una primera característica esencial de las redes P2P es que los costes quedan repartidos entre todos los usuarios, ya que éstos son los que guardan los contenidos en sus propios soportes informáticos desde los cuales se conectan a la Red e intercambian ficheros. En resumen, los únicos costes reales para el usuario que utiliza una red P2P son el acceso a Internet y el equipo informático. Normalmente, el programa que permite el intercambio de ficheros se instala gratuitamente en el ordenador del usuario, a petición de éste, con el propósito de incentivar a que se conecten el mayor número de usuarios posible. El distribuidor del programa informático P2P obtiene las ganancias a través de la publicidad que inserta en las páginas web donde ofrece este programa gratuitamente. Cuanto mayor es el tamaño y mayor el número de visitantes, mayor es la remuneración que obtiene. Es evidente que puede incluir uno o varios “*banner*” (anuncios en línea) que son a su vez un enlace. Si nos interesa pinchamos en el *banner* y somos reconducidos a la página web del anunciante. En otras palabras, la página web es un portal de venta de productos y servicios que pone a disposición de los usuarios del programa la posible recompensa de descargarse obras o prestaciones personales u otras protegidas por derechos de autor sin coste alguno. Además, los anuncios de aparición súbita “*pop-up*” que aparecen como publicidad directa en pantalla mientras el usuario utiliza el

¹⁷² En este sentido, EDWARDS, L., et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, Ginebra, 18 Abril, 2005, p. 16, disponible en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> Últ. vis. 18/Jun/2015. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 220. LESSIG, L., *Code Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006, pp. 170-174. TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011 pp. xx-xxi. PIASENTIN, R.C., “Unlawful? Innovative? Unstoppable? A Comparative Analysis of the Potential Legal Liability Facing P2P End-Users in the United States, United Kingdom and Canada” en *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 14, No. 2, Oxford University Press, 2006, p. 195.

programa P2P están ajustados a los gustos personales del mismo, gracias a la inclusión de pequeños programas espía “spyware” y “adware”¹⁷³.

A continuación analizamos la evolución histórica de la expansión de los protocolos de redes “peer-to-peer” a escala global.

4.3.1. La Primera Generación: Las Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”) Centralizadas.

La primera generación de redes P2P fueron las que disponían de índices centralizados en un servidor único. En ellas, todos los intercambios de archivos se llevan a cabo entre usuarios por medio de este “índice centralizado” que indica el nombre de los archivos guardados y disponibles para ser transferidos desde los múltiples dispositivos individuales conectados a la Red de los usuarios. El primer caso que adquirió notoriedad mundial de este tipo de red “peer-to-peer” fue un programa de intercambio de archivos accesible desde la página web de *Napster* (www.napster.com), que ayudaba a los usuarios a través de unos índices a intercambiar de forma masiva archivos de música en formato comprimido mp3 que, además, podían almacenar en la memoria de sus dispositivos para volverlos a escuchar en otro momento.¹⁷⁴

a) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “OpenNap” (Napster).

Las oportunidades para innovar en ocasiones se presentan cuando se observa que otros tienen una necesidad y se empieza a pensar en posibles soluciones. Esta, sin duda, fue la oportunidad que tuvo Shawn Fanning de 19 años cuando pensó en la creación de la aplicación “peer-to-peer” OpenNap, que más tarde todos conoceríamos como *Napster*. Shawn Fanning era un joven estudiante y estaba muy molesto por las continuas visitas que recibía su nuevo compañero de habitación en el “*Kennedy Hall*” de la “*Northeastern University*” en Boston, Massachusetts. Su

¹⁷³ En este sentido, PEGUERA, M., “Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 42, ed. Bercal, Madrid, 2012, pp. 31-84. En similares términos, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 66. GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2010, p 282 y pp. 207-208 Para detectar este tipo de comportamientos y neutralizarlos se ha adoptado el enfoque “*Follow the Money*” tanto en los EE.UU. como en la Unión Europea (infra 8.3.4. y 9., respectivamente).

¹⁷⁴ Véase GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 221. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 31.

compañero y los amigos a los que les gustaba el mismo tipo de música, se copiaban las canciones de una especie de “rap oscuro” en sus respectivos ordenadores. Además, Shawn estaba harto de escuchar a su compañero quejarse continuamente de lo que le costaba encontrar y bajarse de Internet los ficheros comprimidos mp3 del extraño tipo de música que le gustaba. Fanning enseguida entendió el potencial de la tecnología “peer-to-peer” para solucionar este problema tan molesto, desarrollando un sencillo protocolo que creaba índices de los archivos musicales que podían ser revisados en un sólo servidor pero que contenía los índices de cientos de páginas web musicales agregadas. Una vez localizado el fichero, este sencillo protocolo o aplicación permitía, por tanto, al usuario descargarse de otros usuarios conectados a la Red que los tenían disponibles en sus propios dispositivos. Sin embargo, tal y como declararía años más tarde el propio Shawn Fanning:

“Desde un punto de vista intelectual, entendí que la solución que encontré para mi compañero de habitación y sus amigos a los que les gustaba el mismo tipo de música, podría también tener interés para otras personas, pero nunca imaginé que tendría un crecimiento tan explosivo y causase tanta excitación”.¹⁷⁵

Este programa con índice centralizado era el más rápido y eficiente sistema de búsqueda y distribución de música para los usuarios y el, hoy en día, difunto Napster fue en primera y segunda instancia judicialmente declarado en los EE.UU. responsable por dos tipos de responsabilidades indirectas o derivadas de las infracciones de los derechos de autor por parte de los usuarios, aunque de forma distinta por ambas instancias. La primera Consejera Delegada (“*Chief Executive Officer*” o CEO) de la empresa demandada, Sra. Eileen Richardson, que fue despedida el 24 de Mayo de 2000 después de la aparición del primer auto de la Corte del Distrito Norte de California, tuvo la oportunidad de negociar un acuerdo con la RIAA y evitar una lucha entre la industria tecnológica y la industria musical, pero, desafortunadamente perdió la oportunidad al hacer declaraciones poco afortunadas en el sentido de que la empresa seguiría adelante con o sin la industria musical. Por tanto, a la empresa Napster se la acusó de dos tipos de responsabilidades indirectas o derivadas de las infracciones de los usuarios, es decir, por un lado, de “*contributory infringement*”, ya que tenía conocimiento efectivo de los intercambios entre usuarios y además los hacía técnicamente posibles al ejercer un

¹⁷⁵ En este sentido véase SCHEWICH, B., *Internet Architecture and Innovation*, op. cit., p. 306 . En similares términos, HONAN, M., “Photo Essay: Unlikely Places where Wired Pioneers had their Eureka! Moments” en *WIRED*, 24 de Abril de 2008, disponible en <http://wired.com/2008/04/ff-eureka> últ. vis. 22/Abr/2016. BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 759-760. VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001, p. 179.

control de búsqueda para los usuarios sobre el servicio y, por otro, de “*vicarious infringement*” ya que Napster tenía capacidad de supervisión sobre la actividad y el interés financiero necesario para que fuese considerado como tal. Sin embargo, y debido a que las medidas cautelares consiguieron llevar a la empresa a la quiebra económica, el proceso judicial nunca llegó a su fin. Es más, finalmente, el Tribunal de Apelación emite un último auto que permite la re-apertura del servicio de Napster siempre y cuando cambie sus sistemas de filtrado de fonogramas con derechos de autor de las empresas demandantes y demuestre que sus sistemas centralizados no contienen ningún índice con un solo fonograma perteneciente a las demandantes, cosa que nunca hicieron ya que era un objetivo imposible de cumplir en la red P2P de Napster al tener los usuarios los ficheros en sus propios dispositivos y ser estos capaces de cambiar el nombre de los índices, con lo que Napster no los podía identificar y eliminar. La empresa después de conseguir impedir el acceso al 99,4% del total de fonogramas ilícitos pertenecientes a las partes demandantes y considerar el Tribunal este objetivo como insuficiente, implementa en Julio de 2001 un cierre técnico que culmina al año siguiente con un proceso consursal por falta de recursos económicos y por la división de su equipo directivo. Con anterioridad a la presentación de la quiebra, la parte demandante solicitó ampliar la medida cautelar de cierre preliminar a cierre definitivo. Sin embargo, en nuestra opinión, Napster debió presentar su caso ante el Tribunal Supremo de Los Estados Unidos amparándose en la limitación de responsabilidad del artículo 512(d) de la DMCA y en la doctrina del Tribunal Supremo del caso Sony v. Universal del año 1984 para evitar la acusación de “*contributory infringement*”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Véase en estos términos, McEVEDY, V., “The DMCA and the Ecommerce Directive” en *European Intellectual Property Review*, Vol. 24(2), 2002, pp. 68-69. En el mismo sentido, BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 770-782. REESE, A.R., “The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on Sony, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer” en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, issue 4, 2005, pp. 887-888, disponible en <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss4/7> Últ. vis. 21/Jun/2016. LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, pp. 954-955, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev Últ. vis. 15/Jun/2016. EDWARDS, Lilian, “Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights”, University of Strathclyde. p.16. www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf, Últ. vis. 20/Feb/2016. STRICKLAND, L.S. “Copyright’s Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? – Part I: The Battle over file Sharing” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 30, No. 1, Oct/Nov 2003. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *Revista de Propiedad Intelectual*, núm.18, septiembre-octubre 2004, p. 29-33. BENKLER, Y., op. cit. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, op. cit., pp. 419-420. El último autor opina que uno de los directivos de la empresa tecnológica hizo algunas declaraciones poco afortunadas que, tal vez, contribuyeran a que finalmente ésta fuese condenada por responsabilidad civil extracontractual indirecta.

El servicio de *Napster* funcionaba del siguiente modo. Un servidor central propiedad de la empresa Napster (www.napster.com) permitía a los usuarios localizar a través de un índice o directorio qué otros usuarios de la Red P2P tenían disponible la canción que estaban buscando e informaba si estaban en línea en ese momento para ser compartidos. Napster era simplemente un directorio, ya que ni creaba, ni copiaba ningún fichero musical en su sistema, es más, los ficheros ni siquiera atravesaban sus servidores. El “software” de Napster no podía detectar el título, el contenido o los intérpretes de una canción, así como tampoco podía saber de modo alguno si un fichero estaba protegido por derechos de autor o no.¹⁷⁷

También es interesante destacar que la empresa *Napster* intentó llegar a un acuerdo judicial con las demandantes ofreciendo en concepto de licencia mil millones de Dólares Estadounidenses. Si la parte demandante hubiese aceptado, en un plazo de cinco años, *Napster* le hubiera pagado a Sony, Warner, BMG, EMI y Universal, productoras de la industria musical asociadas a la RIAA, 150 millones de \$-US y 50 millones más anualmente a repartir entre las demás firmas discográficas independientes no asociadas a la misma. Esta oferta fue rechazada por las demandantes por considerarla poco apropiada¹⁷⁸. Desde nuestro punto de vista, esta decisión era una forma encubierta de negarle la posibilidad a Napster de concederle la licencia de la explotación de sus fonogramas para la normal explotación de las mismas, que además posiblemente hubiese resultado más adecuada

¹⁷⁷ En este sentido, EINHORN, M.A., *Media, Technology and Copyright, Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, p. 84. En similares términos, GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, pp. 106-108. También véase SUMARIO del Caso A&M Records, Inc, v Napster, Inc., 2000 US. Dist. LEXIS 6243 (United States District Court for the N.D.Cal. May 5, 2000), disponible en <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/AMRecords.html> últ.vis. 12/Sep/2016, donde el abogado principal de la acusación (A&M Records et al.) Sr. Rusell J. FRACKMAN reconoce lo descrito en sus documentos legales presentados ante el tribunal, especialmente en la parte dónde el demandante explica porque Napster no se puede acoger a la limitación de responsabilidad del artículo 512(a) de la DMCA. En sentido contrario, GARROTE I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2010, p 221. Cuando el autor explica los servicios que la página web de *Napster* proporcionaba a los usuarios afirma: “... , realizaba copias de seguridad de los ficheros de los usuarios para facilitar el intercambio y suministrar una reproducción de cobertura si el usuario con el que se estaba produciendo el intercambio perdía la conexión durante el proceso de transmisión.” No hemos podido valorar la fuente de la que extrae el autor esta afirmación, aunque, tal como acabamos de mencionar como hechos aceptados por el abogado de la acusación, no podemos compartir las palabras del mismo. Napster no guardaba copia de seguridad en sus servidores de las canciones intercambiadas entre los usuarios ya que la documentación judicial del caso especifica claramente que el material vulnerador de derechos pasaba a través de Internet directamente de un usuario a otro sin atravesar los servidores del demandado.

¹⁷⁸ En este sentido véase VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en Student Law Review Derby University Law Department, 2005, p. 46. Las negociaciones que intentó llevar a cabo Napster pueden consultarse en “Napster offers billions to Record Companies” en *Guardian News*, <http://www.guardian.co.uk/internet-news/story/0,7369,440898,00.html>, Últ. vis. 15/3/2014.

para la RIAA para controlar de forma efectiva el intercambio de ficheros mp3 entre usuarios que en las redes P2P descentralizadas que aparecerían más tarde.

La aplicación de la empresa *Napster* llegó a tener ochenta millones de afiliados tan sólo unos meses después de su lanzamiento. Finalmente, debido a la falta de unión entre la familia Fanning y los directivos de la empresa no se aprovechó una oferta del monstruo multinacional Bertelsmann (cuya división musical estaba entre las partes demandantes de Napster y a cuya división de servicios digitales mundiales acudió la empresa Napster para evitar que los ficheros intercambiados entre usuarios pudiesen ser copiados en CDs o transferidos a otros dispositivos) lo cual hubiese mantenido a la empresa a flote, desintegrándose la misma por completo en Mayo de 2002. A pesar del trágico final de la misma, no cabe duda que quien innovó y revolucionó el sistema de distribución de música en línea fue Shawn Fanning, no las poderosas industrias musicales, dejando a millones de usuarios preparados para abrazar los futuros protocolos P2P y sin lugar a donde ir.¹⁷⁹

b) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “Aimster” (Aimster)

El protocolo “Aimster” tenía un *modus operandi* prácticamente idéntico al protocolo “OpenNap” de la empresa Napster, siendo prácticamente un clon del mismo, excepto en que los fonogramas se transmitían encriptados. Aimster ofrecía un servicio de búsqueda e identificación de otros usuarios con los ficheros que se solicitaban. A través de un servicio de mensajería instantánea, tipo chat, los usuarios de Aimster se intercambiaban fonogramas que tenían almacenados en sus dispositivos, a la vez que podían intercambiarse mensajes. Varias empresas intentaron sustituir a Napster, aunque la empresa Aimster fue la que tuvo éxito cuando Napster desapareció en los EE.UU. y tampoco obtuvo la valoración de la protección a favor de las nuevas tecnologías de la sentencia del año 1984 del Tribunal Supremo *Sony v. Universal*, ya que como expresó el Juez Posner del Tribunal de Apelación, el servicio de encriptar los ficheros

¹⁷⁹ Véase en este sentido SCHEWICH, B., *Internet Architecture and Innovation*, op. cit., p. 320. También véase KING, B., “The Day the Napster Died” en *WIRED*, 15 de Mayo, 2002, disponible en <http://wired.com/2002/05/the-day-napster-died>, últ. vis. 12/May/2014. En similares términos, EINHORN, M.A., *Media, Technology and Copyright, Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, pp. 87-93. GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, p. 108.

transmitidos entre usuarios únicamente podía tener como objetivo favorecerse de dicha protección.¹⁸⁰

4.3.2. La Segunda Generación: Las Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”) Descentralizadas.

Con las sentencias de los casos Napster y Aimster, en los EE.UU. quedó claro que los tribunales no iban a consentir que protocolos P2P con un sistema de búsqueda de índices centralizados en una página web tuviese la posibilidad de vulnerar de derechos de autor. A partir de ese momento se evitó la presencia de un sistema centralizador en el que localizar los índices del contenido que buscaban los usuarios. Sin embargo, la actividad continuó desarrollándose a través de nuevos protocolos P2P que tenían una estructura descentralizada.¹⁸¹

La característica técnica más importante de los sistemas de red P2P descentralizados es que nunca pueden fallar, ya que al existir tantos nodos en funcionamiento, el acceso a contenidos siempre estará garantizado, es decir, sin disponer de un servidor central, funciona como una aplicación informática propia que permite que los dispositivos (ordenadores, tablets, ipods, etc.) de los usuarios se conecten de forma sucesiva por conexiones en forma de “estrella”, al contrario de las centralizadas cuyos índices se encuentran todos situados en una sólo página web. Si un nodo falla, el usuario podrá dirigirse a múltiples destinos alternativos. Tampoco en este caso existe un servidor central con los índices gestionados por una única página web, cuya colaboración es necesaria para que se lleven a cabo los intercambios, sino que éstos se hacen directamente desde los dispositivos de los usuarios con un sistema de búsqueda de índices de archivos. Además, el usuario con una conexión de banda ancha puede que ni siquiera sepa que su ordenador es uno de los nodos que, de hecho, mantiene un listado de ficheros y de direcciones IP de los otros usuarios del nodo¹⁸²

¹⁸⁰ Véase REESE, A.R., “The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on *Sony*, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer” en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, issue 4, 2005, pp.887-888, disponible en <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss4/7> últ. vis. 21/Jun/2016.

¹⁸¹ En este sentido, GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 226. En similares términos, GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, p. 108.

¹⁸² Véase en estos términos VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Department*, 2005, p. 45. En el mismo sentido, STRICKLAND, L.S. “Copyright’s Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? – Part I: The Battle over file Sharing” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 30, No. 1, Oct/Nov 2003,

a) **El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “FastTrack” (Grokster, KaZaa, Streamcast, Morpheus, ...)**

Esta nueva tecnología, cuyo protocolo se denomina “FastTrack” fue explotada privadamente por las empresas: *Kazaa B.V.* (Holanda), *Grokster, Ltd.* (EE.UU.) y *StreamCast Networks, Inc.* (dueño de Morpheus y también de los EE.UU.), entre otras. Este protocolo resultó ser un problema más serio para las industrias de contenido que podía ser reproducido digitalmente que las redes P2P centralizadas. En relación a Napster hay que hacer una clara distinción: una cosa es la red P2P centralizada que necesita una página web para conectar a sus usuarios y, otra muy distinta, que un usuario se instale una “aplicación” en su dispositivo que le permite compartir directamente ficheros con otros usuarios a través de la Red. La otra novedad en relación a Napster, es que los usuarios podían intercambiar cualquier tipo de ficheros de audio, video, textos y programas informáticos, incluidos los video-juegos, es decir, no únicamente los archivos de formato *mp3* musicales de las redes P2P centralizadas¹⁸³.

Estas empresas desarrolladoras de tecnología P2P no tardaron en ser demandadas por las empresas discográficas y por las productoras cinematográficas. Un consorcio de 28 empresas de entretenimiento presentó un procedimiento en contra de *Grokster*¹⁸⁴, empresa Estadounidense que utilizaba el protocolo FastTrack, a pesar de que Grokster ofrecía particularidades distintas al caso de *Napster* explicado anteriormente ya que su sistema de búsqueda no dependía de un servidor de índices central como sucede con el caso de las redes P2P centralizadas. La aplicabilidad de las doctrinas de la responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios (“*contributory infringement*” y/o “*vicarious infringement*”) tenían peor encaje en el desarrollo de esta nueva tecnología ya que se pudieron demostrar un conjunto de capacidades lo

p.10. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 34.

¹⁸³ En este sentido, VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, pp. 44-46. Los autores destacan que se calcula que más de mil millones de canciones se intercambian mensualmente entre usuarios de todas estas redes, además de medio millón de películas por día utilizando los mismos protocolos. En términos similares, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 33-37.

¹⁸⁴ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al.*, 259 F. Supp. 2d 1029. U.S. C.D. of Cal., Decided April 25, 2003. (Sentencia GROKSTER I); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir.. 2004), Decided August 19, 2004. (Sentencia GROKSTER II) y *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al.*, 545 U.S. 913, 75 U.S.P.Q.2d (BNA) 1001 (2005). Decided: June 27, 2005. (Sentencia GROKSTER III, disponible en www.cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005_MGM.pdf últ. vis. 18/Jun/2016)

suficientemente diversas como para que no pudiera considerarse que únicamente facilitaban la vulneración de derechos de autor. Por ello, Grokster fue absuelta en primera instancia por entender los tribunales que había un número considerable de usos lícitos, que no existía responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios por la incapacidad de conocer expresamente e impedir las infracciones que se estaban cometiendo por terceras personas y por no tener el control sobre los intercambios al tratarse de una red descentralizada. En segunda instancia, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, curiosamente el mismo que juzgó el caso Napster, se pronunció en términos similares y dictaminó que Grokster no era responsable por distribuir su software. Sin embargo, en el año 2005 el Tribunal Supremo norteamericano falló que la empresa *Grokster* era responsable por las infracciones cometidas por los usuarios de su programa informático ya que había creado y distribuido un producto que promocionó en sus orígenes incitando a que los usuarios cometiesen infracciones de los derechos de propiedad intelectual ajenos¹⁸⁵.

En un principio, el código fuente del protocolo *FastTrack* no estaba disponible para uso libre que permitiese a otros desarrolladores realizar modificaciones. Es interesante destacar que el que dirigió la creación de este protocolo fue Niklas Zennström, uno de los fundadores de KaZaa, el cual además mejoró las capacidades de búsqueda del protocolo FastTrack comparado con otro protocolo P2P llamado “*Gnutella*”, al designar a algunos usuarios como “supernodos”, cada uno con su propio arsenal de usuarios interconectados, que guardan información sobre qué ficheros están disponibles cerca del usuario que los solicita. Por ello, se la considera una aplicación “parcialmente descentralizada”. Estos “supernodos” incrementan considerablemente la eficiencia a la hora de

¹⁸⁵ En este sentido véase, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 421-422, El autor opina que tras la Sentencia Grokster posiblemente será más complicado para empresas que quieran desarrollar este espacio tecnológico conseguir inversiones tras la sentencia del Tribunal Supremo al aumentar la posibilidad de riesgos jurídicos. A favor de este mismo razonamiento LESSIG, L., al que le hizo una entrevista HOF, R., “Larry Lessig: Grokster Decision Will Chill Innovation” en *Bloomberg*, 28 Junio, 2005, disponible en <http://bloombergcom/news/articles/2005-06-27/larry-lessig-grokster-decision-wil-chill-innovation> últ. vis. 18/Dic/2016, y XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 12-13. En contra de este razonamiento, SAMUELSON, P., “Three Reactions to MGM v. Grokster” en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 13, Jun. 2006, p. 19, disponible en <http://www.mttl.org/volthirteen/samuelsn.pdf> Últ. vis. 14/Abr/2015, y MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, p. 376, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/764> últ. vis. 26/Mar/2016. Sin embargo, el Profesor Benkler también argumenta que del mismo modo que se reguló en los EE.UU. que no se podían desarrollar sistemas de encriptación a mediados de los años '90, no está claro que se pueda evitar a escala global, teniendo en cuenta que existe demanda y que existe talento para desarrollarlos en otros países.

transmitir y, por tanto, el servicio de transmisión consiguió una gran popularidad.¹⁸⁶

Niklas Zennström, es el mismo desarrollador de redes que ha creado *Skype*, que permite a los usuarios conectarse por video-teléfono por Internet gratuitamente o directamente desde el ordenador con la línea telefónica normal por un pequeño importe. Los modelos innovadores que pueden crearse en un entorno de neutralidad en la Red pueden requerir inversiones mínimas. Si se crea una aplicación que funciona completamente en los ordenadores de los clientes, y no en los ordenadores y/o servidores de los desarrolladores de la aplicación, los costes para alquilar u operar un servidor para distribuir el programa supondrá el único gasto. Incluso estos costes pueden reducirse aún más si el innovador utiliza como mecanismo alternativo de distribución un protocolo P2P. Cuando el arriba mencionado sistema *Skype* de video-telefonía fue lanzado al mercado, éste estaba completamente basado en una estructura P2P. Aparte de los servidores que se utilizaban para descargarse el software y autenticar a los usuarios, la aplicación funcionaba completamente en los ordenadores de los usuarios. Por lo tanto, añadir un nuevo cliente a su red le suponía un coste de menos de un céntimo de Euro.¹⁸⁷

b) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “Gnutella” (LimeWire, ...)

Este sistema de intercambio de archivos digitales fue desarrollado por Justin Frankel, un programador informático que trabajó para una de las empresas musicales que demandó a Napster por vulneración de derechos de autor, y el proyecto fue financiado por las compañías estadounidenses “*America on Line*” (AOL), Yahoo y Microsoft. *Gnutella* es un protocolo de código abierto que no tiene un programa oficialmente asociado, pues muchos de los más conocidos P2P funcionan con él, entre ellos *LimeWire*, del que hablaremos más adelante (infra 8.1.2.b)). A *LimeWire* se le prohibió judicialmente la distribución y ya no pudo conectarse más a la red *Gnutella*, la cual tuvo una caída del 66,8% en su utilización entre el año 2007 y finales del 2012, de 2,1 a 0,7 millones de usuarios¹⁸⁸. La red

¹⁸⁶ Véase GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, pp. 109-110. En el mismo sentido, VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, p. 45.

¹⁸⁷ En este sentido, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 142-143. En términos similares, BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, p. 421-422.

¹⁸⁸ Véase LASICA, J.D., *Darknet, Hollywood’s War against the Digital Generation*, ed. John Wiley and Son, New Jersey, 2005, pp. 222-223. En similares términos, PRICE, D., “NetNames Piracy Analysis:

Gnutella funciona de una forma bastante sencilla, también en forma de “estrella”. Una vez que el programa informático se ha cargado en el ordenador del usuario, este envía un mensaje conforme está conectado a la red de *Gnutella*. El mensaje indica al ordenador receptor que se está listo para enviar y recibir archivos. El receptor reenvía el mensaje a algunos compañeros más, y así sucesivamente. Cuando se realiza una búsqueda, el sistema rastrea todos los archivos disponibles en la red con ese nombre. Una vez que lo ha encontrado, conecta a las dos máquinas directamente, hasta que se perfecciona la transmisión¹⁸⁹.

El ordenador que ejerce la función de servidor, no tiene copia de los ficheros o prestaciones que se intercambian entre usuarios, únicamente crea y mantiene listas de referencia de los archivos que mantiene cada usuario en su ordenador. Además, en la práctica, muchos de estos clientes P2P permiten dividir los archivos en diferentes fragmentos para su mejor transmisión, de forma que no hay que tener el archivo completo en la carpeta compartida para poder compartirlo con otros usuarios, sino que se pueden compartir todos los fragmentos ya recibidos. Al contrario que con el caso de Napster, si se cierra un servidor de *Gnutella* por ser declarado ilegal, el protocolo seguirá funcionando sin problemas.¹⁹⁰

c) **El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “Overnet” (eDonkey2000, eD2k, eMule, ...)**

Hasta principios del año 2007, este sistema de red P2P descentralizado de segunda generación, también conocido como eDonkey2000, Razorback2¹⁹¹ o eD2k, cuyo protocolo es Overnet, se ha mantenido junto con el protocolo

Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 33, disponible en <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, Últ. vis. 20 Abril 2016.

¹⁸⁹ En este sentido véase RYAN, T., “Infringement.com: RIAA vs. Napster and the War Against Online Music Piracy” en *Arizona Law Review*, vol. 44, 2002, p. 518. En los mismos términos, VAN HOOREBEEK, M., et MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, p. 45.

¹⁹⁰ En estos términos SÁNCHEZ ARISTI, R., *El Intercambio de Obras Protegidas a Través de las Plataformas P2P*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2008. p. 53. En el mismo sentido, VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, pp. 44-45.

¹⁹¹ En el año 2006, la policía Belga confiscó en un centro de servidores de Internet en Zaventem, cerca de Bruselas, el servidor más importante de eDonkey, llamado Razorback 2, conocido por tener capacidad de manejar a más de un millón de usuarios a la vez, y su operador, residente en Suiza, fue detenido. Por lo tanto, la red eDonkey ya no es mantenida por ninguna organización. Además, las entidades de defensa de derechos de autor que consiguieron clausurar el sistema crearon servidores falsos y contrataron a una empresa tecnológica especializada llamada Logistep, S.A., para intimidar y perseguir a los usuarios de esta red P2P. En relación a este hecho hicieron declaraciones tanto el Presidente del Consejo de Administración de la MPAA, Dan Glickman, como el Vice-Presidente Ejecutivo y Director Mundial Anti-piratería, John Malcolm, aplaudiendo los resultados. Véase MPAA, “Belgian and Swiss Authorities Break Razorback 2”, 21 Febrero 2006, disponible en http://www.mpaa.org/press_releases/2006_02_21_razer.pdf, Últ. vis. 12/Ene/2015.

BitTorrent como el más adecuado para compartir ficheros de gran tamaño. Además, el protocolo Overnet no premia a aquellos usuarios que comparten un mayor ancho de banda. Sin embargo, hay que aclarar que el cliente más extendido para la red eDonkey, el eMule¹⁹², sí incorpora un sistema de créditos para recompensar a los que más comparten. A partir del 2006, al sufrir esta red una serie de ataques anti-piratería en sus servidores centrales que afectó gravemente el desarrollo de su clientela, muchos de sus usuarios abandonaron la red eMule por otros sistemas más fáciles de usar. Se calcula que desde el principio del año 2007 hasta el final del 2012, los usuarios de eDonkey se redujeron un 81,4%, o de 4,5 a 0,8 millones de usuarios¹⁹³.

Esta plataforma de intercambio de archivos cuyo código fuente es de libre acceso es de un tipo que se puede calificar como de “parcialmente

¹⁹² Veamos cómo define el funcionamiento de este protocolo la Sentencia 35/2008 de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6ª Penal de fecha 31 de Marzo de 2008: “Existen una multitud de usuarios que disponen del mismo programa eMule (su nombre es un apócope de “electronic mule”, en inglés literalmente mula electrónica que hace referencia a eDonkey o burrito electrónico, ya que utilizan el mismo protocolo), con el que se puede pedir que alguien nos envíe uno(s) archivo(s) como canciones, películas o programas de TV. Al mismo tiempo, se podría decir que hay otros “super usuarios” (en realidad no son tales) con un programa diferente (servidores) que almacenan los nombres de todos los archivos que los que están conectados a él tengan para compartir o soliciten de otros, incluso esos mismos servidores se conectan entre sí para solicitar si saben quién dispone en cualquier parte del mundo, de esos archivos. Al conectarnos por primera vez, obviamente, no tendremos nada que compartir (sólo se comparten aquellos archivos que previamente estén en una carpeta del programa e-mule llamada por defecto “incoming”), pero nuestras solicitudes se cursarán igual por los servidores, aunque quizás con un nivel de prioridad menor, ya que al principio no compartimos nada. A medida que vamos recibiendo archivos (o pedacitos de ellos, ya que el programa e-mule corta en trocitos cada archivo compartido), vamos ofreciéndolos a quien quiera solicitarlos, a través de los servidores. Esto hará que nuestro nivel de prioridad suba y tengamos más rapidez de respuesta a nuestras peticiones. Los servidores, y esto es importante, no tienen ningún archivo de los que los usuarios pongan a compartir, sólo los nombres y la ubicación del que lo está compartiendo. Si hay varios que los solicitan al mismo tiempo, el servidor los ordenará y pondrá en cola según unos criterios como: haberlo solicitado antes, tiempo que lleva conectado el ordenador, etc. Una vez nos toca el turno, el servidor se desentiende y el usuario demandante se conecta con el usuario que comparte y se traspasan el archivo. Es decir, en definitiva el e-mule es un programa informático del tipo P2P. La red trabaja mediante servidores, que son los encargados de interconectar a los usuarios entre sí. El e-mule se basa en una red de intercambio de archivos donde lo que uno baja es lo que otros comparten, o viceversa, y así sucesivamente. El e-mule no coge ningún archivo que el usuario no quiera (basta que lo pase de la carpeta “incoming” donde se almacena por defecto a cualquier otra), pero, eso sí, como mínimo se han de compartir los archivos que se están bajando.”

¹⁹³ Véase PRICE, D. “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, p. 32, Últ. vis. 20 Abril 2016. Además, los estudios de cine presentaron demandas civiles contra desconocidos o “John Does” “Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, West District of Michigan, No. 06-0037, presentada 23/Feb/2006” para averiguar la identidad de los administradores de uno de los dominios eDonkey más populares, llamado ED2K-It.com, situado en la dirección IP 67.43.11.190. Este sitio web estaba en la sede central de un PSSI de Intermediación *Liquid Web* situado en Lansing, Michigan. Los demandantes, todos ellos miembros de la MPAA, alegaron que los demandados inducían a los usuarios a cometer ilícitos y que se beneficiaban de estas vulneraciones de derechos de autor de películas y programas de TV de los cuales las partes demandantes eran titulares. Ante la demanda, los administradores del dominio decidieron cerrarlo en lugar de enfrentarse judicialmente a una organización tan poderosa como la MPAA. También véase en RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 117.

descentralizada”, al igual que la de FastTrack, ya que dispone de unos elementos de mayor rango que resultan necesarios para su correcto funcionamiento. Actúan como dinamizadores del sistema, es decir, se introduce algún elemento de organización central en el mismo. Estos elementos, llamados “gateways”, son útiles para que las respuestas sean más rápidas. Funcionan almacenando una serie de direcciones IP de usuarios que en ese momento están conectados a la red P2P. Por ello, los usuarios que encienden la aplicación en ese momento disponen de un amplio registro de direcciones IP y encuentran una respuesta a su petición de forma inmediata. Algunas veces, la propia plataforma almacena en la memoria del usuario listas de cientos de direcciones de usuarios de Internet en un archivo protegido de miradas indiscretas por técnicas de encriptación. De este modo, al tener el propio usuario las direcciones en su propio ordenador, el programa no tiene que buscar en la red las direcciones cada vez que un usuario solicita la búsqueda de archivos a la conexión con una de esas direcciones.¹⁹⁴

El desarrollador y distribuidor del protocolo eDonkey, Sam Yagan, Presidente de la empresa MetaMachine Inc., declaraba ante el Comité Judicial del Senado de los EE:UU.¹⁹⁵ en relación al efecto que produjo la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Grokster y las tácticas utilizadas por las poderosas asociaciones de las industrias de contenido:

“Numerosas empresas tecnológicas, incluida eDonkey, cuyos productos pueden ser utilizados para vulnerar derechos de autor no van a ser capaces de continuar sus operaciones en un mundo post-Grokster, no necesariamente porque vayan a ser condenadas judicialmente por las doctrinas marcadas por la sentencia Grokster, sino porque no se pueden permitir asumir los costes de una defensa legal. Empresas tecnológicas con pocos recursos económicos como eDonkey tienen que asumir que no pueden enfrentarse a oponentes tan poderosos por lo que preguntarse si son legales o no es un sinsentido”

¹⁹⁴ En este sentido, EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, pp. 16 – 17. En similares términos, GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 201.

¹⁹⁵ Véase YAGAN, S., Testimonio ante el “Senate Committee for the Judiciary”, 28 de Septiembre , 2006, disponible en http://judiciary.senate.gov/testimony-cfm?id=1624&wit_id=4689 Últ. vis. 12/Ene/2015. Además, uno de los servicios eDonkey, P2P.net, aceptó pagar treinta millones de dólares estadounidenses para evitar una demanda por la potencial condena por vulneración de derechos de autor antes de cerrar. Véase en este sentido, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, p. 34. ASSOCIATED PRESS, “Firm Behind eDonkey to Pay \$30 Million to Avoid Piracy Claims” en *San José Mercury News*, 12 Septiembre 2006, ssociated Press, disponible en http://www.mercurynews.com/mld/mercurynews/news/local/states/california/northern_california/15500928.htm Últ. vis. 12/Ene/2015. RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 118.

Además explicaba que las notificaciones judiciales que su empresa recibió de la RIAA les había obligado a cambiar su modelo de negocio y su base tecnológica porque ni siquiera se podían permitir oponerse a una demanda, ni siquiera una que podrían ganar. Por ello, habían reconvertido su tecnología en una tienda online de venta de contenido en un entorno P2P cerrado.

d) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “Ares” (Ares Galaxy, ...)

Sin considerar el protocolo “BitTorrent” que es el líder indiscutible de los protocolos para compartir ficheros entre usuarios de Internet, el protocolo Ares es el que se ha mantenido en mejor posición a finales del año 2012 con 2,2 millones de usuarios comparado con sus homólogos en código abierto e-Donkey (protocolo “Overnet”) y “Gnutella”, ya que desde el año 2007 ha aumentado un 28,9% su número de usuarios en lugar de descender. Esta red P2P descentralizada se utiliza ampliamente en el mundo de habla hispana, incluida España, y se calcula que es responsable del 8% del tráfico de las descargas en América Latina. Aunque su uso se considera insignificante en el resto del mundo, es en cambio el que se ha implementado en la mayor parte de los países sudamericanos.¹⁹⁶

4.3.3. La Tercera Generación: Las Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”) Descentralizadas a Través de Enlaces:

a) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “BitTorrent”

El protocolo P2P *BitTorrent* se creó en el año 2001 con el objetivo de compartir de forma eficiente grandes archivos de “software” como, por ejemplo, la distribución de Linux. Se lanzó al mercado gratuitamente en el año 2002 por Bram Cohen, programador de “software” y propietario de la empresa BitTorrent Inc., representando una poderosa nueva generación de tecnología P2P, sin objeción a su creador desde un punto de vista judicial, por su arquitectura y modelo de negocio. *BitTorrent* emergió con fuerza siendo ampliamente utilizado por consumidores de todo tipo de contenidos. *BitTorrent* divide los ficheros en pequeñas partes con la extensión “torrent” y estos son los que suministran a los usuarios la

¹⁹⁶ Véase EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, pp. 16 –17. En similares términos, PRICE, D., “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 36, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, Últ. vis. 20 Abril 2016.

información de dónde se encuentran todas las piezas que se transmiten desde los ordenadores de los propios usuarios. Este protocolo permite una rápida distribución de archivos inmensamente grandes, permitiendo la fácil transmisión de películas completas, programas informáticos y música. BitTorrent es un programa disponible en código abierto, gratuito y no obtiene beneficios por publicidad. Además Bram Cohen ha firmado varios contratos de colaboración con asociaciones que representan a titulares de contenido con derechos de autor para o bien evitar la descarga ilícita de películas con derechos de autor, o bien para distribuir películas y programas de televisión de forma lícita.¹⁹⁷.

A BitTorrent se le considera, hoy en día, el protocolo más rápido y simple para transferir grandes cantidades de datos entre múltiples usuarios por Internet y su arquitectura tiene tres componentes: los ficheros con extensión “.torrent”, los enlaces (“trackers”) y los nodos de los usuarios (“user node”). Este protocolo P2P, muy utilizado a nivel mundial, se empezó a utilizar también para compartir contenido que vulnera derechos de autor, especialmente después de que Grokster perdiera la exención de la DMCA en los EE.UU. a través de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana, del mismo modo que los protocolos Grokster y Streamcast aparecieron durante el litigio de Napster. Este protocolo presenta dos notables diferencias técnicas con el resto de aplicaciones P2P. En primer lugar, en la práctica, este protocolo no tiene una función de “búsqueda” en la Red, sino que es el propio fichero con extensión “torrent” el que suministra al sistema la información de donde puede ser localizado el contenido. De hecho, el programa crea una lista de enlaces que permiten encontrar el archivo que se encuentra situado en el ordenador de otro miembro del sistema. La segunda diferencia técnica comparada con el resto de aplicaciones P2P reside en que el protocolo BitTorrent puede ser usado para reducir el impacto que tiene la distribución de archivos grandes en los servidores o nodos. En lugar de descargar el archivo desde un único servidor o nodo, el protocolo BitTorrent permite a los usuarios unirse entre ellos en un “enjambre” (“swarm”) para descargar y subir el archivo de forma simultánea. El protocolo es una alternativa al sistema basado en servidores, que consiste en disponer de varios servidores espejo (“mirrors”) desde donde el usuario descarga el archivo completo. Eso sí, con el protocolo BitTorrent al menos uno de los nodos debe de funcionar como una semilla (“seed”), es decir, tiene una copia entera del fichero que se desea descargar para poder comprobar al final la integridad del mismo,

¹⁹⁷ En estos términos véase MERGES, R.P., MENELL, P.S., LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age* ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 726. En el mismo sentido, HUGHES, J., “On the Logic of Suing One’s Customers and the Dilemma of Infringement-Based Business Models” en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 22, 2005, pp. 751-752. RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, pp. 113-114.

ya que al estar los otros servidores o nodos bajando información pueden tener sólo una parte proporcional del fichero entero en un momento determinado. Esto permite al protocolo funcionar correctamente en redes con poco ancho de banda. Por ello, dispositivos pequeños como los móviles o “*smartphones*”, son capaces de distribuir archivos grandes a muchos receptores.¹⁹⁸

Desde el año 2006, momento en que el intercambio de películas enteras empezó a ser factible y más sencillo entre muchos usuarios que tuvieron acceso a conexiones de Internet con mayor ancho de banda, especialmente con la disponibilidad de la fibra óptica, en el año 2011 se calculaba que cien millones de personas utilizaban ya el protocolo *BitTorrent* para intercambiar ficheros. Dependiendo del lugar del mundo del que estamos hablando, este volumen puede representar desde el 43% al 70% del total del tráfico en Internet. En un momento en el tiempo, *BitTorrent* tiene más usuarios activos que *YouTube* y *Facebook* combinados. Sin embargo, gran parte de este uso no es para cometer ilícitos, ya que, por ejemplo, muchos diseñadores de videojuegos, productores cinematográficos y redes sociales utilizan el protocolo tecnológico BitTorrent para transferirse archivos entre ellos.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Véase en este sentido, RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 113-114. El autor destaca que los usuarios de Internet necesitan en primer lugar conectarse a un portal como IsoHunt y escriben el nombre del contenido que desean bajar de la Red. Por ejemplo, la película del año 2012 “Les Misérables”. En el mismo sentido, STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millennium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, pp. 325-326. WERBACH, K., “The Implications of Video Peer-to-Peer on Network Usage”, editores NOAM, E.M. et PUPILLO, L.M. en *Peer-to-Peer Video: The Economics, Policy, and Culture of Today’s New Mass Medium*, ed. Springer, New York, 2008, p. 103. PRICE, D., “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 18, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf> , Últ. vis. 20 Abril 2016. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *Revista de Propiedad Intelectual*, núm.18, septiembre-octubre 2004, p. 38.

¹⁹⁹ Véase MENELL, Peter S., “Infringement Conflation”, en *Stanford Law Review*, 2012, p.19, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1949492 Últ. vis. 24/Nov/2014. También TORRENTFREAK, “P2P Traffic is Booming, BitTorrent the Dominant Protocol” en *TorrentFreak*, 28 Nov. 2007, disponible en <http://torrentfreak.com/p2p-traffic-still-booming-071128> últ. vis. 27/Nov/2014. Este artículo destacaba que en el año 2007 entre el 49 y el 85% del tráfico total en Internet era realizado a través de protocolos “*peer-to-peer*” . En similares términos, EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, p. 62. En formato Presentación de la Profesora Lillian Edwards para WIPO, 22 de Junio 2011, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_isoc_ge_11/wipo_isoc_ge_11_ref_01_edwards.pdf Informe entero final de WIPO, disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf Últ. vis. 20/Feb/2017. LASICA, J.D., *Darknet, Hollywood’s War against the Digital Generation*, ed. John Wiley and Son, New Jersey, 2005, p. 223 . La autora destaca la falta de anonimato del protocolo P2P BitTorrent que identifica la dirección IP del suscriptor del acceso a Internet. En similares términos, de la entidad EFF, sin autor, “Capítulo VII: Is it Working? Incubating New “Darknet” Technologies” en *RIAA v. The People: FiveYears Later*, 30 Septiembre 2008, disponible en [129](http://eff-</p></div><div data-bbox=)

En la actualidad, los portales que ponen a disposición el protocolo BitTorrent o derivados cuyo código fuente es accesible gratuitamente a todo aquel que lo desea, basan su modelo de negocio en obtener beneficios a través de distintos tipos de anuncios publicitarios, así como por la aparición de ventanas emergentes de casinos o páginas web para encontrar pareja.²⁰⁰

b) El Intercambio de Archivos a Través del Protocolo “Freenet”, entre otros protocolos “Peer-to-Peer” (“P2P”) cada vez más anónimos.

La aparición de las redes P2P de intercambio de archivos cada vez más anónimas entre usuarios, siendo el máximo exponente de las mismas las llamadas redes oscuras o en inglés “*darknets*” es posiblemente una de las ramificaciones más preocupantes para los titulares de los derechos de autor en relación a la revolución digital que estamos viviendo. Las medidas legales enérgicas o agresivas que se han implementado contra este sistema de intercambio de archivos han demostrado ser difíciles y posiblemente contraproducentes, como, por ejemplo, el impacto de la Ley de EE.UU. “*Priorizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*” del año 2008 que aumentaba las sanciones a los infractores, infra 8.2.1., o la implementación de la Ley HADOPI en Francia, infra 9.3.1., impulsando a estas redes a esconderse aún más. Un buen ejemplo es “*Freenet*”, un protocolo en el que los ficheros son insertados de forma encriptada y las comunicaciones entre nodos también lo son. El proceso de extraer un fichero es lento ya que no puede ser localizado por su nombre. En cambio a cada fichero se le asigna un identificador y es ese identificador que se ha de localizar. Los usuarios se mantienen anónimos a través de las transmisiones y cada nodo sólo conoce la dirección IP de su vecino por lo que el proceso de identificación resulta extremadamente difícil y complicado. Además, si un

prg/wp/ria-v-people-five-years-later Últ. vis. 24/Feb/2017. Este informe además destaca que las campañas masivas de demandas contra usuarios finales en los EE.UU. por compartir ficheros de música a través de redes P2P por parte de la RIAA también ha motivado a muchos usuarios a utilizar tecnologías P2P más anónimas y difíciles de detectar, del mismo modo que ocurrió en Francia tras la implementación legislativa de la Ley HADOPI (infra 9.3.1.).

²⁰⁰ Véase en este sentido, PRICE, D. “NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, p. 7, disponible en <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, Últ. vis. 20 Abril 2016. En similares términos, ABELLA RUBIO, J.M., “¿Están Protegidos los Derechos de Propiedad Intelectual Frente a los Programas P2P?” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 324-345. SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales” en *Publicación: Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2012 parte Estudio* Westlaw BIB 2012\1269, ed. Aranzadi, SA, Pamplona., 2012. Tal como hemos destacado anteriormente, este tipo de conductas ilícitas mencionadas por este autor están siendo neutralizadas con el enfoque “*Follow the Money*” (infra 8.3.4. y 9.).

usuario recibiese una demanda por poseer contenido que vulnera derechos de autor en su ordenador o dispositivo podría justificar de forma jurídicamente válida que no sabía que eran aquellos ficheros (por estar encriptados), que le habrán sido transmitidos por otro usuario de Freenet y que, básicamente, estarían en tránsito sin su conocimiento, intención o control.²⁰¹

²⁰¹ Véase en este sentido MENELL, Peter S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 4 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, p. 1525. También de forma general, LASICA, J.D., *Darknet, Hollywood’s War against the Digital Generation*, ed. John Wiley and Son, New Jersey, 2005. También evidencian el carácter totalmente anónimo del protocolo FreeNet aunque no lo consideran necesariamente el responsable de que las industrias de contenidos no tengan mayores beneficios, EDWARDS, L. et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, pp. 53-54, en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> últ. vis. 18/Jun/2015. BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, p. 230. EFF, *RIAA versus The People: Five Years Later*, 30 Septiembre 2008, disponible en <https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later> Últ. vis. 23 Abril, 2016. EINHORN, M.A., *Media, Technology, and Copyright: Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, p. 79. Este último autor, incluso identifica el protocolo o aplicación Freenet como una cuarta generación de redes P2P. Por último, y en cuanto a los protocolos P2P cada vez más anónimos, una reconocida institución como la “Free Software Foundation” ha creado un protocolo gratuito completamente anónimo, llamado TOR, que puede ser utilizado por personas residentes en regímenes absolutistas para evitar resultar perjudicadas si las autoridades de su país interceptan sus comunicaciones políticas por Internet.

CAPITULO III: MARCOS NORMATIVOS DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN EN LOS EE.UU. Y LA UNION EUROPEA.

5. El Marco normativo Estadounidense o Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” (“DMCA”), de 28 de Octubre de 1998.

La Ley de los Derechos de Autor (“*U.S. Copyright Act*”), que tiene su origen en la Constitución estadounidense²⁰², está actualmente codificada en el Título 17 del “*US Code*” o Código de los Estados Unidos. El sistema de limitaciones de responsabilidad en relación al contenido disponible en línea dentro de la disciplina de los derechos de autor o “*copyright*” que configuró la “*Digital Millenium Copyright Act*” se añadieron al capítulo 5 del Título 17 creando la nueva sección 512 destinada a contener dichas reglas, bajo la rúbrica “*Limitations on liability relating to material online*”.²⁰³

Durante los últimos casi veinte años, sin duda los litigios que han representado la vanguardia del “*copyright*” o derecho de autor en Internet han sido aquellos relacionados con los programas informáticos P2P. Se han emitido sentencias de alto nivel a favor de los titulares de los derechos de autor y en contra de los intermediarios y de los usuarios finales que utilizaron redes P2P de intercambio de archivos. Sin embargo, poco se ha conseguido para romper la inercia del uso de las redes P2P entre la población mundial, y especialmente entre los usuarios más jóvenes.²⁰⁴

²⁰² Concretamente el Artículo 1, sección 8, de la Constitución dice: “*El Congreso de los EE.UU. tendrá la facultad...de promocionar el Progreso de la Ciencia y las Artes, asegurando a los Autores y Descubridores durante un tiempo limitado los derechos exclusivos sobre sus respectivas obras escritas o descubrimientos.*” (Art. I, § 8 “*The Congress shall have Power...to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*”).

²⁰³ PALLANTE, M.A., “Promoting Investment and Protecting Commerce Online: Legitimate Sites v. Parasites, Part I.”. en *Statement Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet. Committee on the Judiciary*, U.S. House of Representatives (Congreso de los Diputados de los EE.UU.), 112th Congress, 1st Session, March 14, 2011, p. 1. En similares términos, PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. *Derecho de la Sociedad de la Información*, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 121-122. SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en Vol. 126 en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 740, 2013, pp. 745-747, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2152672> o http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014.

²⁰⁴ En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2^a Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 360. El ordenamiento jurídico estadounidense está

Además, anteriormente a la llegada de la era digital, el Título 17 o la Ley de los Derechos de Autor Estadounidense, en su sección 504(c), desarrolló la institución de los daños y perjuicios reglamentados o estatutarios (“*statutory damages*”) más allá del marco existente en el Derecho Civil de los EE.UU., por lo que renombrados profesores del sector ²⁰⁵ han denunciado este hecho para que el Congreso de los EE.UU. normalice legislativamente la situación existente en la actualidad. Según estos profesores, en varias sentencias del entorno digital, sobre todo relacionadas con los usuarios de Internet que han intercambiado ficheros con derechos de autor para uso privado sin perjudicar el mercado potencial de los titulares de derechos, se han emitido sentencias que sientan un peligroso precedente en el sistema jurídico del “*common law*” estadounidense. En nuestra opinión, tal como veremos más adelante, la condena, por un lado, del PSSI de Intermediación de acceso Cox Communications impuesta por un juez de primera instancia en Diciembre de 2015 (infra 8.1.3.b) y pendiente de sentencia en segunda instancia al cierre de este trabajo) es un claro ejemplo, y, tal como han constatado los autores mencionados, tienen lugar en los casos de vulneración de los derechos de autor de un gran número de obras o prestaciones en línea por los usuarios a través de los servicios prestados por parte de un PSSI de Intermediación al que se le declara responsable derivado de las mismas, y por otro, en demandas civiles frente a usuarios de Internet por presunta vulneración directa de

basado en el “*common law*” o en el sistema jurídico de tradición anglosajón, en el cual los jueces pueden basarse en las docinas de jurisprudencia anterior para analizar y llegar a conclusiones en el caso que están juzgando. En este mismo sentido, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., *La Copia Privada. Sus Fundamentos y su Tratamiento en el Entorno Digital*, 2ª Edición, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2008, p. 134

²⁰⁵ Véase MENELL, P.S., et NIMMER, D., “Unwinding Sony” en *California Law Review*, vol. 95, 2007, pp. 996-1006, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2116> últ. vis. 14/Abr/2014, donde los autores desarrollan la evolución histórica por la cual los daños y perjuicios reglamentados o “*statutory damages*” experimentaron un desarrollo mayor en los aspectos relacionados con los derechos de autor que en el Derecho Civil convencional, lo cual no representaba un problema en la era analógica, aunque sí en la digital al causar el riesgo de imponer condenas desproporcionadas por responsabilidad en los casos relacionados con el uso de redes P2P. En general en similares términos, YEN, A.C., “Sony, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer”, en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, issue 4, 2005, pp. 815-865. SAMUELSON, P., et SHEFFNER, B., “Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, 2009, p. 62, version escrita del debate entre los autores en PENNumbra, disponible en <http://www.scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2946&context=facpubs>. Últ. vis. 25/Nov/2016. En este último artículo titulado “Premios por Daños Reglamentados Excesivos y Anticonstitucionales en los Casos de Derechos de Autor”, ambos autores sugieren la creación de un sistema judicial rápido, económico y sencillo para que los titulares de derechos puedan reclamar una pequeña compensación económica de aquellos usuarios de Internet que abusan de sus derechos por el uso de las redes P2P, aunque reconocen que este tipo de decisiones sólo pueden tomarse a través de cambios legislativos. Por ejemplo, una obra musical descargada legalmente a través de un servicio lícito como puede ser iTunes o Amazon.com cuesta aproximadamente un Dólar estadounidense, mientras que los “*statutory damages*” o daños reglamentados actuales pueden llegar a reclamar hasta \$150,000 por cada una de las obras descargadas ilícitamente, una penalización fuera de lugar en la era digital. También véase BARKER, J.C., “Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement” en *Texas Law Review*, Vol. 83, 2004, p. 528. GHIDINI, G., *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2006, pp. 71-74. En general, SAMUELSON, P., et WHEATLAND, T., “Copyright Statutory Damages: A Remedy in Need of Reform” en *William & Mary Law Review*, Vol. 51, 2009, pp. 439 – 511, disponible en https://www.wmlawreview.org/sites/default/files/Samuelsong-Wheatland_final.pdf últ. vis. 19/Ene/2017.

derechos de autor a través de redes P2P en situaciones que no representan, según reconocen los propios expertos en la materia, un perjuicio del mercado potencial de los titulares de derechos (infra 8.1.4.). A favor de nuestra tesis, podemos aportar como fuente solvente, el reciente Libro Blanco publicado por el equipo del Congreso de los EE.UU. que ésta analizando en qué aspectos podría modificarse la actual legislación relativa a los derechos de autor en estas dos áreas que afectan al uso de las redes P2P.²⁰⁶ Además, en nuestra opinión, el mantenimiento prolongado de esta situación podría alentar a otros países a adoptar regímenes similares desproporcionados en un tema donde los dos grandes actores mundiales, los EE.UU. y la Unión Europea deberían ir, en la medida de lo posible, al unísono, para dar ejemplo al resto de los Estados del mundo y conseguir un Internet global, armónico y cohesionado.²⁰⁷

5.1. Los Antecedentes: la Jurisprudencia previa a la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” (“DMCA”).

Al ver los cambios que se avecinaban con el auge de Internet, en el año 1995 empezó en los EE.UU. una auténtica lucha para establecer un régimen especial sobre la responsabilidad de los Intermediarios de Internet (“*On-line Service Providers*” o OSPs, el equivalente Europeo posterior fue el de Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información o PSSI). Esta presión se ejerció en el seno de la “*National Information Infrastructure (NII)*”, un comité constituido por el Presidente Bill Clinton a principios de 1995 para proponer un cambio legislativo más adaptado a las necesidades del desarrollo tecnológico. El informe “*Intellectual*

²⁰⁶ En este sentido, véase el Nuevo Libro Blanco (que llamaremos Segundo a partir de ahora) realizado por el Ministerio de Comercio de los EE.UU. (U.S. Department of Commerce) que lleva por título: “*U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*”, 2016, pp. 70-99, disponible en <https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/copyright/internet-policy-task-force> Últ. vis. 20/Sep/2016. De hecho, en cuanto a los dos supuestos mencionados, esta Comisión creada por el Congreso recomienda tres modificaciones para equilibrar las necesidades existentes entre los titulares de derechos, los usuarios y los PSSI de Intermediación. En primer lugar, realizar una lista de factores a tener en cuenta cuando los jueces y los tribunales tengan que determinar la cuantía económica adecuada como condena por daños y perjuicios reglamentados o “*statutory damages*”. En segundo lugar, modificar la cuantía mínima posible para aquellas vulneraciones que se consideren inocentes. Por último, en los caso de aquellos PSSI de Intermediación de acceso a través de cuyos servicios se vulneren derechos de autor de un gran número de obras o prestaciones, conceder a los tribunales la posibilidad de implementar una condena en la que no sea necesario cuantificar económicamente cada una de las obras o prestaciones vulneradas. Todo ello acompañado de la creación de un pequeño tribunal para reclamaciones pequeñas de derechos de autor, lo cual opinan reduciría la posibilidad de condenas por daños y perjuicios desproporcionadas especialmente por vulneraciones por el uso privado de redes P2P de usuarios de Internet.

²⁰⁷ Véase SAMUELSON, P., HILL, P., et WHEATLAND, T., “Statutory Damages: a Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?” en *Journal on Copyright Society U.S.A.*, Vol. 60, 2013, pp. 1-14, disponible en www.cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Samuelson_SDs_2013.pdf y en SSRN No. 2240569. En este artículo titulado: “Los daños reglamentados o “*Statutory Damages*”: una Rareza en las Leyes Internacionales de los Derechos de Autor, pero ¿Durante Cuánto Tiempo?” los autores concluyen que para que los EE.UU. tome medidas jurídicas proporcionadas debe analizar cuando es necesario ofrecer algún tipo de compensación a aquellos demandantes cuyos derechos han sido vulnerados y cuando se debe imponer un castigo para evitar que la conducta se repita en el futuro.

Property and the NII” (Propiedad Intelectual y el NII) ²⁰⁸, también llamado “*White Paper*” (Primer Libro Blanco), recogía el argumento de que los Intermediarios, OSPs o PSSI, debían de gozar de limitaciones de responsabilidad en ciertos casos, o bien, estas responsabilidades debían ser menores a las responsabilidades de los usuarios de los servicios ya que, de hecho, eran estos últimos los que podían vulnerar derechos de autor de forma directa, voluntaria y repetida. Por lo tanto, en Septiembre de 1995, el grupo de trabajo que analizó el tema concluyó que excluir o reducir la responsabilidad de los PSSI en esos momentos reduciría considerablemente los derechos de los titulares legítimos de propiedad intelectual si se producían infracciones por parte de los usuarios de servicios.²⁰⁹

En concreto, en el punto d. sobre la responsabilidad de los OSPs (equivalente a los PSSI de la Unión Europea), el primer Libro Blanco argumenta:

“...Es un tema difícil, con sólidos argumentos en pro y en contra.

La Ley de los Derechos de Autor establece distintos parámetros para la doctrina de responsabilidad por infracción directa y las doctrinas de responsabilidad derivada, o bien por infracción coadyuvante o colaboradora (“contributory copyright infringement”), o bien por infracción subsidiaria (“vicarious copyright liability”) (infra 5.1.1. y 5.1.2). Los infractores directos están sometidos al parámetro de responsabilidad objetiva (de carácter objetivo), la cual se determina sin tener en cuenta la intención que tiene el que comete el acto ilícito. Por ello, en este caso la “Copyright Act” permite a los tribunales considerar la posible falta de intención por parte del que comete directamente el ilícito, para determinar una menor cuantía económica como compensación por daños y perjuicios. Los responsables indirectos o derivados de las infracciones cometidas por los usuarios, es decir, aquellos que se consideran vulneradores por infracción coadyuvante o colaboradora o responsables por infracción subsidiaria, no están sujetos a responsabilidad objetiva, sino que el umbral para determinar su responsabilidad es más elevado.

Los argumentos presentados por los Intermediarios que desean una limitación o unos parámetros más exigentes para asignarles responsabilidad incluyen: que el volumen de contenido que pasa por sus sistemas es demasiado extenso para ser

²⁰⁸ Véase la página web del Congreso de los EE.UU.: U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, “Intellectual Property and the National Information Infrastructure” en *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, Septiembre 1995, disponible en la página web del Congreso de los EE.UU., www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ Últ. vis. 19/Feb/2013. Tengamos en cuenta que consideraremos este Libro Blanco como el primero, ya que hay un segundo Libro Blanco editado más de veinte años después, concretamente en el año 2016.

²⁰⁹ En estos términos véase GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., *La Copia Privada. Sus Fundamentos y su Tratamiento en el Entorno Digital*, 2ª Edición, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2008, pp. 191-192. En el mismo sentido, XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 2.

controlado o monitorizado; incluso en el caso en que el Intermediario sea capaz de hacerlo, no siempre será capaz de identificar todo el material ilícito,...

...por ello es muy difícil argumentar el por qué no deben asumir su responsabilidad, ... otros tipos de negocio pagan costes similares por hacer negocio y asumen medidas adecuadas para minimizar los riesgos por responsabilidad, tales como contratos indemnizatorios o seguros...los proveedores de servicios en línea reciben un pago por el uso de sus instalaciones...y tienen la habilidad de desconectar a aquellos usuarios que no pagan. Por lo tanto, tienen la posibilidad de implementar esta misma habilidad en relación a aquellos usuarios que incumplen la ley.²¹⁰

En este primer intento de encontrar un sistema de responsabilidad que permitiese a los PSSI de Intermediación dedicarse a desarrollar sus negocios, la lucha abandonó los Estados Unidos y “continuó en la arena internacional, con ocasión de la aprobación de los “Tratados de Internet” de la OMPI de 1996, donde los ISP (o PSSI) volvieron a defender sus intereses, consiguiendo evitar que se les declarara responsables por las infracciones de propiedad intelectual cometidas en Internet²¹¹” por sus usuarios.

5.1.1. La Responsabilidad Civil Extracontractual por Infracción Directa de Carácter Objetivo o “Direct Liability” recogida en la Ley de los Derechos de Autor de los EE.UU. (“US Copyright Law”)

El “*direct infringement*” analiza la responsabilidad de los PSSI de Intermediación sobre los contenidos que ellos mismos ponen a disposición de los usuarios, o bien cuando facilitan o colaboran activamente en las vulneraciones de derechos de autor que cometen los usuarios. En estos casos los tribunales aprecian la existencia de un control directo y, por lo tanto, de una responsabilidad directa sobre el material ilícito accesible en el entorno digital. Para probar en los EE.UU. que ha existido responsabilidad por infracción directa (“*direct copyright infringement*”) al copiar un contenido protegido por derechos

²¹⁰ Texto seleccionado por la autora del primer “Libro Blanco” de 267 páginas. U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, “Intellectual Property and the National Information Infrastructure” en *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, Septiembre 1995, pp. 114-123, disponible en la página web del Congreso de los EE.UU., www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ Últ. vis. 19/Feb/2013. En nuestra opinión, los miembros de la comisión, entre los que se encontraba el Ministro de Comercio en ese momento, no percibieron la dimensión social que alcanzaría Internet a escala global al sugerir que el Intermediario podría decidir unilateralmente cortar el servicio a un usuario si creía que incumplía la ley. En otras palabras, no valoraron la supresión de principios constitucionales esenciales que podría llegar a representar. Traducciones de la autora.

²¹¹ XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 2.

de autor, el demandante debe demostrar que se han vulnerado uno o más de sus derechos exclusivos recogidos en la “*U.S. Copyright Act*”. Los demandantes deben probar la titularidad del material que presuntamente vulnera sus derechos, además de que la copia de los trabajos originales vulnera al menos un derecho de explotación reservado de forma exclusiva al titular de derechos. La responsabilidad por infracción directa (es decir, responsabilidad civil extracontractual) emana de la vulneración de uno de estos derechos exclusivos reservados al titular, incluido el derecho exclusivo de autorizar a otros a reproducir, distribuir, ejecutar, mostrar y preparar trabajos derivados de los trabajos protegidos por derechos de autor o “*copyright*”. Por ejemplo, al compartir archivos de música o videos en BitTorrent se infringen los derechos de reproducción y comunicación pública si éstos se realizan sin autorización. En estos casos, se trata de una responsabilidad de carácter objetivo ya que se impone al infractor a pesar de que éste ignore que la actividad que se ha llevado a cabo vulnera derechos de autor.²¹²

Sin embargo, existen dos excepciones a la posible imputación a un acusado de la doctrina de “*direct liability*”. Por un lado, la doctrina del “*fair use*” y por otro, la ley del “*Audio Home Recording*” (“grabación de audio en el domicilio”) del año 1992. Un juez tendrá que analizar caso por caso, pero un acusado no será responsable bajo la doctrina del “*fair use*” dependiendo de la consideración de cuatro factores: 1) el propósito y el carácter del uso de la obra, cuanto más comerciales sean los fines menos lícito será el uso; 2) la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil que la excepción sea efectiva cuando en la obra existen grandes dosis de ficción, o dicho de otro modo, será menos lícito cuanto más creativo sea y menos informativo; 3) la cantidad de obra copiada y su carácter esencial en relación con el total de la misma, y 4) por último, el efecto del uso de la obra respecto de su mercado potencial, el cual es con frecuencia el más decisivo en la jurisprudencia. El estudio de Derecho estadounidense se encuentra especialmente justificado si tenemos en cuenta que el origen de la excepción del “*fair use*” reside en un análisis económico del Derecho, que es precisamente el fundamento de la excepción por límite de copia privada mayoritariamente aceptado en nuestra doctrina continental. No obstante también

²¹² En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 361. En similares términos, MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 22-24. PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. *Derecho de la Sociedad de la Información*, ed. Comares, Granada, 2007, p. 41. GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, p.16-17. Este último autor destaca que existen dentro de la jurisprudencia norteamericana pre-legislativa dos grupos de casos. El primer grupo incluiría el concepto jurídico de “direct infringement” y el segundo grupo los conceptos de “contributory liability” y “vicarious liability”. Estos dos últimos conceptos no tienen un equivalente exacto en nuestro Derecho, ya que son construcciones de la jurisprudencia estadounidense.

es cierto que la identificación total entre la “excepción por límite de copia privada” del derecho continental y el “*fair use*” del “*common law*” estadounidense no es posible. De hecho, la excepción del “*fair use*” no se circunscribe siquiera al ámbito del derecho de reproducción, sino que alcanza todo el conjunto de derechos de explotación del autor. Además, la Ley del “*Audio Home Recording*” imposibilita una posible demanda por vulneración de derechos de autor por hacer un uso no comercial de una grabación musical ya sea digital o analógica.²¹³

5.1.2. El grupo de casos con las Doctrinas de la “*Secondary Liability*” (Responsabilidad Civil Extracontractual Indirecta o Derivada de las Infracciones de los Usuarios) que han marcado Jurisprudencia.

Las dos doctrinas de responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios existentes en el “*common law*” estadounidense antes de la promulgación de la DMCA en 1998, tienen como característica común que los PSSI de Intermediación actúan como simples intermediarios prestando alojamiento (por ejemplo, espacio en una página web) o acceso a los usuarios, sin tener control alguno sobre el contenido y, para que estas doctrinas puedan existir, también dependen de que se demuestre que ha existido la infracción directa por parte de un tercero. Esta doctrina jurisprudencial estadounidense anterior a la DMCA ha desarrollado en profundidad y de forma diferenciada las

²¹³ Véase BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 764-767. En el mismo sentido, BAND, J. et GERAFI, J., *The Fair Use/Fair Dealing Handbook*, Marzo 2013, disponible en <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/03/band-and-gerafi-2013.pdf>, últ. vis. 14/Mar/2016. LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, p. 957, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev últ. vis. 15/Jun/2016. SAMUELSON, P., “The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens” en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2006, p. 1850. GOLDSTEIN, P., et HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, ed. Oxford University Press, New York, 2ª edición, 2010, pp. 362-367. En cuanto a que la excepción del “*fair use*” reside en un análisis económico del Derecho y que alcanza todo el conjunto de derechos de explotación del autor, es interesante destacar el caso de la demanda por vulneración de derechos de autor que interpuso “*The Authors Guild*”, la histórica asociación de autores, que no consiguió que el Tribunal Supremo de los EE.UU. revisase en Abril de 2016 la decisión del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos (“*The United States Court of Appeal for the Second Circuit*”) en relación a que “*Google Books*” era un servicio en línea aceptable por la Doctrina del “*fair use*” o uso lícito, por el carácter altamente transformativo del servicio, ya que comunica algo nuevo y distinto del libro original al proveer información significativa para que un investigador pueda identificar aquellos libros que realmente busca o necesita, sin alterar el mercado potencial de los mismos. Sentencia Authors Guild et al. v. Google, Inc., case 13-4829, Document 230-1, No. 1620658 (2nd Circuit, 2015), decided October 16, 2015, disponible en <https://www.eff.org/files/2015/10/16/agvgoogle.pdf> Últ. vis. 15/Mar/2016. Tras este fracaso descomunal de esta asociación que no asimilaba los usos lícitos de los derechos de autor en el ámbito digital, en el año 2014 se fundó en los EE.UU. otra asociación “*The Authors Alliance*” para permitir a los autores tener una asociación alternativa a “*The Authors Guild*” a la cual afiliarse.

dos instituciones del “*contributory copyright liability*” y el “*vicarious copyright liability*”.

a) La Doctrina de Responsabilidad por Infracción Coadyuvante o Colaboradora de los Derechos de Autor o “*Contributory Copyright Liability*”

El enunciado clásico de la doctrina del “*contributory infringement*” es, quien, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o proporciona los medios adecuados para que tenga lugar la conducta infractora de otro, por lo que puede ser responsable como infractor coadyuvante o colaborador. Esta doctrina se desarrolló a través de la jurisprudencia basándose en su mayor parte en el derecho extracontractual estadounidense (“*tort law*”). Para que exista responsabilidad por infracción coadyuvante o colaboradora de los derechos de autor (“*contributory copyright infringement*”), el demandante debe demostrar (i) que un tercero ha cometido una infracción directa, (ii) que el acusado tenía motivos para conocer que un tercero cometía la infracción directa, y (iii) que el acusado ha contribuido materialmente para que la infracción se cometa. Por ello, un demandante en Los Estados Unidos tendrá éxito en un caso de Internet si la página web demandada aloja y/o distribuye contenido vulnerador a la vez que contribuye a la conducta infractora por parte de un tercero. Sin embargo, en el caso de las redes P2P de intercambio de contenidos digitales entre usuarios, al PSSI de Intermediación difícilmente se le puede acusar de tener motivos para conocer que un tercero cometía la infracción y de contribuir materialmente a que se vulneren derechos de autor, ya que ni aloja ni distribuye el contenido vulnerador de derechos.²¹⁴

La sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU que marcó doctrina en relación a este tipo de responsabilidad por infracción indirecta fue la decisión “*Sony Corp. v. Universal City Studios*” del año 1984 (464 U.S. 417), también conocida como caso Betamax, que concluyó que la venta por parte de Sony de equipos de video al público general, como nueva

²¹⁴ Véase en este sentido GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, p. 15. Aunque no son comparables ambos derechos, el autor destaca que en nuestro derecho continental sería el concepto de “corresponsable”. En los mismos términos, RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 363. ZEPEDA, L.M., “A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, p. 85, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6> Últ. vis. 16/Mar/2016. PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, p. 42. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 30-31.

tecnología reproductora, no constituía “*contributory infringement*” de los derechos de autor de los demandantes, ya que los aparatos de video tenían usos lícitos sustanciales y comercialmente significativos. A pesar de que el resultado no gustó a la industria cinematográfica, el tiempo demostró que su uso causó grandes beneficios a la misma. Este criterio de “número significativo de usos lícitos” se importó de la ley de patentes que además debe otorgar a una nueva tecnología el tiempo suficiente para que llegue a desarrollarse adecuadamente en el mercado, a pesar de que al principio de sus existencia se utilice mayoritariamente para usos no lícitos.²¹⁵

b) La Doctrina de Responsabilidad por Infracción Subsidiaria de los Derechos de Autor o “*Vicarious Copyright Liability*”

La doctrina de la “*vicarious liability*” atribuye responsabilidad a quien obtiene beneficio económico directamente y de forma obvia por la infracción realizada por otro, a la vez que teniendo la facultad y capacidad necesaria para supervisar la actividad infractora, no lo hace. Es decir, el infractor “*vicarious*” comprende todas las características del infractor “*contributory*”: existe la infracción directa, tiene el conocimiento o debería tener motivos suficientes para conocer la infracción y la capacidad de controlarla, y además, obtiene un lucro económico derivado de las actividades infractoras. También es importante destacar que el acusado seguirá siendo responsable aunque no tenga conocimiento de la infracción.²¹⁶

²¹⁵ En este sentido véase SAMUELSON, P., “The Generativity of Sony . Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens” en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2006, pp. 1831- 1912. En su artículo la autora explica el legado del juez Justice Stevens al considerar el número significativo de usos lícitos que se pueden realizar por el uso de una nueva tecnología, como, por ejemplo, en este caso se consideró lícito el “*time-shifting*”, es decir, la posibilidad de grabar en video películas o programas de televisión para poder verlos a una hora distinta de aquella en que se emiten. Además, la autora explora las implicaciones que tuvo la doctrina de esta sentencia en las distintas formas de copia para uso privado que se pueden hacer. En similares términos, EINHORN, M.A., *Media, Technology, and Copyright: Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, pp. 83-84. PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, p. 41.

²¹⁶ Véase infra 8.1.1.a) donde el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito en relación a la Sentencia del caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), siguiendo sentencias anteriores que ya habían fijado doctrina al respecto, dice textualmente en relación a la responsabilidad subsidiaria de los derechos de autor: “*We turn to the question whether Napster engages in vicarious copyright infringement. Vicarious copyright liability is an “outgrowth” of respondeat superior. Fonovisa, 76 F.3d at 262. In the context of copyright law, vicarious liability extends beyond an employer/employee relationship to cases in which a defendant “has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities.” Id. (quoting Gershwin, 443 F.2d at 1162); see also Polygram Int’l Publ’g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1325-26 (D. Mass. 1994) (describing vicarious liability as a form of risk allocation). Before moving into this discussion, we note that Sony’s “staple article of commerce” analysis has no application to Napster’s potential liability for*

A pesar de no encontrarse reflejadas expresamente en el Ley de los Derechos de Autor estadounidense o “*U.S. Copyright Act*”, las dos doctrinas anteriormente expuestas fueron reconocidas expresamente como válidas y aplicables al campo de los derechos de autor por el Tribunal Supremo en el caso *Betamax* mencionado en el punto anterior: “*La Ley de los Derechos de Autor no menciona de forma expresa que se pueda hacer responsable a un demandado por la infracción cometida por un tercero. En cambio la Ley de Patentes califica a aquellos que “activamente inducen la vulneración de una patente” como infractor, 35 U.S.C. 271(b), y además impone responsabilidad en ciertos individuos calificados de vulneradores ‘contributory’, 271(c). La ausencia de estas doctrinas en la Ley de Derechos de Autor no imposibilita la acusación a aquellas partes que no han participado en la actividad vulneradora. La institución de la ‘Vicarious liability’ se impone en prácticamente todas las disciplinas legales, y el concepto de ‘contributory infringement’ es simplemente un aspecto de un problema mayor consistente en identificar las circunstancias en las que se puede considerar a un individuo responsable de las acciones de otro*”.²¹⁷.

Anteriormente a la entrada en vigor de una regulación específica (“*DMCA*”) para poder abarcar adecuadamente la responsabilidad civil extracontractual de los PSSI de intermediación por la vulneración indirecta de los derechos de autor, en los Estados Unidos habían existido varios casos en los que los jueces se habían tenido que plantear llegar a conclusiones aplicando los principios tradicionales del “*copyright*” y las distintas teorías sobre

*vicarious copyright infringement. See Sony, 464 U.S. at 434-435; see generally Anne Haring, Copyright Infringement Issues on the Internet, 617 PLI/Pat 455, 528 (Sept. 2, 2000) (indicating that the “staple article of commerce” doctrine “provides a defense only to contributory infringement, not to vicarious infringement”). The issues of Sony’s liability under the “doctrines of ‘direct infringement’ and ‘vicarious liability’” were not before the Supreme Court, although the Court recognized that the “lines between direct infringement, contributory infringement, and vicarious liability are not clearly drawn.” Id. at 435 n.17. Consequently, when the Sony Court used the term “vicarious liability,” it did so broadly and outside of a technical analysis of the doctrine of vicarious copyright infringement. Id. at 435 (“[V]icarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another.”); see also Black’s Law Dictionary 927 (7th ed. 1999) (defining “vicarious liability” in a manner similar to the definition used in Sony).” En similares términos, EINHORN, M.A., *Media, Technology, and Copyright: Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, pp. 83-84. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i.* (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 30-31.*

²¹⁷ En concreto, el Tribunal Supremo de los EE.UU. en la sentencia del caso “*Betamax*” explica así el reconocimiento de ambas doctrinas en los casos relativos a los derechos de autor: “*The Copyright Act does not expressly render anyone liable for infringement committed by another. In contrast, the Patent Act expressly brands anyone who ‘actively induces infringement of a patent’ as an infringer, 35 U.S.C. 271(b), and further imposes liability on certain individuals labelled ‘contributory’ infringers, 271(c). The absence of such express language in the copyright statute does not preclude the imposition of liability for copyright infringements on certain parties who have not themselves engaged in the infringing activity. Vicarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another.*” *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 1984.

responsabilidad del contenido disponible en línea. En ellas, las dos instituciones expuestas anteriormente habían considerado responsables a los PSSI de Intermediación por vulneración de derechos de autor, y por tanto, éstos eran condenados a indemnizar económicamente a los dueños legítimos de las obras cuyos derechos de autor habían sido vulnerados. El objetivo durante la redacción de la primera aproximación pre-legislativa al problema de la responsabilidad de los PSSI de Intermediación era encontrar un equilibrio de intereses adecuado que protegiera los derechos de autor en Internet sin poner trabas a su desarrollo.²¹⁸

5.2. Las Limitaciones de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación en el Título II de la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” de 1998 rubricado como “*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*” o “*OCILLA*” (“*Section 512*” o Artículo 512).

En la actualidad existen voces ²¹⁹ que solicitan la revisión de esta ley de limitaciones de responsabilidad por contenido disponible en línea, ya que consideran que está demasiado orientada a la retirada de contenido e incluso que hay ocasiones en que éstos contenidos no deberían retirarse. A pesar de que la ley estadounidense establece el procedimiento para poder volver a utilizar los contenidos denunciados que no vulneran derechos de autor, la práctica exagerada y poco reflexiva de retirada de contenidos por parte de los PSSI de Intermediación, por temor a que se les acuse de que no han actuado diligentemente con su cometido, de hecho, argumentan que está provocando un bloqueo real para los innovadores y creadores en este ámbito.

²¹⁸ En este sentido véase XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 2. Por ejemplo, un ISP será responsable si sabía o debía saber que los usuarios estaban llevando a cabo actividades que suponían infracción de los derechos de autor y un juez podría sentenciar, por tanto, que el intermediario había contribuido a la violación de derechos proporcionando los medios técnicos y las instalaciones adecuadas a los usuarios de sus servicios. En similares términos, GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 30-31. GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe..i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, p.15.

²¹⁹ Véase CHEN, D, DURKEE, M., et al, “Copyright Reform Act. Prepared on Behalf of Public Knowledge. Updating 17 U.S.C. § 512’s Notice and Takedown Procedure for Innovators, Creators, and Consumers” en *Samuelson Law, Technology & Public Policy clinic*, ed. Berkeley Law Faculty, California, 2011, pp. 15-18. En los mismos términos, REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 231 y p 250. En general, URBAN, J.M., KARAGANIS, J., et SCHOFIELD, B.L., “Notice and Takedown in Everyday Practice” en *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 29 de Marzo de 2016.

La *Digital Millenium Copyright Act* es una ley estadounidense sobre “*copyright*” o derechos de autor que modificó el Título 17 del Código normativo de los Estados Unidos para adaptarlo al entorno de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento e implementó dos acuerdos internacionales aprobados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en el año 1996, conocidos como WCT WIPO y WCT WPPT. Fue aprobada por el Senado el 12 de Octubre de 1998 y convertida en ley el 28 de Octubre con la firma del Presidente Bill Clinton. Esta ley ampliaba el alcance de los derechos de “*copyright*” o derechos de autor, mientras limitaba la responsabilidad de los PSSI de Intermediación por vulneración de derechos de autor por los usuarios finales de los servicios, siempre condicionado a que se cumpla con ciertos requisitos establecidos. En esta ley existen cuatro aspectos a destacar. En primer lugar, la definición de los “*Internet Service Providers*” o “*ISPs*” en inglés, que está diseñada para incluir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) pero únicamente cuando actúan como intermediarios. Por tanto, la definición excluye a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de contenidos. En segundo lugar, destaca qué actividades concretas están cubiertas por la ley. Incluye aquellas que se llevan a cabo “en línea”, es decir, incluye tanto las llevadas a cabo mediante Internet, así como otras redes informáticas interactivas. Excluye la radiodifusión por satélite, cable o terrestre, sea en forma analógica o digital. Así que lo relevante no es el formato en el que la información se codifica, sino el medio usado para su transmisión. Por último y en tercer lugar, las condiciones para ser “puerto seguro” (o “*safe harbour*”) y disfrutar de las limitaciones de responsabilidad y, por último, los procedimientos de notificación y retirada de material que vulneran derechos de autor.²²⁰

La parte más novedosa de esta ley en el ámbito de los derechos de autor, fue limitar de responsabilidad por infracción indirecta a los PSSI de Intermediación por el uso realizado por sus usuarios de sus servicios siempre que cumpliesen con unos condicionantes. Esta parte novedosa también fue incluida más tarde en la Directiva de la Unión Europea del año 2.000 sobre los Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico, aunque ésta excluyó la exención a los servicios de provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet. En cambio, en la Unión Europea no se implementaron los dos tratados internacionales de la OMPI, el WCT y el WPPT,

²²⁰ En este sentido véase PLAZA PENADÉS, J., “La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 396. En similares términos, RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 376. GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal S.A., Madrid, 2000, p.21.

aprobados en el año 1996 hasta la publicación de la Directiva del año 2001 sobre Derechos de Autor (infra 9.1.1.).²²¹.

A partir de ahora, vamos a analizar separadamente los apartados del Artículo 512 de esta ley que son los que tratan sobre el ámbito objetivo de la limitación de responsabilidad por infracción indirecta de los PSSI de intermediación. Este artículo es largo y complicado, por lo que sólo vamos a prestar atención a aquellos aspectos que resultan más interesantes para el propósito de este trabajo y para compararlos con la regulación de la Unión Europea. Los cuatro primeros apartados, del (a) al (d) de la norma legal, explican qué actividad concreta de los PSSI de Intermediación están cubiertas y qué condiciones deben cumplir para disfrutar de la limitación de responsabilidad. Además, los apartados (c) y (g) cubren los procedimientos de notificación y retirada de contenidos presuntamente vulneradores de derechos de autor, así como el de contra-notificación en caso de que éste nunca debiera haberse producido de contenidos, el cual dispone del apartado (f) que describe el procedimiento en caso de que alguna de ellas sea engañosa o esté falsificada. Por último, los apartados (h) e (i) cubren otros aspectos igualmente interesantes para el propósito de este trabajo, el procedimiento para poder obtener los datos identificativos del supuesto infractor vulnerador de derechos de autor (“*subpoena to identify infringer*”) y la norma para los casos de infractores re-incidentes, respectivamente. Por último, el apartado (m) que protege la privacidad de los usuarios.

5.2.1. La Limitación de Responsabilidad en los Servicios de Acceso a Internet y transmisión de Datos por Redes de Comunicaciones o “*Mere Conduit*”: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (a)

Este apartado especifica que a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de Intermediación operadores de redes y proveedores de acceso les quedan limitadas las responsabilidades por los servicios de acceso y el mero transporte de datos en la red. En los servicios de comunicaciones transitorias digitales (“*Transitory Digital Network Communications*”) de este artículo de la ley, están incluidas actividades diversas como:

²²¹ En estos términos REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 230-231. También véase Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de Mayo, relativa a la Armonización de determinados derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la Información.

- a) la transmisión de un punto a otro de la información “*mere conduit*”, siempre que hayan sido iniciadas, o a las órdenes, de un tercero distinto al PSSI de Intermediación;
- b) las actividades de encaminamiento llevadas a cabo mediante un proceso técnico automático, sin selección del material ni modificación del contenido por parte del PSSI de Intermediación, y
- c) la provisión de acceso o conexión a la Red, sin selección de los destinatarios del material por parte del PSSI de Intermediación.

Por último, también están incluidas en este apartado el almacenamiento de las copias efímeras que se producen en el proceso técnico de transmisión a través de Internet.²²²

5.2.2. La Limitación de Responsabilidad en los Servicios de Realización de Copia Temporal o Efímera de las Páginas de Internet más solicitadas por los Usuarios o “Caching”: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (b)

El segundo “puerto seguro” en el que los PSSI de Intermediación también disfrutan de limitaciones de responsabilidad son los servicios de “System Caching” o copia en Memoria Caché. Estos servicios realizan el almacenamiento intermedio y temporal automático de los contenidos visitados por los usuarios por primera vez en una zona especial de su disco duro, de forma que si los usuarios solicitan de nuevo esa página, no haya que efectuar una nueva transferencia de información, aumentando con ello de forma significativa la velocidad a la que el usuario puede visualizar las páginas. El sistema “Caching” de elementos físicos que forma la estructura de Internet, produce efectos beneficiosos para los usuarios, descongestionando la Red. La exención está condicionada al cumplimiento de ocho condiciones específicas basadas en que el PSSI de Intermediación tenga un rol pasivo en: 1) no ser el origen del

²²² En este sentido véase PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 129-130. El autor aclara que si se cumplen las condiciones especificadas, el PSSI de Intermediación gozará de la exclusión de responsabilidad que consiste en excluir de tutela resarcitoria o “*monetary relief*”, así como limitadamente de requerimientos o medidas cautelares. En similares términos, GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal S.A., Madrid, 2000, p.22. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, p. 33. MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 13-14.

contenido, 2) actuar como un intermediario técnico entre el proveedor del contenido y el receptor del mismo, 3) no seleccionar el contenido, es decir, el almacenamiento debe ser llevado a cabo a través de un proceso técnico automático para agilizar los procesos, 4) no modificar de cualquier modo el contenido, 5) cumplir con las necesidades de actualización del material de acuerdo con las necesidades del proveedor de contenido, siempre dentro de lo aceptado por las prácticas industriales, 6) no modificar las tecnologías que devuelven las informaciones sobre el uso que hacen los usuarios del contenido al que han accedido, 7) cumplir con las restricciones de acceso impuestas por los proveedores de contenido. Finalmente, si debe tener un rol activo al, 8) actuar diligentemente eliminando o evitando el acceso al material especificado en un requerimiento judicial que informe que el contenido ha sido eliminado de su origen. La duración de las copias caché del sistema es variable y puede oscilar entre algunas horas y meses enteros.²²³

5.2.3. La Limitación de Responsabilidad en los Servicios de Alojamiento en Servidores Propios de Datos, Aplicaciones o Servicios Suministrados por Terceros “Hosting”. También el Procedimiento de Notificación de Retirada de Contenido. Ambos Principios Incluidos en la Ley “Digital Millenium Copyright Act”, Artículo 512, apartado (c)

En este apartado (c) del Artículo 512 de la DMCA se establece una limitación por el almacenamiento de información a petición del usuario. El PSSI de Intermediación actúa en estos casos como proveedor de espacio “web” para que los usuarios alojen sus contenidos y como almacenador de contenido de todo tipo: mensajes de correo electrónico, fotos, videos, entre otros, limitándose a ser un mero depositario del material. Por ello, se le exonera de la responsabilidad siempre que cumpla las condiciones de retirada del contenido vulnerador de derechos de autor denunciado de forma diligente siguiendo las condiciones determinadas en esta ley.

²²³ Véase en este sentido GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal S.A., Madrid, 2000, p.22. El autor destaca que los PSSI de intermediación no tendrán la obligación de eliminar contenidos sujetos a “caching” cuando éstos únicamente pasen por sus servicios, es decir, sin ser almacenados por ellos. Por lo tanto, esta posibilidad no afectaría a los PSSI de intermediación de acceso. En similares términos, RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013 p. 381. MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 14-15.

En la subsección 512 (c) (3)(A) se especifica que la notificación de retirada del contenido por infracción de los derechos de autor debe contener los siguientes elementos:

“(i) Una firma física o electrónica de la persona autorizada para actuar en representación del titular de un derecho exclusivo que se alega que se infringe,

(ii) Identificación de la obra objeto de derechos de autor que se reclame ha sido infringida; o, si están cubiertas por una única notificación múltiples obras sometidas a derechos de autor en un sitio en línea, una lista representativa de tales obras en dicho sitio.

(iii) Identificación del material que se alega que se infringe o que está sujeto a una actividad ilícita los derechos autor y que debe ser retirado, o el acceso que debe ser eliminado, e información razonablemente suficiente para permitir al PSSI de Intermediación su localización;

d) información razonablemente suficiente para permitir al PSSI de Intermediación ponerse en contacto con el solicitante del requerimiento;

e) una declaración de creencia de buena fe en que el material supuestamente infractor no es lícito de acuerdo con los derechos de autor; y

f) una declaración, bajo pena de perjurio, de que la notificación es correcta y de que la parte solicitante está autorizada para actuar en nombre del titular de derechos de autor.

Cuando el PSSI de Intermediación es notificado de forma correcta, debe ser diligente y actuar eliminando el contenido para seguir disfrutando de su exención de responsabilidad o puerto seguro (“*safe harbour*”). Por ello es, tal como ya hemos explicado, un modelo de responsabilidad condicionada.²²⁴

²²⁴ En estos términos MONTESINOS GARCIA, A., “Las Diligencias Preliminares en Materia de Propiedad Intelectual tras la Reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de Noviembre” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 50, ed. Bercal, Madrid, 2015, p. 67. En el mismo sentido, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 15-17. GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, ed. Bercal, Madrid, 2005, p. 84. RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp. 381-386. GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal S.A., Madrid, 2000, p.23. Los PSSI de intermediación de acceso no tienen la obligación de cumplir con esta sección 512(c) de la ley porque no controlan el contenido que se transmite por sus servicios de banda ancha, tal como se confirmó en la sentencia del Tribunal de Apelación del Octavo Circuito “In re Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 393 F.3d 771, 73 U.S.P.Q.2d (BNA) 1339 (8th Cir. 2005).

5.2.4. La Limitación de Responsabilidad en los Servicios de Provisión de Instrumentos de Búsqueda, Acceso y Recopilación de Datos o de Enlaces a otros Sitios de Internet: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (d)

En este apartado de la ley se regula la localización de la información en Internet a través de la recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de la Red, así como instrumentos de búsqueda o “*search engines*” y, concretamente, las limitaciones de responsabilidad aplican a instrumentos de localización de información que incluyen directorios, índices, referencias, apuntadores y enlaces. Aunque en los tres casos anteriores los PSSI de Intermediación están protegidos por responsabilidad civil extracontractual por infracción directa y por responsabilidades derivadas de las infracciones de los usuarios, en este caso sólo afectan las derivadas, es decir, las doctrinas del “*contributory copyright liability*” y del “*vicarious copyright liability*”. Además, a pesar de que en este caso, los PSSI de intermediación no tienen un comportamiento meramente pasivo, ya que está dirigiendo al usuario hacia direcciones concretas de Internet, el legislador estadounidense considera que es esencial conceder esta exención de responsabilidad en relación a la reparación monetaria y a ciertos aspectos de solicitudes de requerimientos en acciones civiles (apartado (j) de la ley traducida en el Anexo I²²⁵), del mismo modo que en los apartados (a), (b) y (c) anteriormente expuestos, para que no se ralentice considerablemente el desarrollo de Internet. Existía el temor de que estas empresas privadas al estar expuestas a incurrir en gastos no previsibles, no se desarrollasen adecuadamente. Sin embargo, también deben cumplir con el protocolo de notificación y retirada del artículo 512(c) para tener la limitación de responsabilidad derivada. Por ello, a los PSSI de intermediación de estas actividades se les limitó la responsabilidad también de una forma general. Debemos asimismo tener en cuenta, que si el PSSI de Intermediación proporciona acceso a sitios web que contienen herramientas para desactivar los sistemas de protección tecnológica de contenidos, u obtiene un beneficio económico directo de la actividad vulneradora a la vez que posee el derecho o la habilidad de controlar la actividad, tampoco podrían gozar de las condiciones de limitaciones de responsabilidades.²²⁶

²²⁵ El ANEXO I, situado al final de este trabajo, está traducido por la autora.

²²⁶ En este sentido RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 386. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 14-15. NISSENBAUM, H., “From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why do We Need Regulation (and Vice-versa)?” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 3 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, p. 1381. ZEPEDA, L.M., “A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, pp. 84-85, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6> Últ. vis. 16/Mar/2016. GONZÁLEZ DE

Es interesante resaltar que la empresa Google se ha beneficiado de las limitaciones de responsabilidad que este artículo 512(d) de la DMCA prevé para los PSSI de intermediación. La empresa Perfect 10 Inc. presentó un procedimiento por responsabilidad civil extracontractual indirecta o derivada de las infracciones de derechos de autor por parte de los usuarios. La sentencia del año 2010 exime a Google de la obligación de tener una política de finalización de servicios en caso de infractores reincidentes en sus servicios de búsqueda de imágenes, y de búsqueda, recopilación de datos o de enlaces a otras páginas web. En su servicio de blog, sí que tiene implementada la mencionada política de finalización de servicio, con lo que satisface el artículo 512(i) en caso de infractores reincidentes (infra 5.2.7). En nuestra opinión y tal como ya hemos indicado anteriormente (supra 4.3.1.a)), otra empresa con tecnología de redes P2P que hubiese podido protegerse bajo este mismo artículo hubiese sido Napster Inc. si hubiese podido permitirse el lujo, económicamente hablando, de seguir adelante con su procedimiento hasta llegar al Tribunal Supremo de los EE.UU. (infra 8.1.1.a)).²²⁷

5.2.5. El Procedimiento de Contra-Notificación para Contenidos Retirados: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (g)

Existe un procedimiento normativo de contra-notificación en el caso de que un contenido haya sido eliminado o se haya denegado el acceso al mismo sin causa justificada ya que un PSSI de intermediación no tiene que hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios cuando retira de buena fe contenido que supuestamente infringe derechos de autor.²²⁸

ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, p. 33. Es comprensible que este tipo de PSSI de intermediación que podría resultar polémico no fuese incluido en el marco normativo de la Unión Europea.

²²⁷ Véase la Sentencia a favor de Google: *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, No. CV 04-9484 AHM SHX, 2010 WL 9479059, at *1 (Court of the District of California), Decided on July 26, 2010.

²²⁸ En estos términos véase CHEN, D, DURKEE, M., et al, “Copyright Reform Act. Prepared on Behalf of Public Knowledge. Updating 17 U.S.C. § 512’s Notice and Takedown Procedure for Innovators, Creators, and Consumers” en *Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic*, ed. Berkeley Law Faculty, California, 2011, pp. 7-8. En el mismo sentido, GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal S.A., Madrid, 2000, p.23. , MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 17-18. También es curioso resaltar que de un estudio realizado por el Profesor Seng, de 54 millones de notificaciones de retirada enviadas por representantes de titulares de derechos en el año 2012, sólo en dos casos se presentaron contra-notificaciones de este tipo. Véase SENG, D., “The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices” en *Virginia. Journal of Law & Technology*, Vol. 18, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2411915> .

5.2.6. El Procedimiento de Solicitud de Identificación de un Infractor o la “*Subpoena to Identify Infringer*”: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (h)

Este precepto de ley no es aplicable a los PSSI de Intermediación de acceso que es precisamente el que utilizan los usuarios para intercambiar ficheros a través de sistemas de redes P2P, tal y como hemos descrito en el Capítulo anterior. Esto se fundamenta en que los proveedores que simplemente ofrecen el servicio de acceso a la Red no pueden retirar el material, ni bloquear el acceso al mismo, si no es denegando al usuario el acceso a Internet, medida que va en contra de principios básicos de derechos internacionales y que, en nuestra opinión, nunca podrá ser una medida deseada por un legislador democrático. Ahora bien, nadie duda que en el marco de una acción judicial y tras la debida valoración de las pruebas, el Juez pueda ordenar al PSSI de Intermediación de acceso que colabore en la identificación del titular de una dirección IP para que éste pueda averiguar si tiene alguna relación con la infracción en cuestión. Por tanto, sólo se aplica a los PSSI de Intermediación que prestan servicios de alojamiento, copia en memoria caché y enlaces a materiales ilícitos, pero no respecto a PSSI de Intermediación que simplemente proporcionan el acceso a Internet.

En este artículo se especifica que el titular de derechos de autor puede solicitar en cualquier Corte de Distrito federal que emita un requerimiento dirigido a un PSSI de intermediación a fin de que identifique a un supuesto infractor. Para ello deberá presentar al secretario judicial el requerimiento conteniendo los documentos especificados a continuación:

- a) una copia de la notificación descrita en la subsección (c) (3) (A) de este artículo 512;
- b) la orden judicial de comparecencia propuesta; y
- c) una declaración jurada al efecto de que el fin para el que se pretende la orden judicial de comparecencia sea obtener la identidad de un supuesto infractor y que dicha información sólo se utilizará para el fin de proteger sus derechos de autor.

Este procedimiento llamado en inglés “*Subpoena to Identify Infringer*” permite obtener la identificación del titular de la dirección IP desde la que supuestamente se ha cometido una infracción con el fin de reclamar vía judicial los derechos del titular de la obra vulnerada. El procedimiento es simple ya que se reclama por la vía civil la cuantía económica que se considera ha sido vulnerada.²²⁹

²²⁹ En este sentido véase PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 170-172. El

5.2.7. El Procedimiento para Infractores Re-incidentes: la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, Artículo 512, apartado (i).

Este apartado de la ley tiene gran importancia para nuestra tesis. Todos los principales PSSI de Intermediación de acceso estadounidenses tienen establecidas unas Políticas de Uso en relación a sus suscriptores, independientemente de que estas empresas de prestación de servicios se hayan acogido o no al “*Copyright Alert System*” o esquema de respuesta gradual privado que se implementó en el año 2013 en los EE.UU. y que veremos más adelante (Infra 8.1.5.b)). Además, su redactado prácticamente se exportó de forma literal al primer borrador del Tratado de la octava ronda de negociaciones del acuerdo internacional ACTA (“*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*” o Acuerdo Comercial Contra la Falsificación) publicada el 21 de Abril 2010, cuyos miembros o partes son Australia, Canadá, la Unión Europea, Japón, Méjico, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y los EE.UU. En nuestra opinión, afortunadamente, este artículo fue finalmente excluido de la versión final del Acuerdo Comercial internacional al que se llegó en Diciembre de 2010, entre otras razones, por la fuerte oposición de dos de los Estados Miembro de la Unión Europea, Alemania y España.²³⁰

De forma básica, este artículo normativo establece que un prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación que informa a sus

autor describe cómo en el procedimiento del caso Verizon (infra 8.1.5.a)) el tribunal estimó, y la sentencia estableció jurisprudencia, que en el caso de las redes P2P, por hallarse el materia en los ordenadores de los usuarios, el PSSI de Intermediación no puede de ningún modo, ni eliminar, ni deshabilitar el acceso al contenido vulnerador de derechos de autor. En similares términos, GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, ed. Bercal, Madrid, 2005, pp. 84-85. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, ed. Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 62-63.

²³⁰ En este sentido véase BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, nº 3, 2011, pp. 559-565. La autora, que también está en contra de que se impongan sin escrutinio judicial sanciones de suspensión de acceso a Internet a suscriptores por el uso de la tecnología P2P sin ánimo de lucro, realiza un análisis exhaustivo de la evolución de las negociaciones de este tratado con validez en la mayor parte de los países desarrollados. En un principio, el Representante de Comercio de los EE.UU. (USTR “*United States Trade Representative*”) tras decidir la Administración del Presidente Obama apoyar el concepto de que existan colaboraciones negociadas privadamente entre los titulares de derechos y los PSSI de Intermediación de Acceso a principios del año 2009 con esquemas de respuesta gradual (identificar, notificar y desconectar a aquellos suscriptores considerados infractores re-incidentes), se encontró con una fuerte oposición por parte de la Unión Europea (Infra 8.4.). El primer borrador del Acuerdo ACTA del 21 de Abril, 2010, que contenía prácticamente una copia del Artículo 512 i) de la DMCA está disponible en http://trade.ec.europa.eu/dolib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf. En el mismo sentido, LA RUE, F., Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, May 2011, Apartado IV., punto D., párrafo 50, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf . Últ. vis. 9/Mayo/2016.

clientes sobre una política de suspensión o terminación del servicio para infractores reincidentes de los derechos de autor en caso de que existan medidas tecnológicas desarrolladas de conformidad con un amplio consenso de titulares de derechos y de PSSI de intermediación en un procedimiento de normalización abierto, equitativo, voluntario e inter-industrial, siempre que sea disponible para cualquier persona en términos razonables y no discriminatorios y no imponga costes económicos sustanciales a los PSSI de intermediación, ni cargas a sus sistemas y redes, ésta podrá ser implementada. Sin embargo, este sistema de terminación del servicio de un usuario de Internet no es efectivo para aquellos suscriptores de Internet a los que se les asigna una dirección IP de forma aleatoria cuando se conectan a su PSSI de Intermediación, ya que bloquear el acceso a ese usuario concreto podría representar bloquear a todos los usuarios aleatorios de ese PSSI de Intermediación concreto. Además, un suscriptor al que se le ha denegado el servicio de acceso a Internet siempre puede contratar a otro PSSI de Intermediación de acceso, con lo cual la implementación de la política del primer PSSI de Intermediación sería totalmente inútil.²³¹

A diferencia de los demás apartados del Título II de la DMCA, este cuerpo de ley no define un “infractor re-incidente” (“*repeat infringer*”), ni cuales serían las “circunstancias adecuadas” (“*appropriate circumstances*”) por las cuales se podría desconectar a un suscriptor de Internet, así como lo que significa exactamente que una política sea “adaptada y puesta razonablemente en práctica” (“*reasonably implemented*”) (véase Anexo I). Esta falta de definición en este artículo de la ley, junto con la ausencia de obligación de supervisar los contenidos de los usuarios de la sección 512(m) que veremos más adelante, ha sido interpretado por los tribunales como un simple intento del Congreso de EE.UU. de mantener un fuerte incentivo para la cooperación entre los PSSI de

²³¹ Véase en este sentido PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 145-147. En similares términos, ZEPEDA, L.M., “A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, pp. 86-87, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6> Últ. vis. 16/Mar/2016. La traducción de este Artículo de la Ley DMCA está disponible en el Anexo I de este trabajo. Varios de los PSSI de Intermediación más importantes de los Estados Unidos incluyen una cláusula en sus Términos de Servicio en Línea. Por ejemplo los Términos de Uso de VERIZON dicen: “De acuerdo con la “*Digital Millennium Copyright Act*” (DMCA) y otras leyes aplicables, es política de Verizon suspender o finalizar, en circunstancias adecuadas, el servicio ofrecido a un suscriptor o titular del servicio que vulnere derechos de propiedad intelectual de terceras partes, incluyendo infractores re-incidentes de derechos de autor. Además, Verizon se guarda expresamente el derecho de suspender, finalizar o tomar otras medidas en relación al Servicio de cualquier Suscriptor o titular del servicio si Verizon, a su única discreción, considera que las circunstancias relativas a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de una tercera parte merecen tal medida.”. Disponible en “Verizon Online Terms of Service, VERIZON, Attachment 1, http://www.verizon.net/policias/popups/tos_popup.asp En similares términos, RESNIKOFF, P., “Federal Judge Upholds \$25 Million Infringement Penalty Against Cox Communications” en *Digital Music News*, 10/Ago/2016, disponible en <http://digitalmusicnews.com/2016/08/10/judge-cox-communications-25-million/> Últ. vis. 10/Sep/2016. Este autor opina que este apartado de la ley contiene ciertos puntos poco definidos, especialmente en relación a la definición de lo que deben considerarse las políticas de los usuarios re-incidentes para los distintos tipos de PSSI de Intermediación y especialmente para los PSSI de Intermediación de acceso.

intermediación de acceso y los titulares de derechos, especialmente cuando se vulneran derechos de autor de forma consciente e intencionada con ánimo comercial²³².

5.2.8. El Procedimiento en Caso de Notificación de Retirada de Contenido o de Contra-Notificación Falsificada o Engañosa: la Ley “Digital Millenium Copyright Act”, Artículo 512, apartado (f).

Con el objetivo de ofrecer un sistema de protección eficaz contra el mal uso de los procedimientos de notificación y retirada o de contra-notificación, se incluyó esta cláusula para dar la posibilidad tanto al supuesto infractor de derechos de autor, como al PSSI de intermediación, como al titular de derechos de autor a reclamar daños y perjuicios, así como los costes asociados (incluyendo las tasas de abogados) por falsificación consciente de una notificación o contra-notificación, siempre que un contenido se haya eliminado o recuperado su acceso de forma no apropiada.²³³

5.2.9. La Ausencia de Obligación de Supervisar los Contenidos de los Usuarios: la Ley “Digital Millenium Copyright Act”, Artículo 512, apartado (m).

Este cuerpo de ley también contiene en su cláusula (m) una importante limitación general que tiene por objetivo reducir los incentivos de los prestadores de servicio de la sociedad de la información (PSSI) de actuar de

²³² Véase en este sentido en general, SAWICKI, A., “Repeat Infringement in the Digital Millenium Copyright Act” en *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, 2006, pp. 1455-1485, disponible en http://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.4/73_4_Sawicki.pdf , últ. vis. 25/Mar/2017. En cuanto al resultado de sentencias, véase: Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures Inc., 213 F.Supp.2d 1146, Central District of California, 2002. La sentencia del caso Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, West District Washington, 2004. destaca que el hecho de que el Congreso de EE.UU. no haya definido claramente la política de los infractores re-incidentes, al contrario que en los cuerpos de ley relacionados con las notificaciones y retiradas, demuestra su intención de que los PSSI de intermediación de acceso mantengan de cara a sus suscriptores una sensación realista de que una falta de respeto persistente en el tiempo hacia los derechos de autor podrían provocar la pérdida del acceso a Internet. En el caso UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F.Supp.2d 1099, 2009, el Tribunal se negó a desconectar al suscriptor del servicio después de la segunda notificación que había identificado múltiples vulneraciones de derechos de autor generadas por el sistema de filtrado de la empresa Audible Magic contratada por los titulares de derechos, ya que este tipo de notificaciones deben tratarse como pruebas no concluyentes por el gran índice de casos que resultan erróneos. Por último, en el caso In re Charter Communications, Inc., 393 F.3d 771, Tribunal de Apelación del Octavo Circuito, 2005, se cita al Congresista que destacó durante la elaboración del Título II de la ley DMCA que el Congreso de EE.UU. deseaba crear “fuertes incentivos para los PSSI de intermediación de acceso para cooperar con los titulares de derechos detectando y afrontando las vulneraciones de derechos de autor que tienen lugar en el entorno de la Red digital.

²³³ En este sentido véase URBAN, J.M., KARAGANIS, J., et SCHOFIELD, B.L., “Notice and Takedown in Everyday Practice” en *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 29 de Marzo de 2016, p. 16.

forma activa como policías del contenido que circula por sus sistemas, salvo que se trate de una actuación necesaria para cumplir con la condición de respetar las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor. En otros términos, las limitaciones de responsabilidad no deben estar basadas en la necesidad de que los PSSI controlen la información que atraviesa sus servicios o buscar indicios que indiquen actividades infractoras. Sin embargo, esta ausencia de obligación de supervisar o de realizar búsquedas activas de hechos que indiquen la existencia de actividad infractora, no implica que el PSSI de intermediación pueda permanecer pasivo si llega a tener constancia de algún indicio de esta naturaleza y tenga la capacidad de incidir en ello, como los PSSI de intermediación de alojamiento, aunque no los de acceso.²³⁴

6. El Marco Normativo de la Unión Europea o Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2000, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior (Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE)

En el año 1997 la Unión Europea siguió y copió las ideas marcadas por el marco Clinton/Gore (supra nota 16) en el desarrollo de su Iniciativa para el Comercio Electrónico que marcaría las bases de lo que sería la futura Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. El objetivo de los legisladores comunitarios era establecer una serie de reglas aplicables a la prestación de servicios “on-line” (en línea), aunque no creando una

²³⁴ Véase PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp.126-127 En similares términos URBAN, J.M., KARAGANIS, J., et SCHOFIELD, B.L., “Notice and Takedown in Everyday Practice” en *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 29 de Marzo 2016, p. 17. MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 22. A pesar de la falta de obligación y de que tampoco es objetivo de esta tesis doctoral al no tratarse de PSSI de Intermediación de acceso ni de redes P2P, es interesante destacar que dos famosos sitios web como YouTube y Vimeo ofrecen herramientas de filtrado y supervisión de contenido que pueden ser configurados para que titulares de derechos de autor puedan bloquear o bien solicitar un importe en concepto de licencia por su contenido con derechos de autor subido por usuarios de Internet. Ambas plataformas sociales implementaron sus respectivos sistemas llamados “Content ID” en el caso de YouTube (implementado tras la compra de YouTube por parte de Google) y “Copyright Match” en el caso de Vimeo. Recordemos también que YouTube fue adquirida por Google en Noviembre de 2006 por un importe de 1.650 millones de dólares estadounidenses, disponible en GOOGLE & YOUTUBE, *Google Closes Acquisition of YouTube*, 13 Noviembre de 2006, en http://youtube.com/press_room_entry?entry=AwPf9c9qJDc Ult. vis. 14 Abril 2016.

reglamentación exhaustiva de las actividades llevadas a cabo en la Red, sino tratar varios aspectos jurídicos, entre ellos, el de la exención de responsabilidad de los PSSI de intermediación, de tales servicios, entre ellos, el de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de Intermediación que finalmente fue aprobada en el año 2000.²³⁵

La Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información)²³⁶, tomó como base el concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información” (SSI), una noción consolidada en el Derecho Comunitario desde la Directiva 98/34/CE de 22 de Junio de 1998, que servirá de base para establecer el ámbito material de aplicación de las nuevas reglas²³⁷. Se entenderá por un servicio de la sociedad de la información (SSI) cualquier servicio prestado en línea, ofrecidos a cambio de una remuneración y a distancia por medio de equipos electrónicos, para procesar y almacenar información, y bajo la demanda del consumidor final que solicita el servicio. El concepto de “a cambio de una remuneración” no significa obligatoriamente que los servicios deban ser pagados directamente por el usuario final, sino que es suficiente que tengan una naturaleza económica. Por tanto, una página web financiada a través de la publicidad estaría incluida en este concepto. Asimismo, el hecho de que los servicios deban ser ofrecidos bajo demanda del consumidor final excluye aquellos servicios en los que el receptor juega un papel limitado o nulo en seleccionar contenido individualizado, como, por ejemplo, la televisión o la radio. De hecho, los servicios de la sociedad de la información definidos de esta forma, abarcan un amplio abanico de actividades, siempre y cuando se realicen en línea y una de las partes que intervienen en la transacción obtenga algún tipo de beneficio económico.²³⁸

²³⁵ Véase COMISIÓN EUROPEA, *A European Initiative in Electronic Commerce, Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM (97) 157, 15.4.1997.

²³⁶ DOCE núm. L 178, de 17 de julio.

²³⁷ Esta definición se ha tomado, entre otras, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de Junio de 1998 en la que se expone el procedimiento para la “provisión” de información en el marco de regulaciones y normas técnicas de los servicios de la sociedad de la información, OJ L 204, 21.7.98, p.37 (Directiva de “Technical Standards”)

²³⁸ SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham UK, 2013, p.111. Esta definición se sustituyó recientemente por el Artículo 1(b) de la Directiva 2015/1535/EU, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998L0034> del anterior Artículo 1(2) de la Directiva 98/34/EC que aparece reflejado en la DCE. En similares términos, PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 142-143. En el Estado español, esta Directiva se traspone en el ordenamiento jurídico como la ley 24/2002, de 11 de Julio, de los Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI) en la que define el concepto de SSI de la DCE como todo servicio prestado normalmente “a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, comprendiéndose en tal noción todos los servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de los mismos. También define como P.S.S.I. a “la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. En la exposición de motivos de esta Ley se dice que lo que la DCE “denomina ‘sociedad de la información’ viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de

Esta Directiva pretende eliminar algunos de los obstáculos que dificultan el desarrollo de los Servicios de la Sociedad de la Información dentro del ámbito de la Unión Europea y el mercado único, en particular intenta desarrollar un ámbito normativo coordinado, eliminando diferencias entre los distintos Estados miembros y la inseguridad jurídica que todo ello comporta. Lo que se busca es alcanzar un alto nivel de integración jurídica comunitaria para establecer un espacio sin fronteras interiores, coordinando las legislaciones nacionales y aclarando conceptos para crear un marco jurídico que genere confianza a los consumidores y garantice la libre circulación de servicios en el mercado interior de la Unión Europea.²³⁹

6.1. La Exoneración de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE (Sección 4, Capítulo II)

Las disposiciones de la Directiva del Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información (DCE) en relación a la responsabilidad de los PSSI de Intermediación por sus actividades comerciales de intermediación son relativamente amplias en los aspectos que abarca, conocido en el vocabulario comunitario como “aproximación horizontal”, ya que incluye cualquier tipo de violación de derechos de otras partes, es decir, la propiedad intelectual e industrial, y los derechos de la personalidad, como el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, etc.²⁴⁰

El considerando 14 especifica que:

“la aplicación y ejecución de esta Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere ... a la responsabilidad de los intermediarios, la

transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.” Véase el BOE núm. 166, de 12 de julio; corrección de errores en BOE núm. 187, de 6 de Agosto.

²³⁹ Véase PLAZA PENADÉS, J., “La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 407-415. En el mismo sentido vid. PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 147-148.

²⁴⁰ En este sentido, GARROTE, I., *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 13. En los mismos términos, PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 219-226.

presente Directiva no puede evitar el uso anónimo de redes abiertas como Internet.”

El considerando 18 de la DCE ilustra la diversidad de actividades que encajan en la noción de SSI siempre que se lleven a cabo “a distancia” y “por vía electrónica”, aunque más inconcreto resulta su carácter “normalmente” remunerado. Los SSI no sólo incluyen actividades económicas relacionadas con la contratación electrónica sino cualquier actividad que no sea remunerada por aquellos que las reciben, ya que se pueden obtener ingresos por otras vías, como por ejemplo, la publicidad. Esta distinción es de gran importancia ya que extiende el ámbito de protección de responsabilidad a un mayor número de actores. Por ejemplo, los servicios de radiodifusión televisiva retransmitidos por una conexión de ancho de banda normal no estarían incluidos en los SSI, aunque la demanda directa de un servicio a la carta de visionado directo (“*streaming*”) sí que lo estaría. Sin embargo, la simple comunicación entre dos individuos realizada por vía electrónica fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, no significa que éstos se estén prestando servicios de la sociedad de la información por lo que se excluye expresamente del concepto de SSI, ya que no tendría sentido exigir en un caso así cumplir los requisitos que se le exigen a un PSSI. Básicamente, el considerando 18 explica que las actividades de los SSI abarcan tres categorías: la transmisión de datos o información, el acceso a las redes de comunicación y el alojamiento de contenido. Sin duda el legislador intentó que la noción de SSI englobase supuestos muy heterogéneos bajo una misma categoría para incluir una pluralidad de servicios futuros y, por lo tanto, posiblemente desconocidos en el momento de elaborar la definición.²⁴¹

De acuerdo con la DCE, en la UE los PSSI de Intermediación no pueden ser declarados responsables por las violaciones de derechos de autor realizadas por sus usuarios mientras no permanezcan pasivos y retiren contenido infractor tan pronto sean notificados de su existencia. Esta norma ha sido ampliada en los

²⁴¹ Véase CAMACHO, S., *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*, Col. Derecho de las Nuevas Tecnologías, ed. Reus, Madrid, 2005, pp. 31-39. En cuanto a las dudas que ha suscitado que el empleo del correo electrónico quede excluido como un SSI, la autora resume que debe excluirse como tal toda actividad extraprofesional, es decir, fuera de la profesión, negocio o actividad profesional, mediante correo electrónico. Por lo tanto, quedarán incluidas en los SSI las comunicaciones en el seno de una actividad económica y/o profesional. En similares términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, p. 111. PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios de Internet*, en la Colección Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 208-213. EDWARDS, L., “Articles 12-15 ECD: ISP Liability” en Editor EDWARDS, L., *The New Legal Framework for E-Commerce Europe*, ed. Hart, Oxford y Portland, 2005, p. 95. Esta última autora destaca que el punto más importante del Considerando 18 de la DCE para nuestro trabajo es que aunque un servicio pueda resultar gratuito para el usuario, esto no significa que el PSSI de intermediación quede excluido de las exenciones de responsabilidad de dicha Directiva, si el servicio queda englobado de algún modo en la “actividad económica” que ofrece. Véase en este sentido las Conclusiones del Abogado General, Maciej Szpunar, en relación al Caso Fadden, infra 9.4.4.

EE.UU. con la Sentencia del caso Grokster del Tribunal Supremo que confirma que:

“quien distribuye un programa P2P con el objetivo de que se infrinjan derechos de autor, ...es responsable por las consecuencias de los actos vulneradores de derechos por parte de terceros”.

Por ello, según el Tribunal Supremo de EE.UU., aquel que “induce a otros a infringir derechos de autor” haciendo publicidad en ese sentido por el uso de su protocolo P2P, no podrá ser protegido por los artículos de exención de responsabilidad de la DMCA.²⁴²

Cuando un PSSI de Intermediación no actúa como intermediario sino como prestador de contenidos, no podrá acogerse a la exención de responsabilidad que establece la directiva comunitaria. En estos casos se aplicarán las normas en vigor en cada Estado Miembro. Del mismo modo aplicaría la legislación mencionada si algún intermediario no cumple con alguna de las condiciones o “puertos seguros” que se especifican en cada uno de los artículos 12 a 14 de la DCE. Sin embargo, en el ámbito civil, los artículos 12.3, 13.2 y 14.3 nos recuerdan que las acciones de cesación y las medidas cautelares están a salvo de la protección por responsabilidad que sí disfrutaban los PSSI de Intermediación en las acciones por daños y perjuicios.²⁴³

Los artículos 12-15 de la DCE, así como algunas disposiciones de la DDASI establecen el régimen general de la UE sobre la responsabilidad de los prestadores de la sociedad de la información de intermediación. En su diseño, la gran disparidad existente entre los Estados Miembros en este ámbito se consideraba un problema para el funcionamiento equilibrado del Mercado Interno por lo que su armonización se estableció como una prioridad. Incluso la

²⁴² En este sentido SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 118-119. En similares términos, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 314. VERA SANTOS, J.M., “Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.203. Los dos últimos autores destacan que en el Estado Español, al igual que en los EE.UU., también se ha implementado la exención de responsabilidad de los PSSI de Intermediación llamados Instrumentos de Búsqueda, Recopilación de Datos o de Enlaces a sitios de Internet, siempre que cumplan con ciertos requisitos. Las exenciones en los cuatro tipos de PSSI de intermediación fueron incorporadas al ordenamiento jurídico del Estado Español mediante los artículos 13 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de los Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI). La LSSI recogía la regulación de esta cuestión por parte de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea. Esta ley contempla determinados servicios, al igual que la DCE, que denomina “servicios de intermediación”. En el Anexo de la LSSI se definen como “PSSI de intermediación a: 1. La provisión de servicios de acceso a Internet. 2. La transmisión de datos por medio de redes de telecomunicaciones.3. La realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios (“caching” o copia en memoria caché).4. El alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por terceros (“hosting”) y 5. La provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o la provisión de enlaces (“linking”) a otros lugares de Internet”.

²⁴³ En ese sentido, GARROTE, I., *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 13-14.

protección por la posible responsabilidad de los prestadores se consideró un incentivo para el desarrollo de este tipo de servicios que de otro modo no existirían por miedo a represalias legales. La ausencia de limitaciones en la posible responsabilidad o bien evitarían que los prestadores existiesen en el mercado o bien reduciría seriamente los servicios que se ofrecen. Es importante entender a qué situaciones se refieren los artículos 12-15 de la DCE, ya que cubren la responsabilidad de los intermediarios en su papel como “intermediarios”, no como editores de contenidos. Dicho de otro modo, estos artículos de la DCE, analizados extensamente a continuación, analizan la exención de responsabilidad civil, administrativa y penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información como meros intermediarios, pero no afectan a la responsabilidad del vulnerador primario o directo que tiene control sobre el contenido, ni limita que los Estados Miembros puedan legislar para acabar con este tipo de vulneraciones²⁴⁴.

6.1.1. La Exención de Responsabilidad en los Servicios de Transmisión de Datos y Provisión de Acceso o “Mere Conduit” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 12)

El artículo 12 de la DCE convierte a los intermediarios pasivos en exentos de responsabilidad. Se refiere al tipo de situación en la que el PSSI no ha producido la información ni ha escogido el receptor de la misma, sino que actúa como un mero transmisor. El artículo 12.1 establece que el proveedor no será responsable si: a) no inicia la transmisión; b) no escoge al receptor; y c) no selecciona o modifica la transmisión en tránsito. Las condiciones impuestas describen el papel pasivo del transmisor. La primera condición significa que debe ser siempre el usuario final el que solicita la información a través de Internet. La segunda implica que el intermediario no debe filtrar a los receptores, ni puede restringir el acceso a unos sí y a otros no. La última elimina la posibilidad de un control editorial. Según este artículo 12, si la actuación del intermediario se puede

²⁴⁴ Véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 112-113. En similares términos, ROBLES LATORRE, P., “La Regulación Legal de Intercambio de Ficheros en las Legislaciones Comunitaria, Europea y Española” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 201. WU, T., “Copyright’s Communications Policy” en *Michigan Law Review*, Vol. 103, 2004, pp. 278-367. Este último autor argumenta, además, que los legisladores de derechos de autor en el ámbito digital deben tener en cuenta los aspectos de la compleja infraestructura de Internet, ya que esas leyes en el fondo también acaban legislando sobre el uso que puede o no hacerse de la tecnología disponible.

considerar como la de un creador o un distribuidor de la información, estaría expuesto a responsabilidad.²⁴⁵

En este apartado las transmisiones incluyen almacenaje temporal con el único propósito de llevar a cabo las transmisiones y con la condición de que la información no se almacene durante periodos más largos de lo razonablemente necesario. Este almacenaje es normalmente automático y tiene lugar mientras tiene lugar la transmisión y no para otros propósitos, como, por ejemplo, recopilar datos. El Considerando 20 dice que la transmisión consiste en la comunicación de la información al receptor del servicio. Los receptores se definen en el Considerando como cualquier individuo que busca información para uso profesional o privado, independientemente de la naturaleza de la información. Debe entenderse que la responsabilidad que tratamos en este apartado incluye la posibilidad de una responsabilidad civil o penal. Existe la posibilidad según el Artículo 12.3 de la DCE que los tribunales o las autoridades administrativas puedan detener o prevenir que existan infracciones, lo cual normalmente se consigue con medidas cautelares.

El punto principal de este apartado es que el transmisor es pasivo, no crea la información, ni la controla, ni la conoce. Esta solución es necesaria y comprensible, ya que la alternativa contraria obligaría al intermediario a controlar constantemente el tráfico en su red en busca de infracciones potenciales, un proceso tan difícil como ineficiente. La experiencia de otras jurisdicciones confirma este punto de vista. Así que teniendo en cuenta el redactado del Artículo 12, no queda claro si los PSSI de Intermediación tienen la obligación de actuar si se les informa de que información infractora está pasando a través de su red. A diferencia de los Artículos 13 y 14, no se impone dicha obligación. Por tanto, el Considerando 42 así como el Artículo 12.1 parecen indicar que el conocimiento y el control eliminan la protección de responsabilidad.²⁴⁶

6.1.2. La Exención de Responsabilidad en el Almacenamiento en Memoria Caché o “Caching” (La

²⁴⁵ En estos términos FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en Rutgers Computer & Technology Law Journal, 1/Enero/2011, p. 11, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016.

²⁴⁶ Véase en este sentido SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 113-114. El autor se pregunta qué resultado judicial tendría el caso en el que un PSSI de Intermediación de Acceso a un dispositivo móvil firmase un contrato con un proveedor de aplicaciones o contenidos disponibles a través de una “Tienda de APPs” (“APPs Store”) para el uso de sus suscriptores. Opina que, seguramente, perdería la protección de este Artículo. En similares términos, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, pp. 178-179. PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, p. 162.

Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 13)

El Artículo 13 de esta Directiva exime de responsabilidad a los PSSI de Intermediación (aunque también pueden tener lugar en cualquier punto entre ellos y el usuario final, incluido el dispositivo del usuario) que realizan copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, también llamada "caching" o almacenamiento en memoria caché. El "caching" se define como el almacenaje automático, intermedio y temporal de datos de ordenador a los que posteriormente se accederán de forma más rápida y sencilla. El término automático implica la ausencia de una intervención deliberada o humana con el ánimo de guardar una comunicación concreta. El almacenaje intermedio significa que el PSSI de Intermediación no es ni el origen de la información, ni el receptor de la misma, y por último, el carácter temporal de su almacenaje implica que no podrá guardarse indefinidamente. Comparado con el Artículo 12 anterior, ambos exigen de responsabilidad por almacenaje temporal, siendo la diferencia la longitud y la naturaleza del almacenaje ya que, a diferencia de la "mere conduit", no es necesario ir a la fuente original en cada ocasión. En cuanto a la longitud del almacenaje, la única finalidad del "caching" es hacer más eficaz la transmisión ulterior a otros destinatarios que soliciten las páginas web más solicitadas, para no perder tanto tiempo en cada ocasión y tener que ir a buscar los datos en el "hosting" original. Todo ello, sin que el PSSI de Intermediación interfiera en las condiciones impuestas por el lugar de origen, ni en la tecnología lícita que utilizan las páginas web para obtener estadísticas de las veces que los usuarios acceden a las mismas. Del mismo modo que en el Artículo 12, las autoridades administrativas o los tribunales pueden solicitar prevenir o finalizar la vulneración de derechos ya que estas copias efímeras guardadas en memoria caché por los PSSI de intermediación en ocasiones duran un instante pero en otras ocasiones pueden llegar a durar hasta años.²⁴⁷

²⁴⁷ Véase PEGUERA, M., "Servicios de la Sociedad de la Información" en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, p. 163-164. En el mismo sentido, CASAS VALLÈS, R., "Propiedad Intelectual" en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 316-317. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., "Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información" en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, pp. 183-185. SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 114-115. El autor Andrej Savin destaca que el "caching" que ciertos buscadores realizan, como por ejemplo Google, seguramente no cumplen con los requisitos de temporalidad de este Artículo, ya que cumplen características de almacenamiento permanente. Es más, este buscador incluso ofrece el servicio de presentar copias del mismo sitio web realizadas en distintos momentos en el tiempo, lo cual no está en consonancia con la intención del legislador. Además, en las pp. 126 y 127 describe cómo están exentas de la explotación de los derechos de autor este tipo de reproducciones ya que forman parte del proceso tecnológico normal y sin las cuales no funcionaría todo el sistema.

6.1.3. La Exención de Responsabilidad en las Actividades de Alojamiento de Datos o “Hosting” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 14)

Al contrario que en los casos de “*mere conduit*” o “*caching*”, el “*hosting*” es un acto permanente y metódico de almacenaje de información basado en un contrato entre un proveedor y su usuario bajo el cual la información queda depositada en el servidor del alojador y es accesible al público en general. Este Artículo establece que el PSSI de Intermediación no será responsable si no tiene conocimiento efectivo de que la actividad de la información depositada es ilícita y “*en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*”, y si siendo informado del carácter ilícito del contenido, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a los mismos sea imposible. La primera condición no se cumplirá cuando el PSSI de Intermediación sea conocedor de que una proporción importante de las actividades en sus servidores sea ilícita por naturaleza. La segunda condición puede plantear serios problemas cuando el PSSI de Intermediación sea informado por un tercero que no sea el titular de derechos de que aloja un contenido ilícito, ya que si lo retira diligentemente por miedo a ser considerado responsable y no es ilícito, puede estar censurando contenido lícito y, además, el usuario cuyo contenido lícito ha sido eliminado puede presentar una demanda. Por ello, normalmente los PSSI de intermediación de alojamiento no retiran el contenido si no son informados directamente por el titular de derechos afectado. Por último el apartado 3 del Artículo 14 permite a los Estados Miembro, por un lado, a que un tribunal o una autoridad administrativa exija a un PSSI de Intermediación de Alojamiento a poner fin a una infracción o impedir la y, por otro, a establecer procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.²⁴⁸

6.1.4. El Deber de Retención de Datos de Tráfico Relativos a las Comunicaciones Electrónicas o “Monitoring” (La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los

²⁴⁸ En estos términos SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 115-117. Según el autor, una interpretación demasiado estricta del Artículo 14 de la DCE obligaría a los PSSI de Intermediación a monitorizar el contenido, lo cual está expresamente prohibido en el Artículo 15 que analizaremos a continuación y un completo aislamiento de la responsabilidad favorecería la existencia de contenido vulnerador de derechos, ya que únicamente aquellos PSSI de Intermediación informados por los titulares de derechos de que alojan contenido ilícito dejarían de estar protegidos. En el mismo sentido véase TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, pp. 179-180. PÉGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, p. 166.

Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, Artículo 15)

El Artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembro una doble obligación de algo que no deben hacer cuya actividad tiene naturalezas distintas. De una parte, deberán abstenerse de imponer a los PSSI de Intermediación una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen sus usuarios, es decir, no es necesario observar la información que circula a través de sus servicios, y, de otra, no se impondrá una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. En otras palabras, no tendrán la obligación de intentar localizar a posibles sospechosos que presuntamente quebranten la ley.²⁴⁹

La primera obligación general de no supervisar a los usuarios es muy importante, ya que algunas sentencias de casos anteriores de Estados Miembro parecían confirmar lo contrario.²⁵⁰ Sin embargo, si los PSSI de Intermediación reciben información relevante por parte de titulares de derechos en cuanto que sus servicios están siendo utilizados para infringir sus contenidos, el Artículo 15, apartado 1, no les permite permanecer pasivos. Por tanto, la responsabilidad del PSSI de Intermediación sólo existirá si después de ser informado de que existe contenido vulnerador de derechos, no actúa diligentemente para eliminarlo o evitar el acceso al mismo. Desde nuestra perspectiva, esta exención de responsabilidad es condicionada, del mismo modo que la de EE.UU., llamada Procedimiento de Notificación de Retirada de Contenido (Supra 1.4.2.b) y 5.2.3.), aunque como ya sabemos no afecta a las redes P2P ya que los contenidos están situados en los dispositivos de los usuarios, es decir, fuera del control de los PSSI de intermediación de acceso. Una obligación general de monitorizar las actividades de los usuarios por parte de los PSSI de intermediación de acceso cada vez sería más costosa y difícil de gestionar al ritmo que se incrementa el uso de Internet cada año, además de que es difícil evaluar por un operador técnico si un determinado contenido vulnera o no derechos de autor.²⁵¹

De acuerdo con el Artículo 15, apartado 2, los Estados Miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los PSSI de Intermediación comuniquen a las autoridades públicas presuntos datos ilícitos o actividades ilícitas llevadas a

²⁴⁹ Véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 394. En el mismo sentido, véase Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto SABAM, apartado 46 (infra 9.4.2.a)).

²⁵⁰ Por ejemplo, la sentencia en Primera Instancia del Juzgado de Munich en el caso Somm (Compuserve) del año 1998, No. 8340 Ds 465 Js 173158/95.

²⁵¹ Véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, pp. 117-119. El autor destaca de que a pesar de que la mayoría de los PSSI de Intermediación Europeos no monitorizan los contenidos transmitidos, algunos tienen contratados a individuos para comprobar y borrar contenidos potencialmente ilegales. Desde nuestro punto de vista el autor en este punto tampoco tiene en cuenta las posibles razones comerciales (“la mano invisible”) de las que habla el Profesor Lessig de vigilancia de las actividades de los usuarios por interés económico. En el mismo sentido, PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 171.

cabo por sus suscriptores, así como la obligación, si las autoridades competentes lo solicitan, de identificar a los destinatarios de sus servicios. Sin embargo, este apartado no aplica en el caso de que sean los titulares de derechos de autor los que soliciten información de aquellos suscriptores desde cuyas direcciones IP presuntamente se vulneran derechos de autor, como se confirmó en el caso PROMUSICAE y derivados (Infra 9.4.1.)²⁵²

7. Las Diferencias Legislativas entre la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” (“DMCA”) y la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE

Hay ciertas diferencias entre ambos ordenamientos que pasamos a analizar a continuación. La perspectiva y las necesidades de la Unión Europea eran muy distintas a la de los EE.UU., ya que tenía la obligación de evitar la divergencia normativa y jurisprudencial de los Estados Miembros en materia de responsabilidad de los PSSI de Intermediación, creando un marco normativo más amplio armonizando a todos los Estados a la vez. La consecuencia ha sido una aproximación distinta de ambas legislaciones.

7.1. La Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” o DMCA sólo exime de ilícitos por vulneración de derechos de autor, mientras que la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE exime de ilícitos de cualquier tipo.

²⁵² En este sentido véase PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, p. 171. En los mismos términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., p. 118. Por otro lado, en el Estado español, el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas de la ley LSSI, Artículo 12, en un principio limitaba la posible retención de los datos electrónicos por parte de las empresas operadoras de servicios de comunicaciones durante doce meses y estrictamente en los supuestos de infracción penal y consiguiente investigación criminal. En resumen, el artículo 12 de la LSSI que limitaba la entrega de los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas estrictamente a los jueces de las salas penales estuvo vigente durante cinco años, desde 2002 hasta 2007, hasta que fue derogado por el apartado primero de la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones. Actualmente en el precepto 12 bis 4º se establece la obligación de los PSSI de intermediación de informar a sus suscriptores sobre la posible utilización ilícita de sus servicios, que pueda atentar, entre otras materias, contra los derechos de autor. También ROBLES LATORRE, P., “La Regulación Legal de Intercambio de Ficheros en las Legislaciones Comunitaria, Europea y Española” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 201.

Los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información han abordado la limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación de acuerdo con una aproximación horizontal al contrario que el tratamiento vertical por el que ha optado el ordenamiento jurídico estadounidense mediante la modificación de la Ley “*Copyright Act*” con la entrada en vigor de la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” en el año 1998 y que excluye sólo la responsabilidad civil indemnizatoria que pueda derivarse de contenidos o actividades que infringen los derechos de autor. Si reflexionamos un poco, nos damos cuenta que la responsabilidad de los PSSI de Intermediación por los contenidos que se alojan en sus servidores o que se transmiten por la Red no es un problema específico del derecho de autor ya que la vulneración de estos derechos en Internet no deja de ser la manifestación de un problema más amplio, es decir, de la posible responsabilidad por infracción indirecta de los PSSI de Intermediación por los contenidos ilícitos de toda clase que sus clientes introducen y transmiten a través de la red valiéndose de sus servicios. Por todo ello, la Unión Europea engloba todos los conceptos: las responsabilidades que se derivan por el ofrecimiento, la venta y prestación de productos o servicios ilícitos, la difusión de publicidad ilícita o desleal, y/o, finalmente, por la vulneración del derecho al honor o de la intimidad de las personas. Esta diferencia también tiene su lógica por la necesidad en la Unión Europea de evitar la divergencia normativa y jurisprudencial de los Estados Miembros en materia de responsabilidad de los PSSI de Intermediación, creando un marco normativo más amplio armonizando a todos los Estados.²⁵³

Volviendo al ordenamiento vertical estadounidense, otras leyes sectoriales vienen a completar la exención parcial de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de Intermediación de la “*DMCA*”. En su artículo sobre el “buen samaritano” (Good Samaritan), la Ley *Telecommunications Decency Act* de 1996²⁵⁴ exime de responsabilidad a los PSSI de intermediación por las actuaciones de sus usuarios en Internet. De hecho, actualmente cubre todos los aspectos de exención parcial de los PSSI de intermediación en el ámbito de infracciones civiles excepto los derechos de autor (cubierta específicamente por la “*DMCA*” que modificó la “*Copyright Act*” o Ley de derechos de autor en 1998) y las

²⁵³ En este sentido véase MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *Revista de la Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal S.A., Madrid, 2003, pp. 34-35. Incluye tanto si la información o actividad alojada o transmitida infringe derechos de autor como si constituye, un atentado al honor o al derecho a la intimidad, un acto de competencia desleal, una infracción de derechos de marca, injurias, calumnias, difusión de pornografía infantil, xenofobia, apología del terrorismo, revelación de secretos o, en resumen, cualquier supuesto de ilicitud del que pueda derivarse responsabilidad. En similares términos, PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp 205.

²⁵⁴ Véase la sección 230 (c) de la FCC, disponible en <http://www.fcc.gov/telecom.html> últ. vis. 23/Oct/2015.

materias normativas de competencia federal de los Estados Unidos (como, por ejemplo, las leyes contra la obscenidad o la pornografía infantil).²⁵⁵

7.2. Las limitaciones de Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de las infracciones de los derechos de autor en la Ley “Digital Millenium Copyright Act” (“DMCA”) comparado con la exención de responsabilidad penal, civil y/o administrativa en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, siempre que se cumpla con los condicionantes establecidos.

Otra diferencia sustancial al comparar ambos sistemas es que la “DMCA” sólo cubre la limitación de responsabilidad civil extracontractual con su correspondiente indemnización económica, mientras que en la Unión Europea se exime a los PSSI de Intermediación de cualquier tipo de responsabilidad, penal, civil y/o administrativa, siempre que cumplan de forma diligente las obligaciones o condiciones marcadas en la Directiva sobre el comercio electrónico. Es decir, el requisito de “falta de conocimiento efectivo”, o ignorancia de que la actividad del usuario es ilícita, es necesaria en una acción del orden civil de daños y perjuicios para no perder el beneficio de la exención de responsabilidad. En cuanto a la cobertura que ofrece la limitación de responsabilidad que otorga la DMCA al PSSI de intermediación, ésta no es absoluta, sino que se limita únicamente a dos efectos, por lo que nos referimos a ellas con el término “limitaciones” de responsabilidad. La primera limitación es el eventual deber de indemnizar económicamente al perjudicado, es decir, de prestar la denominada “*monetary relief*” o reparación monetaria que se excluye por igual en los cuatro supuestos, ya sea el mero acceso o transmisión (“*mere conduit*”), el “*caching*” o copia en memoria caché, el alojamiento o “*hosting*” y el enlace o instrumentos de búsqueda. En la segunda, se excluye, aunque no completamente, la posibilidad de ejercitar acciones de cesación contra el PSSI de intermediación, es decir, la posibilidad de exigirle reparación judicial o “*injunctive relief*”, aunque con ciertas diferencias en los cuatro supuestos legales.²⁵⁶

²⁵⁵ En este sentido, XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, pp. 2-3. En similares términos, PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 9-34. Y en la página 3 el autor destaca que otro grupo importante de contenidos o actividades ilícitas, por desgracia cada vez más creciente, son las infracciones con contenidos de pornografía infantil.

²⁵⁶ En estos términos véase PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp.122-125. Ambos ordenamientos difieren totalmente en cuanto que la legislación de la Unión Europea exime de

7.3.La Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE, al contrario que la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” o DMCA no recoge directamente la exención de responsabilidad en la provisión de enlaces (“*linking*”) o de instrumentos de búsqueda.

Al contrario que en los casos de las demás exenciones analizadas anteriormente, “*mere conduit*”, “*caching*” y “*hosting*”, la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y los Servicios de la Sociedad de la Información o DCE no recoge directamente de la “DMCA” Estadounidense el apartado de la exención de responsabilidad en la provisión de enlaces (“*linking*”) o de instrumentos de búsqueda, que deriva del hecho de ofrecer vínculos directos a otro lugar de la Red. Aunque la mayor parte de los Estados miembros (Francia, Alemania, o el Reino Unido) no mencionan esta categoría en sus respectivas legislaciones, algunos Estados han incluido la exención de responsabilidad en estos casos para el PSSI de Intermediación, cuando los servicios son los de mera transmisión de información o “*mere conduit*”, como el caso de Austria, o equiparándolos al “*hosting*”, como en el caso de España. Sin embargo, la Unión Europea lo tiene bien presente, ya que considera necesario analizar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización, aunque la resolución de casos ha resultado que si la actividad se mantiene neutral a la hora de interferir en el contenido de los usuarios de la Red, la exención de responsabilidad para este tipo de PSSI de Intermediación está garantizada en Europa.²⁵⁷

todo tipo de responsabilidades, incluida la penal. Además, el autor utiliza el término “tutela resarcitoria” como traducción de la obligación de indemnizar económicamente al perjudicado o “*monetary relief*”. Nosotros hemos traducido el término como “reparación monetaria”. Véase la definición de la misma en la sección 512 (k)(2) de la ley DMCA, traducido por la autora al final de este trabajo, en el ANEXO I. La reparación monetaria o “*monetary relief*” incluye tanto los daños y perjuicios, como las costas y otros conceptos indemnizatorios de carácter monetario. En cuanto a la posibilidad de exigir reparación judicial en los cuatro supuestos, el autor realiza un exhaustivo análisis en las páginas 124 y 125. Lo más importante es que en todos los casos se libera al PSSI de Intermediación, si este cumple con diligencia las condiciones, la obligación de indemnizar económicamente al perjudicado o titular de derechos de autor cuyos contenidos han sido vulnerados.

²⁵⁷ En este sentido, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 104-105. En similares términos véase PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 169-170. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, pp. 182-183. STROWEL, A., et HANLEY, V., “Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 76-77

CAPÍTULO IV: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR AL INTERCAMBIARSE LOS USUARIOS CONTENIDO DIGITAL PARA USO PRIVADO CON LAS REDES “PEER-TO-PEER” (“P2P”) EN LOS EE.UU. TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY “DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT”

8. Los Estados Unidos.

La relevancia que ha tomado el “copyright” o los derechos de autor en las dos últimas décadas por la transmisión y distribución de texto, imágenes y sonido a través de Internet, especialmente por el uso de redes P2P, ha obligado a los Tribunales Estadounidenses a ampliar el derecho asociado al mismo a través de las leyes y la jurisprudencia para preservar la idea de los intereses de propiedad de los titulares de derechos. Ya no nos podemos imaginar hablar de la legislación asociada al derecho de autor sin pensar en la información digital, los buscadores, los PSSI de intermediación y el ancho de banda. El concepto de “*copyright*” se ha remodelado por completo al existir las redes sociales, las redes de intercambio de archivos P2P, la DMCA y los nuevos modelos de negocio de explotación de contenido.²⁵⁸

²⁵⁸ En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 349. Ciertamente el área de Política de los Derechos de Autor, Creatividad e Innovación en la Economía Digital del Ministerio de Comercio del gobierno de Los Estados Unidos que trabaja de forma conjunta con el Coordinador de la Oficina de Implementación de la Propiedad Intelectual que reporta directamente al Presidente de los EE.UU. tal como se estableció en la Ley Promulgada en el año 2008 (infra 8.2.1.) identificó en el año 2013 una serie de aspectos importantes sobre los derechos de autor que sigue analizando con el ánimo de desarrollar soluciones lógicas y equilibradas en esta época digital que estamos viviendo. En el año 2016, este organismo editó un análisis centrándose en temas como cual sería el marco jurídico adecuado para la creación de las llamadas “*remixes*” que como ya hemos visto en el primer capítulo, consiste en realizar nuevas creaciones a partir de otras ya existentes; de como se debe implementar la doctrina del “*first sale*” o el derecho de agotamiento en la era digital para que sea coherente con el derecho en este sentido existente en la era analógica, o de como debe legislar el Congreso de los EE.UU. para que los jueces puedan calibrar adecuadamente el nivel de “*statutory damages*” que deben ser impuestos en los casos de usuarios de Internet que han sido acusados de vulnerar directamente derechos de autor por el intercambio de contenidos a través de las redes P2P (supra 5.), así como en los casos en que los PSSI de Intermediación son acusados de responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones directas de derechos de autor por parte de los usuarios cuando se trata de vulneraciones masivas, entre otras. En este sentido, véase el “Segundo” Libro Blanco del Ministerio de Comercio (U.S. Department of Commerce) llamado “*U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*”, 2016, disponible en <https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/copyright/internet-policy-task-force> Últ. vis. 20/Sep/2016.

Además, al remodelar el Estado Federal la legislación en esta área, se ha ido más allá de lo constitucionalmente reconocido, ya que en el ámbito digital el usuario final ha dejado de disfrutar de derechos presentes en la era analógica. Instituciones como el “*fair use*” (usos lícitos o razonables), una doctrina del “*common law*” estadounidense que concede limitaciones y excepciones a las obras y prestaciones de los titulares con derechos de autor, o el “*first sale*” (derecho de agotamiento) y otros usos privilegiados presentes como excepciones o limitaciones de los privilegios concedidos a los autores tan sólo treinta años atrás, son actividades ilegales para aquellas obras distribuidas en las redes digitales. Por ejemplo, ojear un libro prestado para saber si te gusta, prestar una revista a un amigo, quedarte copia de un artículo de la prensa escrita o darle un DVD infantil a tus sobrinos una vez ya lo hayan visto tus hijos, todas estas actividades bastante inocuas en la era analógica, pasaron a ser actividades ilegales tras la redacción del “*White Paper Intellectual Property and the National Information Infrastructure*” (supra 5.1., conocido como “Libro Blanco” en la década de los noventa en EE.UU.) que se preparó como documentación previa a la redacción del WCT y WPPT en el ámbito internacional y de la nueva legislación Estadounidense del año 1998 al respecto (supra 5.2.). En otras palabras, a la posibilidad de realizar actividades como hojear, compartir o hacer copias no-comerciales privadas de obras con derechos de autor se les ha eliminado la legalidad, reduciendo dramáticamente el acceso a la información del público en general y aumentando su disponibilidad bajo demanda económica.²⁵⁹

²⁵⁹ Véase en general, BARTOW, A., “A Restatement of Copyright Law as More Independent and Stable Treatise” en *Brooklyn Law Review*, Vol. 79, issue no. 2, 2014, pp. 457-503, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552009, últ. vis. 17/Mar/2017. SAMUELSON, P., “The Copyright Grab” en *WIRED Digital Inc.*, 1996, disponible en http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white_paper_pr.html Últ. vis. 2/Jun/2014. En el mismo sentido, GINSBURG, J.C., “Copyright and Control over New Technologies of Dissemination” en *Columbia Law Review*, Vol. 101, 2001, p. 1605. VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001, pp. 174-179. BENKLER, Y., “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain” en *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 354-446. REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 303-304. Los autores detallan cómo el compromiso histórico que se había alcanzado en el año 1996 durante la negociaciones de los Tratados WCT y WPPT a escala internacional, que adaptaba el Tratado de Berna sobre Derechos de Autor al ámbito digital, no se implementó correctamente en la legislación Estadounidense a causa de la promulgación de las Secciones 1201 (c), 1201 (a) y 1201 (b) de la DMCA relativas a las medidas anti-elusión de los sistemas tecnológicos de protección, que han hecho muy difícil, sino imposible el acceso e incluso la defensa de usos legítimos privilegiados de contenidos con derechos de autor, como los usos lícitos o razonables o la institución del derecho de agotamiento existente en la era analógica. Incluso el autor, GHIDINI, G., *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2006, pp. 71-74, culpa expresamente a esta legislación estadounidense de eliminar la posibilidad de acceso a la cultura y a la información, discriminando por motivos económicos y comprometiendo los esquemas de las sociedades democráticas.

8.1. Jurisprudencia Posterior a la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” (DMCA)

8.1.1. Redes “*Peer-to-Peer*” (“P2P”) Centralizadas o de Primera Generación

La primera empresa en distribuir un protocolo P2P que utilizaba un modelo de intercambio de archivos que se almacenaban directamente en los dispositivos de sus usuarios fue la compañía Californiana *Napster*. Sin duda, la innovación tecnológica de este programa “*peer-to-peer*” en relación al sistema de distribución de música tradicional causó un gran impacto a escala global. Además, tal y como hemos explicado en el segundo capítulo de este trabajo, el modelo de intercambio de archivos entre usuarios de *Napster* estaba relacionado exclusivamente con la transmisión de fonogramas musicales. Por ello, la asociación que representa a varios productores de la industria musical llamada *Recording Industry Association of America* (también conocida como *RIAA*) y encabezado por la empresa *A&M Records, Inc.* fue la demandante de *Napster Inc.*²⁶⁰

a) Caso “*Napster*” o el control directo sobre los índices que hacían posible el intercambio de fonogramas entre usuarios.

En Diciembre de 1999, varias empresas productoras de música, en concreto, *A&M Records, Inc.*, *Geffen Records, Inc.*, *Interscope Records*, *Sony Music Entertainment, Inc.*, *MCA Records, Inc.*, *BMC Music*, *Universal Records, Inc.*, *Arista Records, Inc.*, *Warner Bros. Records, Inc.*, *Atlantic Recording Corporation*, *Island Records, Inc.*, *Motown Records Company L.P.*, *Capitol Records*, *La Face Records*, *RCA Records Label*, *Elektra Entertainment Group*, *Sire Records Group, Inc.*, *Virgin Records America, Inc.* y *Poligram Records Inc.* presentaron una demanda contra *Napster, Inc.* en el Tribunal del Distrito Norte de California, alegando entre otras reclamaciones la de responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios de la Red por vulneración de derechos de autor, en concreto “*contributory*” y “*vicarious copyright infringement*”, por facilitar el intercambio de archivos de música en formato mp3 a través

²⁶⁰ Véase en este sentido MINAR, N., et HEDLUNG, M., “A Network of Peers: Peer-to-Peer Models through the History of the Internet” en *Peer-to-Peer: Harnessing the Benefits of Disruptive Technologies*, ed. A. Oram, O’Reilly, 2001. También, BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 755-790. GINSBURG, J.C., “New from the US – Developments in U.S. Copyright since the Digital Millenium Copyright Act (Part I)”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, n° 196, Abril 2003, p. 159.

de un servidor con índices centralizado en su página web. Por su parte, Napster Inc. alegó que no se le podía considerar responsable de las infracciones derivadas de este programa amparándose en varias defensas de la doctrina del “*fair use*” que realizan los usuarios del sistema y por los múltiples usos que se hacían del servicio que no vulneraban derechos de autor. Así mismo afirmaba que su actividad estaba comprendida dentro de una de las limitaciones de responsabilidad previstas para los PSSI de intermediación (“*safe harbors*” o puertos seguros) y que no se trataba de un supuesto de responsabilidad indirecta o derivada de la infracción de los usuarios de la Red por no darse las características que definen esta figura jurídica. Las discográficas demandantes solicitaron que se impusiera a Napster la obligación de no colaborar con los usuarios de la Red en la transmisión o distribución de obras musicales protegidas por derechos de autor, sin que existiera un consentimiento previo de los titulares de los derechos. Sin embargo, las evidencias demostraron que una parte importante de los ficheros MP3 de música intercambiados estaban protegidos por derechos de autor y que ni Napster ni los usuarios pagaban royalties a los titulares de derechos por el intercambio que realizaban los usuarios de la red P2P de estas obras entre ellos.

En cuanto a la doctrina del “*fair use*” (uso legítimo o razonable) por la que se considera legítima la utilización de una obra sin necesidad de la autorización del titular, si tal utilización tiene una finalidad social y carece de entidad suficiente para perjudicar los legítimos intereses del titular, en este caso, ambos Tribunales, tanto el Juzgado del Distrito como el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, no apreciaron la existencia de este uso legítimo al entender que la conducta de los usuarios de Napster se realizaba con ánimo de lucro, a pesar de que Napster ofrecía su servicio gratuitamente, según los tribunales atentando contra la normal explotación de las obras y las reglas propias del mercado.

En el primer auto de fecha 12 de Mayo de 2000²⁶¹, el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Norte de California no entra en el fondo de la cuestión, es decir, de si la actividad de Napster vulnera o no los derechos de autor de los fonogramas de las partes demandantes. Únicamente analiza si esta empresa estadounidense puede beneficiarse de las limitaciones de responsabilidad que la sección 512 de la DMCA prevé para los PSSI de intermediación. Teniendo en cuenta únicamente la sección 512(a) o la “*mere conduit*” de la ley, el juzgado de primera instancia niega que Napster sea un PSSI de Intermediación en este sentido, básicamente porque la DMCA sólo exime de responsabilidad por “daños y perjuicios”

²⁶¹ Véase *A&M Records, Inc. v Napster, Inc.*, 2000 WL 73136, at *7 (N.D.Cal. May 12, 2000), disponible en <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/AMRecords.html> . Últ. vis. 22/Nov/2015. Auto revisado: *A&M Records, Inc. v Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 919 n.4 (N.D. Cal. 2000), Decided August 10, 2000.

(“*monetary relief*”) a los intermediarios, lo cual justifica que no ocurre con Napster, ya que favorece la actividad de los usuarios mediante los sistemas de búsqueda e índices de ficheros, además de ejercer cierto control sobre los usuarios al necesitar éstos conectarse a la página web de Napster para consultar los índices. Este punto, sin embargo, se cuestiona en la sentencia del Tribunal de Apelación ²⁶² ya que argumenta que en primera instancia la consideración de responsabilidad potencial derivada de las infracciones de los usuarios, “*contributory*” y “*vicarious*”, no evita la posibilidad de que Napster sí sea un PSSI de Intermediación cubierto por la sección 512(d) (supra 5.2.4), en cuyo caso un titular de derechos de autor debe realizar una notificación de la actividad infractora para que el PSSI de Intermediación tenga conocimiento de la misma. Además, de acuerdo con la sección 512(i) (supra 5.2.7.), el proveedor de servicios debe tener implementada una política sobre el uso de sus servicios tal como especifica la DMCA. Por tanto, a pesar de que puntualiza un posible problema de incumplimiento de uno de los procedimientos establecidos en la DMCA ²⁶³, el Tribunal de Apelación deja el tema sin resolver, califica el tema como discutible y lo deja pendiente para un momento posterior, es decir, para decidirse en el juicio, el cual nunca llegará a celebrarse. De hecho, Napster implementó la política escrita de uso de sus servicios de acuerdo con la DMCA justo después de emitido el primer auto del Juzgado de Primera Instancia para cumplir con lo que marca la Ley para la sección 512(d).

En el segundo auto de fecha 26 de Julio de 2000, de nuevo del Tribunal del Distrito Norte de California, la juez sí que entra en el fondo de la demanda otorgando medidas cautelares que impidan que se causen daños irreparables a los titulares de derechos, por medio del cierre inmediato del sitio *web* www.napster.com que proporcionaba el buscador de ficheros *mp3* en los discos duros de los usuarios. Esta medida cautelar se ha de implementar dos días más tarde, aunque el Tribunal de Apelación la detiene el mismo día 28 de Julio. El 10 de Agosto las medidas cautelares

²⁶² Véase *A&M Records, Inc., et al., v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, No. 00-164001, (9th Cir. 2001), Decided February 12, 2001, párrafos 73 a 77, disponible en https://www.law.cornwell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.html Últ. vis. 3/Ago/2016.

²⁶³ Sin embargo, en cuanto a este punto de la sentencia, la autora ZEPEDA, L.M., “*A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.*” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, pp. 86-87, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.ed/btlj/vol17/iss1/6> Últ. vis. 16/Mar/2016, argumenta que a pesar de que Napster no tenía implementada una política de uso de sus servicios escrita concreta relacionada con la desconexión de un usuario en caso de ser considerado un vulnerador de derechos de autor reincidente anteriormente a la presentación de la demanda por parte de las asociadas de la RIAA, sí que tenía una política de bloqueo del nombre de acceso del usuario que se conectaba a Napster y del cual tenía constancia que vulneraba derechos de autor. Por lo tanto, la autora opina de que a pesar de una falta de definición por parte del legislador de cómo el acceso al servicio debe ser interrumpido o cómo de razonable la política de desconexión del servicio debe ser para que el intermediario esté protegido, en este caso sí que Napster cumplía con su sistema con la obligación del artículo 512(i) de la DMCA en cuanto al requerimiento de bloquearle el servicio a un usuario en cuanto tenía el conocimiento de la infracción. Vid. Supra 5.2.7.

fueron ligeramente modificadas por el Tribunal del Distrito Norte de California con una “*written opinion*” (opinión escrita)²⁶⁴. La alegación de *Napster* de que concurría la doctrina de “una cantidad de usos lícitos razonables” articulándose en la jurisprudencia de la sentencia *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* en su actividad, es rechazada por la juez ya que argumenta que la actividad de *Napster*, por su carácter viral, no es comparable al caso Sony, al causar un daño irreparable al mercado potencial de las empresas productoras de fonogramas asociadas a la RIAA. Concretamente afirma que la destrucción del negocio de *Napster Inc.* por el cierre del servicio al implementarse las medidas cautelares es especulativa comparada con la evidencia estadística masiva del intercambio de ficheros de música entre usuarios que los demandados han reconocido que pueden ser hasta de 10.000 fonogramasicheros por segundo. Por ello, el Tribunal tiene el convencimiento de que sin una medida cautelar de cierre del sistema, aún aumentará más el número de infracciones directas. Hemos de recordar que al principio del procedimiento se habían reconocido como ciertas que el setenta por ciento de los ficheros transferidos entre usuarios podían ser fonogramas de titularidad de los demandantes. Además, los demandantes habían convencido al Tribunal de que los usuarios de *Napster* infringen al menos dos derechos exclusivos reservados a los titulares de derechos de autor: el derecho de reproducción en los casos en que los usuarios sitúan los fonogramas en sus dispositivos y el derecho de comunicación pública en los casos en los que los usuarios copian fonogramas en sus dispositivos a través del uso de ésta red “*peer-to-peer*”.

Como ya hemos mencionado, *Napster* apela el cierre de su página web www.napster.com tras la implementación de las medidas cautelares impuestas por la juez de primera instancia, la Sra. Marilyn Hall Patel, ante la “*U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*”, que evita la implementación de la medida cautelar impuesta por el Juzgado del Distrito

²⁶⁴ Véase *A&M Records, Inc., et al. v. Napster Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 919 n.4 (N.D. Cal. 2000), Decided August 10, 2000, disponible en https://w2.eff.org/IP/P2P/Napster/20000810_Order_Granteeing_Mtn_Pl.pdf Ult. vis. 2/Ago/2016. Es más, en esta sentencia en el punto B.2. se describe como el modelo de negocio de *Napster* ha sido el resultado de un brillante estudiante de secundaria que quería facilitar el intercambio de canciones entre sus compañeros. Sin embargo, no acabó siendo una simple herramienta de distribución entre familiares y amigos. Inmediatamente, el sistema se volvió viral, aumentando de forma exponencial, calculándose que alcanzaría los 75 millones de usuarios a finales del año 2000. En los puntos B.6. y B.7. de la sentencia se especifica que el sistema *Napster* nunca había obtenido una licencia para distribuir o bajarse digitalmente las canciones que se intercambiaban entre usuarios (según los expertos de la RIAA un 87% de las mismas eran de sus asociadas o de otras firmas musicales con derechos de autor y aproximadamente un 70% eran canciones de su titularidad o administradas por sus asociados) y que el modelo de negocio podría absorber o, por lo menos, amenazar el modelo de negocio de promoción y distribución de música de las partes demandantes, ya que podría promocionar y distribuir a artistas emergentes por una fracción del coste que asumían las partes demandantes para realizar el mismo cometido, respectivamente. En otras palabras, las empresas demandantes reconocen abiertamente que sus modelos de negocio se ven amenazados.

hasta que resuelve el caso con la sentencia de 12 de Febrero de 2001²⁶⁵. Dicha sentencia afirma las conclusiones de primera instancia en cuanto a las medidas cautelares a adoptar, aunque difiere en el razonamiento que realiza en alguna de ellas. Cuando realiza el análisis del “*contributory liability*” (supra 5.1.2.a)) reconoce que la empresa Napster puede tener la capacidad de realizar significativos usos comerciales de sus sistemas sin vulnerar derechos de autor. Incluso, razona que el Tribunal de primera instancia ha centrado excesivamente su análisis en los usos del sistema en ese momento, sin tener en cuenta las capacidades y los usos que podrían tener en el futuro. Igualmente, en cuanto al análisis del “*vicarious liability*”, aunque el Tribunal de Apelación está de acuerdo de que Napster se beneficia económicamente por la disponibilidad de los fonogramas de las demandantes, la arquitectura del servicio de Napster no le permite controlar el contenido de los ficheros que se intercambian en el sistema, ya que lo máximo que puede hacer es revisar el nombre de los índices para determinar que el mismo pueda estar relacionado con algún fonograma que presuntamente vulnera derechos de autor. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito tampoco está de acuerdo con la juez Patel en el sentido de que la responsabilidad civil potencial derivada de las infracciones directas de los usuarios de la Red convierta a las limitaciones de responsabilidad de la DMCA como no aplicables en este caso. Tal como hemos dicho anteriormente, Napster podría ser un Servicio de Provisión de Enlaces a otros sitios de Internet (artículo 512(d) en supra 5.2.4.), por lo que el Tribunal considera el tema como discutible y concluye que debe ser analizado en profundidad en el juicio que se lleve a cabo en el futuro. Por último, el Tribunal de Apelación modifica el tipo de medida cautelar que debe ser impuesta a Napster, ya que hace responsables a las demandantes de enviar las pertinentes notificaciones a Napster sobre la presencia de ficheros que vulneran derechos de autor en sus sistemas para que Napster pueda hacer lo necesario para impedir el acceso a los mismos. Sin embargo, el Tribunal de Apelación, además impone el deber a Napster, en nuestra opinión erróneamente al no respetar el artículo 512(m) (supra 5.2.9.), de vigilar sus sistemas para evitar que una vez eliminado ese contenido no vuelva a aparecer en los mismos²⁶⁶, algo que representa tener un control continuo sobre el sistema para detectar contenido vulnerador de

²⁶⁵ Véase *A&M Records, Inc., et al., v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, No. 00-164001, (9th Cir. 2001), Decided February 12, 2001, disponible en https://www.law.cornwell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.html Últ. vis. 3/Ago/2016.

²⁶⁶ En cuanto a este punto de la sentencia, la autora ZEPEDA, L.M., “*A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.*” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, p. 88, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6>, últ. vis. 16/Mar/2016, argumenta que el objetivo impuesto por el Tribunal de Apelación era imposible para *Napster* con una tecnología P2P en la que sólo disponiendo del nombre de un índice era imposible tener la certeza de cuál era el contenido de cada fonograma intercambiado directamente entre los usuarios y a los que *Napster* no podía tener acceso directo. Compartimos la misma opinión que la autora tras la revisión directa de la documentación judicial del caso, añadiendo que no se respeta el artículo 512(m) de la Ley (supra 5.2.9.).

derechos. Tampoco es posible cumplir con este objetivo impuesto por el Tribunal de Apelación ya que los que intercambian el contenido son los usuarios y no Napster que sólo interviene como un buscador de índices.

Además, el Tribunal de Apelación al analizar la posibilidad sugerida por la parte demandada de que en lugar de pedir un depósito de cinco millones de dólares a las partes demandantes como indemnización por daños y perjuicios en el caso de que la medida cautelar resultase retrocedida judicialmente, la juez Patel hubiese podido obligar a los demandantes a recibir pagos económicos como royalties por el uso que hacían los usuarios de Napster cuando se bajaban canciones con derechos de autor. Sin embargo, el Tribunal de Apelación llegó a la conclusión de que dicha posibilidad debía ser rechazada por varios motivos. Entre ellos, por un lado, porque los demandantes perderían su poder de negociación contractual y, por otro, porque un tribunal no puede obligar a una empresa a tener relaciones económicas con otra de forma obligatoria. Por ello, confirma la medida cautelar de cierre del sitio web de *Napster* hasta que se elabore una lista de los índices con el repertorio de las obras musicales de las empresas asociadas a la *RIAA*, la cual encomienda al Juzgado del Distrito.

El 5 de Marzo de 2001 el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Norte de California²⁶⁷ emite un nuevo auto que nace de la remisión del Tribunal de Apelación, que especifica que para que *Napster* no incurra en la doctrina de “*direct infringement*” (responsabilidad extracontractual civil directa) tendrá que elaborar, utilizando un sistema automático de búsqueda, una lista de fonogramas musicales con el nombre del cantante y el título de las canciones existentes en sus servidores. Esta lista se comparará con las listas preparadas por los demandantes para identificar los índices de los fonogramas ilícitos en el sistema de *Napster*, ya que consideran que los filtros que tenían implementados no eran lo suficientemente efectivos para evitar que se vulnerasen los derechos de autor de las empresas demandantes. En este momento el juez estima que *Napster* ya tendrá “conocimiento efectivo” del carácter vulnerador de derechos de autor de las canciones identificadas y dispondrá de unos días para bloquear el acceso a los mismos o bien borrar los índices correspondientes de su sistema (en relación a nuestra opinión al respecto, véase de nuevo la nota al pie 264).

Ante este nuevo auto del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Norte de California, *Napster* presenta al Tribunal un Informe de Cumplimiento

²⁶⁷ Véase *A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc.*, No. C 99-05183 MHP, 2001 U.S. Dist. LEXIS 2186, No. C 00-0074 MHP, 2001 WL 777005 (U.S. N.D. of Cal.). Decided March 5, 2001.

Judicial Número 2²⁶⁸ (“*Compliance Report Number 2*”) el 20 de Marzo de 2001, en el que identifica todas las medidas tomadas para cumplir con el mandato judicial de fecha 5 de Marzo de 2001 analizando todos los casos individualmente. Por ejemplo, en el caso de A&M Records, Inc., et al. v. Napster Inc. (Caso No. 99-05183 MHP), la empresa A&M ha inundado las oficinas de Napster con catálogos con listas de nombres de artistas/título de la canción que no corresponden con los listados de ficheros; por su parte EMI envía un catálogo de 65.536 el 12 de Marzo, otro de 102.698 y SONY otro catálogo de 5663 nombres de artista/título de la canción sin un nombre de fichero asociado, ambos el 13 de Marzo de 2001, y así Napster enumera una larga lista de información que no puede ser correctamente identificada. Además, otras partes demandantes como Lieber et al., Casanova Records et al., o Metallica et al., ni siquiera se han dignado a enviar algún tipo de información identificando los fonogramas sobre los que ostentan derechos de autor tal como describía el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Norte de California el 5 de Marzo de 2001. Por su parte y dadas las circunstancias, Napster elimina otros 202.000 índices con el nombre del artista/título de la canción de los 1.186.000 que ya tenían normalizados y que no vulneraban derechos de autor. Por tanto, los índices de su página web tenían una fiabilidad de aproximadamente el 99,4% libre de fonogramas que pudiesen vulnerar de derechos de autor. En resumen, según las partes demandantes no tienen más obligación que entregar los catálogos o copia de las canciones, cuando, en realidad, las versiones digitales comprimidas en ficheros mp3 son creación de las empresas del propio sector musical. Además, como hemos mencionado anteriormente (supra 4.3.1.a)), las productoras de la industria musical demandantes se negaron a llegar a un acuerdo judicial de licencia por un importe de mil millones de Dólares estadounidenses pagaderos en cinco años por las canciones intercambiadas entre los usuarios de su servicio y prefirieron que el nuevo modelo de negocio de la innovadora empresa tecnológica dejase de funcionar por completo.

Finalmente, el 25 de Marzo de 2002²⁶⁹ el Tribunal de Apelación zanjó el tema con una sentencia en la que se confirmaba que *Napster* no podía reabrir el servicio de intercambio de ficheros musicales entre particulares hasta que la compañía demostrase que no había ninguna canción en su sistema cuyos derechos pertenecieran a las empresas asociadas a la RIAA que presentaron la demanda. Al cerrar su servidor central al que sus

²⁶⁸ Véase “*Compliance Report Number 2 in Case No. C-MDL-00-1369 (MHP), in Re Napster, Inc. Copyright Litigation, March 20, 2001, Napster’s Second Consolidated Report of Compliance with the Modified Preliminary Injunctions Entered in Case Nos. C99-05183 MHP, C00-0074 MHP, C00-2638 MHP, C00-3997 MP, and C0068 MHP*”, disponible en <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/napster/napster2ndrprt032001.pdf> últ. vis. 10/Ago/2016.

²⁶⁹ Véase *A&M Records, Inc., RIAA, et al., vs. Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091, 62 U.S.P.Q.2d (BNA) 1221 (9th Cir. 2002). Decided March 25, 2002.

clientes se conectaban para encontrar los índices que les ayudaban a encontrar los ficheros de música en dispositivos de otros usuarios, tanto Napster como sus “páginas web espejo” (“*mirror sites*”) dejaron de funcionar.²⁷⁰

Por todo lo expuesto, en nuestra opinión, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito no analizó con el suficiente rigor legislativo y jurisprudencial estadounidenses todos los aspectos en relación a este caso, especialmente el potencial de la tecnología para usos lícitos que protege especialmente la doctrina del caso Sony o Betamax del año 1984. Reconocemos que, tal vez, la medida cautelar de cerrar el servicio era difícil de evitar dadas las circunstancias, aunque creemos que una compensación económica por fonograma compartido entre usuarios finales como medida cautelar hubiese representado una medida más adecuada en un caso como éste, ya que el volumen de fonogramas intercambiados era tan grande, recordemos 10.000 por día en el momento de la presentación de la demanda, aunque después se redujo significativamente al eliminar Napster en un 99,4% la posibilidad de obtener contenido con derechos de autor. En nuestra opinión, si se hubiese permitido a Napster continuar en el mercado, el intercambio de fonogramas habría aumentado exponencialmente mes a mes por el carácter viral del servicio, decantando el uso de fonogramas cuyos titulares sí que permitían el intercambio entre usuarios privados en los servicios de Napster (autores noveles, autores conocidos localmente con deseos de expandir el alcance de sus fonogramas a escala internacional, como estrategia de marketing, etc.). Las productoras discográficas no sólo hubiesen salido económicamente más beneficiadas con la medida que con la situación que se crearía algún tiempo después con la aparición de las distintas modalidades de redes “*peer-to-peer*” descentralizadas que trataremos a partir del próximo apartado, sino que además, no les hubiese quedado más remedio que adaptarse a la innovación que había creado Napster para que sus autores afiliados no quedasen fuera del sistema.

b) Caso *Aimster* o el desconocimiento intencionado de las actividades infractoras para intentar acogerse a la Doctrina del Caso Sony v. Universal.

²⁷⁰ En este sentido véase VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en Student Law Review Derby University Law Department, 2005, p. 44. Los autores destacan como la RIAA rechazó la oferta de acuerdo por parte de NAPSTER de mil millones de Dólares Estadounidenses como “*no apropiada*”. Este importe se repartiría en 5 años a razón de 150 millones por año para Sony, Warner, BMG, EMI y Universal, y 50 millones por año para el resto de marcas musicales independientes. En similares términos, HUGHES, J., “On the Logic of Suing One’s Customers and the Dilemma of Infringement-Based Business Models” en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 22, 2005, pp. 751-752.

Hubo otro caso digno de mención que utilizaba una red “peer-to-peer” centralizada y que destacamos por un comentario que realiza el juez de apelación ya que en nuestra opinión es de gran relevancia para nuestro trabajo. Al no seguir *Napster* con el procedimiento en la siguiente instancia, es decir, en el Tribunal Supremo, y debido a la última sentencia del Tribunal de Apelación, se cerró definitivamente la posibilidad de que su página web se reabriera. Varias alternativas intentaron llenar el hueco que *Napster* había dejado en el mercado y la página web que acabó teniendo éxito fue *Aimster*. Para su correcto funcionamiento, el sustituto necesitaba tener un número importante de usuarios conectados al mismo tiempo para encontrar de forma eficiente los ficheros buscados a través de los índices. La página web central www.aimster.com funcionaba de forma similar a su predecesora, excepto que además de facilitar su propio programa informático con el sistema de búsqueda e identificación de los usuarios, este disponía de un mecanismo de encriptación para que las canciones que tenían almacenadas en los discos duros de sus dispositivos los usuarios se intercambiaran por medio de un programa tipo “chat” que además servía para enviarse mensajes escritos o hablados en tiempo real unos usuarios con otros y, a los que, evidentemente, adjuntaban los archivos MP3 encriptados.²⁷¹

Del mismo modo que en el caso anterior, esta vez la RIAA directamente, representante de numerosas empresas discográficas estadounidenses, presentó una nueva demanda, esta vez contra el creador de *Aimster*, John Deep. El Tribunal del Distrito del Norte de Illinois en su primer auto de fecha 4 de Septiembre de 2002²⁷², ordena medidas cautelares y detiene cautelarmente la actividad de *Aimster* hasta que se falle sobre el fondo del asunto.

El juez Posner del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito confirma con un segundo auto de fecha 30 de Junio de 2003²⁷³ la decisión del

²⁷¹ En este sentido véase LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster: Is it the Beginning of the End or the End of the Beginning? – Part I: Understanding the Context” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, issue 1, Oct/Nov 2005, <http://www.asis.org/Bulletin/Oct-05/lipinski.html> , Últ. vis. 1/May/2013, pp. 3-4.

²⁷² Véase Recording Industry Association of America (RIAA) vs. John Deep (Aimster Copyright Litigaton). No. 01 c 8933 No. 1425. U.S. District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division. Decided September 4, 2002.

²⁷³ Véase John Deep v. Recording Industry Association of America (RIAA) (Aimster Copyright Litigation), 334 F. 3d 643, No. 02-4125 (7th Cir. 2003). Decided on June 30, 2003, disponible en [https://www.homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster\(9C6-30-03\).htm](https://www.homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster(9C6-30-03).htm), últ. vis. 13/May/2013. En realidad, en el Tribunal de Apelación hay tres jueces: Posner, Ripple y Williams, aunque el auto está redactado por Posner. En los mismos términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum,

tribunal de primera instancia que señala que el demandado no puede reanudar su actividad en Internet ya que en caso de fallarse sobre el fondo de la demanda, *Aimster* puede ser considerado responsable por infracción indirecta colaboradora de los derechos de autor (o “*contributory copyright infringer*” en 5.1.2.a)), al no poder dejar de tener conocimiento efectivo de que las infracciones se están produciendo. Esta conclusión no varía por ser encriptadas las transacciones de los fonogramas que se realizan entre los usuarios, ya que es evidente que al menos algunos de los contenidos intercambiados son ilegales. Por ello, tal como expresa el Juez Posner, si *Aimster* pudiese probar por medio de cómo mínimo estimaciones en el proceso sobre el fondo del asunto que el programa tiene usos lícitos sustanciales al margen de la vulneración de los derechos de autor, se podría considerar eliminar los cargos por responsabilidad derivada de la colaboración de infracciones de sus usuarios (o “*contributory infringer*”). Lo destacable es la argumentación del Juez Posner en el apartado 7 en el sentido de que *Aimster* no realiza ninguna actuación enfocada a evitar conductas vulneradoras de los usuarios de sus servicios. Además, no presenta evidencias de que la capacidad de encriptación incluida en su sistema haya otorgado un valor añadido significativo al servicio proporcionado, ni haya reducido los costes del mismo en sentido alguno para poder evitar la condena por responsabilidad derivada de la colaboración en vulnerar obras o prestaciones con derechos de autor por parte de los usuarios. Es más, el juez afirma que el señor John Deep ha incluido la capacidad de que los fonogramas estén encriptados con la esperanza de que judicialmente se le aplique la doctrina del Tribunal Supremo del caso *Sony v. Universal* del año 1984. En nuestra opinión, esta afirmación del juez evidencia claramente que este caso es completamente distinto al de *Napster* que se esforzó muchísimo en reducir totalmente las conductas vulneradoras reduciéndolas a la posibilidad de que existieran en aproximadamente un 0,6% de los casos y, desgraciadamente, esa pequeña cantidad, estaba totalmente fuera de su control. Por tanto, en este caso sí que compartimos la decisión judicial.

Por último, en este mismo auto, el juez señala que la actividad de *Aimster* no está comprendida dentro de una de las limitaciones de responsabilidad previstas para los PSSI de intermediación (“*safe harbours*” o puertos seguros) en el sentido de la DMCA.

Tras este auto, se acaba de forma definitiva el capítulo de las redes P2P centralizadas o de primera generación, ya que a *Aimster* no se le permite reanudar su actividad. Sin embargo, resultó simbólico para la industria musical este pequeño éxito jurídico, ya que las compañías no fueron los

2012, p. 46. La autora en referencia a esta sentencia está de acuerdo con el juez Posner ya que interpreta que hubo una voluntad deliberada de que no pudiesen ser detectadas las actividades infractoras obvias.

suficientemente ágiles para atender la enorme demanda de los usuarios a los que les entusiasmaba el nuevo sistema de distribución innovador de fonogramas por Internet, por lo que se desarrolló antes el mercado ilícito que el lícito en la Red.²⁷⁴ Sin duda, “*esta nueva tecnología de redes P2P que ha nacido, y que Napster hizo famosa, le permite a cualquiera con una conexión a Internet distribuir contenidos con derechos de PI, propios o ajenos, a cualquier otro usuario conectado a Internet, lo que ha supuesto una comunicación pública no autorizada y desenfrenada de ficheros musicales y de todo tipo de contenidos digitales.*”²⁷⁵”

8.1.2. Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”) Descentralizadas o de Segunda Generación

Al desaparecer las redes P2P con índices centralizados en una sola página web, como ya hemos adelantado en el Capítulo II, aparecerán las primeras redes P2P descentralizadas, de las cuales, sin duda, las más conocidas en los EE.UU. fueron, en un primer momento, el protocolo “*FastTrack*” y el protocolo “*Gnutella*”. Con ambos protocolos P2P existieron conocidos casos que llegaron a los tribunales y que pasamos a explicar a continuación.

- a) **Protocolo *FastTrack*: caso *Grokster* o la nueva doctrina de Responsabilidad Extracontractual Indirecta o Derivada de las infracciones realizadas por los usuarios de la Red de los derechos de autor o la institución “*Inducement Liability*” declarada por el Tribunal Supremo por “Inducir a los usuarios a cometer la actividad ilícita”.**

Tal como ya hemos explicado (Supra 4.3.2.), esta nueva tecnología cuyo protocolo se denomina “*FastTrack*” fue explotada privadamente por las empresas: *Kazaa BV*. (Holanda), *Grokster, Ltd.* (EE.UU.) y *StreamCast Networks, Inc.* (dueña de Morpheus y también situada en los EE.UU.), entre otras. Las veintiocho empresas discográficas y productoras cinematográficas, entre las que se encontraban Metro-Goldwyn-Mayer,

²⁷⁴ EINHORN, M.A., “Copyright Prevention, and Rational Governance: File-sharing and Napster”, en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 24, 2001, p. 462, disponible en <https://www.home.uchicago.edu/~mferzige/Copyright%20and%20Napster.pdf> Últ. vis. 6/Ago/2016. En similares términos, MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolkers Kluver, New York, 2012, p. 729.

²⁷⁵ En este sentido véase MENELL, Peter S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26, issue 4, 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, p. 1540.

Paramount Pictures, Disney y Twentieth Century Fox, presentaron una demanda contra la empresa creadora del programa Grokster, los creadores de KaZaA (tanto a la filial estadounidense, como a su matriz holandesa), y los creadores del programa Morpheus, propiedad de la empresa StreamCast. Finalmente las decisiones judiciales sólo afectaron a Grokster y StreamCast, ya que KaZaA vendió con anterioridad a la sentencia favorable del Tribunal Supremo de su país, Holanda (Infra 9.2.), la mayor parte de sus derechos a la empresa Sharman Networks, Ltd., por lo que las poderosas empresas del sector del entretenimiento continuaron su persecución a KaZaA, derivándose finalmente el caso a los tribunales australianos.²⁷⁶

En los EE.UU., ambas demandadas Grokster y Streamcast, fueron absueltas, tanto en primera instancia como en apelación, ya que la cuestión a dilucidar era si existía o no algún tipo de responsabilidad civil extracontractual por parte del proveedor del protocolo “peer-to-peer” descentralizado y se entendió que no ofrecían el “lugar”, ni la “instalación” para la comisión de la infracción y que no tenían “derecho o poder de supervisar” las actividades infractoras de sus usuarios. Todo ello porque la actividad de ambas empresas estaba incluida dentro del supuesto de exención de responsabilidad de la jurisprudencia Sony (supra 5.1.2.). Sin embargo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tras analizar si Grokster y Streamcast contribuyeron a las infracciones o fueron inductores de la misma, concluyó, tras importar el concepto de la ley estadounidense de patentes, que “*quien distribuye un programa con el objetivo de que se infrinjan derechos de autor,es responsable por las consecuencias de los actos vulneradores de derechos por parte de terceros*”. Así que, aquel que “induce a otros a infringir derechos de autor” haciendo publicidad en ese sentido por el uso de su versión de un protocolo P2P, no podrá ser protegido por los artículos de exención de responsabilidad de la DMCA, es decir, son responsables de un hecho ajeno por haber inducido a cometer la infracción.²⁷⁷

²⁷⁶ Véase VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en Student Law Review Derby University Law Dept., 2005, p. 45. Los autores destacan el éxito que tuvieron judicialmente en Holanda los desarrolladores de la nueva tecnología (infra 9.2.). En términos similares, RUZ, F., “KaZaA y el Fin de la Revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, Bercal, Madrid, 2005, pp. 143-165. GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, ed. Comares, Granada, 2010, p 228.

²⁷⁷ En este sentido véase XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 2, UOC, 2006, pp.12-13. En similares términos, RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp. 367-368. RUZ, F., “KaZaA y el Fin de la Revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, Bercal, Madrid, 2005, p. 164. SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 118-119. STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millennium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, pp.318-319.

En la primera sentencia del 25 de Abril de 2003 del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Central de California²⁷⁸, la juez apreció la existencia de un número considerable de usos lícitos, aproximadamente un 10%, que opinaba debía tomarse en consideración para valorar los usos lícitos que podrían conseguirse en el futuro. Además, este punto sólo limitaba de la responsabilidad a los PSSI por poner el programa P2P a disposición del público, pero no necesariamente por su fracaso en el control de las transferencias ilícitas entre ellos, que entrarían dentro de los conceptos del “*common law*” estadounidense de la responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones de derechos de autor: “*vicarious*” y “*contributory liability*”. Sin embargo, la juez considera que los creadores de este tipo de programas P2P no son responsables, puesto que no infringen directamente los derechos de autor. Además, la juez también rechaza la existencia de “*vicarious*” y “*contributory liability*”, con el argumento fundamental de que las demandadas no tiene la capacidad técnica de supervisar o controlar la conducta que los usuarios hacen de su protocolo P2P. Incluso añade que los operadores del protocolo P2P demandados deberían haber tenido un conocimiento real o efectivo de que un grupo de usuarios concretos estaban usando sus redes para cometer los ilícitos y haber participado activamente en dicha comisión para que pueda existir responsabilidad en concepto de “*contributory liability*”. Por tanto, en el estado actual de las redes P2P, los operadores de la tecnología *FastTrack* no podían supervisar ni controlar la capacidad de los usuarios para intercambiar obras o prestaciones protegidas, lo cual era necesario para incurrir en “*vicarious liability*”.

El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que anteriormente ya había juzgado el caso *Napster*, confirmó el pronunciamiento de instancia manejando dos argumentos fundamentales y resolvió su decisión el 19 de Agosto de 2004²⁷⁹. En primer lugar, confirmó que los distribuidores del programa P2P, distribuido gratuitamente a través de Internet, no tenían conocimiento efectivo de la infracción de los derechos de autor que pudiesen llevar a cabo los usuarios. Para apoyar esta conclusión, se señala que la tecnología *FastTrack* tiene otros usos sustanciales al margen de la posible infracción de los derechos de autor, lo que impide apreciar en el PSSI responsabilidad en concepto de “*contributory infringement*”. En segundo lugar, el Tribunal observó que el operador de la tecnología P2P no tenía la capacidad ni el derecho de supervisar a los infractores directos de los derechos de autor, es decir, a los usuarios, que eran libres para usarlos de forma tanto lícita como ilícita. Esto último descarta, según el juez Thomas

²⁷⁸ Véase *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), Decided April 25, 2003.

²⁷⁹ Véase *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir.. 2004), Decided August 19, 2004.

la existencia de “*vicarious liability*”, aunque en el último fundamento jurídico de la sentencia de apelación indica que los abusos que los usuarios pueden cometer con los protocolos P2P han de ser atajados a través de un cambio legislativo por parte del Congreso de los EE.UU. con legislación específica, no por los Tribunales adaptando las teorías de responsabilidad a una nueva realidad tecnológica.

La cuestión que se plantea al Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuando recibe este caso es si aquellos que distribuyen gratuitamente un programa P2P que permite la infracción masiva de derechos de autor incurren en responsabilidad civil derivada por las infracciones directas, a pesar de que el mismo programa P2P tenga cierto número de usos lícitos. En nuestra opinión, sin duda, uno de los objetivos de Metro-Goldwyn-Mayer, era que se pudiese en cuestión la doctrina del caso SONY ²⁸⁰ de puerto seguro del año 1984 (también conocido como caso Betamax), según la cual la distribución de un producto que facilita la comisión de infracciones sobre los derechos de autor, no constituye responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones de los usuarios de la Red o “*contributory copyright liability*” si dicho programa se utiliza para un número considerable de usos lícitos, por lo que las partes en conflicto centraron ampliamente sus argumentos en el juicio en torno a esta sentencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad por infracción colaboradora o “*contributory infringement*” no se acaba en lo establecido en el caso SONY cuya importancia reconocen para promocionar la innovación y el comercio, sino que también existirá responsabilidad por los actos ilícitos cometidos por los usuarios de la Red cuando alguien distribuya gratuitamente un dispositivo o aplicación con el objetivo de inducir a otros a infringir derechos de autor. Por ello, afortunadamente, y de forma unánime por parte de todos los miembros del Tribunal Supremo deciden que esto es precisamente lo que consideran ha sucedido en el caso que se somete a juicio debido a tres motivos. Primero que los demandados desarrollaron campañas expresamente dirigidas a captar a antiguos usuarios

²⁸⁰ Véase Sony vs. Universal, 464 U.S. 417 (1984). Tras el resultado de este caso, la doctrina del puerto seguro del caso SONY por la aplicación de una nueva tecnología para un número considerable de usos lícitos ha salido reforzada y esto debe interpretarse como un hecho muy positivo para proteger a los futuros desarrolladores de tecnologías innovadoras. Sin embargo los ingenieros deberán cuidar sus declaraciones en los procesos de desarrollo y las empresas que desarrollen nuevas tecnologías deberán ser cuidadosas al decidir cómo darse a conocer en el mercado y la forma de hacer crecer la demanda de sus productos y servicios, para que nadie pueda acusarlos más tarde de inducir a los usuarios de la Red a cometer actos ilícitos. En este sentido, véase STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millenium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, pp. 324-325. SAMUELSON, P., “The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens” en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2006, p. 1850. LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster. - Part 2: Understanding the Impact on Innovation” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, issue 3, Feb/Mar 2006, pp. 3-4, disponible en <http://www.asis.org/Bulletin/Feb-06/lipinski.html> Últ. vis. 4/Feb/2017.

de un sistema P2P anterior, anunciando que a través de su programa podrían seguir intercambiando archivos del mismo modo ilícito lo hacían con Napster o Aimster antes de que fuesen clausurados por los Tribunales. Segundo que los demandados renunciaron por completo a implementar filtros en sus sistemas que paliasen la vulneración de derechos de autor (al contrario que sí hizo Napster); y, por último, el modelo de negocio de los demandados era la venta de espacios publicitarios en sus páginas web, cuyo valor dependía directamente del volumen de uso de sus sistemas, que naturalmente sería mucho mayor si los usuarios les visitaban con el propósito de descargarse gratuitamente una aplicación que les permitiría el intercambio de obras protegidas por derechos de autor. El Tribunal acepta como un dato cierto que más de cien millones de copias del protocolo P2P con la tecnología *FastTrack* haya sido descargada en ordenadores de usuarios privados y que miles de millones de archivos son intercambiados cada mes en las páginas web de los demandados, lo que provoca que el alcance de las potenciales infracciones de los derechos de autor sea muy elevada. Sin embargo, el Tribunal no se inclina a adoptar una de las numerosas alternativas de responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de los usuarios de la Red que propone MGM y que, sin duda, en nuestra opinión, hubiesen perjudicado a los futuros desarrolladores de tecnologías innovadoras. La decisión del Tribunal es sencilla: aquellos desarrolladores de tecnología que deciden inducir a los usuarios de la Red a vulnerar derechos de autor no pueden ser tratados de forma distinta a aquellos que inducen a otros a vulnerar derechos de patente. Por ello, el Tribunal Supremo casa la decisión del Tribunal de Apelación y le devuelve los autos a fin de que ésta dicte sentencia acorde con lo dispuesto por el Tribunal superior.²⁸¹

²⁸¹ Véase *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al.*, 545 U.S. 913, 75 U.S.P.Q.2d (BNA) 1001 (2005). Decided: June 27, 2005. La teoría del “*inducement liability*” que podemos traducir como responsabilidad civil extracontractual derivada de la inducción a que los usuarios de la Red cometan infracciones de los derechos de autor. Esta institución proviene del derecho de las patentes y es la doctrina que ha sido incorporada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. al resolver este caso. En esta sentencia, el Alto Tribunal ha hecho una aplicación analógica de la institución de la teoría de la inducción que adquirió rango legal al ser incorporada a la “*Patent Act*” o ley de patentes. Esta ley dispone que cualquiera que activamente induzca a un tercero a vulnerar una patente, será responsable como infractor indirecto. Por otro lado, los tipos de responsabilidades indirectas o derivadas de infracciones de los usuarios de la Red que intentaba validar la empresa MGM y las demás demandantes eran: a) que el objetivo primario de uso de la nueva tecnología que se había desarrollado era vulnerar derechos de autor b) que la nueva tecnología se había diseñado intencionadamente para vulnerar derechos de autor; c) la obligación de un desarrollador de una nueva tecnología es diseñarla de forma que impida a los usuarios vulnerar derechos de autor; d) las responsabilidades indirectas o derivadas de las infracciones de los usuarios de la Red de un desarrollador de una nueva tecnología dependerán de un análisis coste/beneficio evaluando la cantidad de vulneraciones que se podrían evitar con un diseño alternativo o e) si Grokster podía ser considerado responsable porque su modelo de negocio se basaba en la vulneración de derechos de terceros, entre otros. A favor de esta ampliación de responsabilidad derivada o indirecta véase: SAMUELSON, P., “Three Reactions to MGM v. Grokster” en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 13, Jun. 2006, pp. 18-19, <http://www.mttlr.org/volthirteen/samuelson.pdf> ,.Últ. vis. 14/Abril/2015 y MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en

En resumen, las tres doctrinas de responsabilidad indirectas o derivadas de las infracciones de derechos de autor realizadas por los usuarios de la Red, dos anteriores a la DMCA, supra 5.1.2.a) y 5.1.2.b), y la tercera creada por la Corte Suprema de EE.UU. en este caso *Grokster*, dependen de que se demuestre que ha existido la infracción directa por parte de un tercero. Para que existan este tipo de responsabilidades debe existir ayuda e incitación a cometer la falta. Por ejemplo, se demuestra una participación activa para instigar y colaborar a cometer la infracción directa si se hace publicidad para animar a cometer la infracción o se informa al usuario de cómo se puede acceder a contenido vulnerador de derechos de autor.²⁸²

b) Protocolo Gnutella: caso “LimeWire” o la Inducción intencionada para que los usuarios cometan ilícitos.

En el año 2006, trece empresas asociadas de la RIAA, encabezadas por Arista Records LLC presentaron una demanda en el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York en contra del PSSI Lime Group LLC, Lime Wire LLC y sus propietarios, entre ellos el fundador de la empresa Marc Gorton, por inducir a sus usuarios con su protocolo P2P de segunda generación, a vulnerar derechos de autor, y el juez que supervisaba el caso otorgó medidas cautelares de cierre del servicio en Mayo de 2010 para impedir

Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 32, 2008, p. 376, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/764> últ. vis. 26/Mar/2016. En contra de la ampliación, LESSIG, L., al que le hizo una entrevista HOF, R., “Larry Lessig: Grokster Decision Will Chill Innovation” en *Bloomberg*, 28 Junio, 2005, disponible en <http://bloomberg.com/news/articles/2005-06-27/larry-lessig-grokster-decision-wil-chill-innovation> últ. vis. 18/Dic/2016. También LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, pp. 951-960, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev Últ. vis. 15/Jun/2016. Esta autora argumenta que la protección de la sentencia Sony/Betamax para la protección de los innovadores ha sido más simbólica que real, y que la decisión del Supremo en el caso Grokster no ha evitado que titulares de derechos proclives a presentar demandas hayan perseguido de forma agresiva a desarrolladores de nuevas tecnologías. En similares términos, XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, p. 12-13.

²⁸² En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 362. En similares términos, RUIZ, F., “KaZaA y el Fin de la Revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, Bercal, Madrid, 2005, p. 163. En similares términos, SAMUELSON, P., “Legally Speaking: Did MGM Really Win the Grokster Case?” en *Communications of the ACM – The Digital Society*, vol. 48, ed. ACM, New York, Oct. 2005, pp. 19-24. <http://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/samuelson/2005/did> Últ. vis. 17/Mar/2016. LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case W. Research Law Review*, Vol. 5, pp. 917-961, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=últ. vis. 15/Jun/2016. LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster. - Part 2: Understanding the Impact on Innovation” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, issue 3, Feb/Mar 2006, pp. 1-5 disponible en <http://www.asis.org/Bulletin/Feb-06/lipinski.html> Últ. vis. 4/Feb/2017. Este último autor destaca que “Actos deliberados de buena fe deben ser el comportamiento de los desarrolladores de nuevas tecnologías” en el sentido de que para mantenerse jurídicamente a salvo, éstos nunca deben sugerir ni directa, ni indirectamente, un uso ilegítimo de la tecnología.

que se vulnerasen más derechos de autor ya que consideró que LimeWire inducía a los usuarios de la Red a bajarse música de forma ilícita de Internet.²⁸³ En este caso, se juzga que *LimeWire* que empezó a funcionar en Junio del año 2000 inducía a los usuarios de su sistema a cometer actos ilícitos de intercambio de archivos, además de que ofrecía el protocolo P2P libre y gratuito “*Gnutella*” para intercambiar archivos. Es interesante destacar que en la página 19 de esta sentencia o “*amended opinion*” judicial de fecha 25 de Mayo se confirma que:

“Desde el año 2002 hasta el 2006, LimeWire desarrolló una campaña de marketing a través de Google AdWords en la cual los usuarios del navegador Google que introducían ciertas búsquedas como “reemplazar napster”, “napster mp3”, “bajar napster”, “kazaa morpheus”, “bajar mp3 gratis”, y docenas de otras frases con las palabras “napster”, “kazaa” o “morpheus” verían un anuncio que les conduciría a la página web de Limewire.” (“From 2002 to 2006, LW conducted a marketing campaign through Google Adwords, whereby Google users who entered

²⁸³ Véase, por un lado, *Arista Records, LLC et al. v. Lime Group, LLC et al.*, WL 1914816 (S.D.N.Y. 2010). Decided on May 11, 2010, y, por otro lado, *Arista Records, LLC et al. v. Lime Group, LLC et al.*, 715 F. Supp. 2d 481, 96 U.S.P.Q.2d 1437 (S.D.N.Y. 2010), United States District Court, S.D. New York. Court Amended Opinion: 25 May 2010. En este caso, todas las partes demandantes son, aparte de Arista Records, LLC; Atlantic Recording Corporation; BMG Music, Capitol Records Inc., Elektra Entertainment Group, Inc., Interscope Records, Laface Records LLC, Sony BMG Music Entertainment, UMG Recordings, Inc., Virgin Records America, Inc. and Warner Bros Records Inc. y las partes demandadas: Lime Wire LLC, Lime Group LLC, Mark Gorton, Greg Bildson y M.J.G. Lime Wire Family Limited Partnership. El proceso hasta una primera sentencia fue largo por varios motivos. En primer lugar, los cargos en contra de Greg Bildson, un antiguo empleado, fueron retirados a cambio de que aportase información sobre hechos de la empresa. En segundo lugar, tampoco siguió adelante la demanda en contra de la sociedad “M.J.G. LimeWire Family Limited Partnership” ya que no se pudo probar la relación. Por ello, finalmente, la demanda siguió adelante en contra de la empresa y de Mark Gorton como fundador y único administrador de la misma (“*executive director*”). Por último, en cuanto a los tres distintos tipos de responsabilidades civiles extracontractuales indirectas o derivadas de las infracciones de los derechos de autor por parte de los usuarios de la Red existentes en los EE.UU. de las que se acusaba a LimeWire, también existieron interferencias en el proceso del caso por la presentación de un informe de “*amicus curiae*” al Tribunal de Apelación conjunto entre la “Electronic Frontier Foundation” y otras asociaciones representantes de los consumidores y de la industria de las nuevas tecnologías que, concretamente, solicitaban al juez que aplicase la ley en el caso de la responsabilidad por “*contributory copyright infringement*” de forma que no se perjudicase la doctrina desarrollada por la sentencia Sony o Betamax, “*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*”, que protege de este tipo de responsabilidad a aquellos desarrolladores de tecnologías que pueden llegar a tener sustanciales usos no vulneradores de derechos de autor, disponible en http://www.beckermanlegal.com/Lawyer_Copyright_Internet_Law/arista_limewire_080926AmicusCuriaeBrief.pdf. 26/Nov/2014- Últ. vis. El Juez Kimba M. Woods fue cauto y decidió no tratar este tipo de responsabilidad al considerar que no disponía de suficientes pruebas para decidir si el “*software*” de la empresa disponía o no de usos lícitos sustanciales. Además, según el periódico “*The New York Times*” este ha sido el primer caso de demanda en contra de un PSSI distribuidor de protocolos P2P desde la sentencia “*Grokster*” del Tribunal Supremo Estadounidense del año 2005 y, sin duda, la sentencia relaciona ambos casos directamente. En este sentido véase, STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millenium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, p.319. PLAMBECK, J., “Court Rules that File-Sharing Service Infringed Copyrights” en la sección de Tecnología del *The New York Times*, 12 Mayo, 2010, disponible en www.nytimes.com/2010/05/13/technology/13lime.html últ. vis. 27/Abril/2016.

certain search queries, such as “replacement napster”, “napster mp3”, “napster download”, “kazaa morpheus”, “mp3 free download” and dozens of other phrases containing the words “napster”, “kazaa” or “Morpheus”, would see an advertisement leading them to the LimeWire website.” (traducción de la autora).

Así que la sentencia concluye que tanto la empresa *LimeWire* como su fundador tenían la firme intención de inducir a sus usuarios a vulnerar derechos de autor, relacionándolo directamente con la responsabilidad indirecta o derivada de las vulneraciones de terceros de la sentencia *Groskster* del Tribunal Supremo estadounidense, además de considerarlos también responsables por competencia desleal.

En consecuencia, el Juez Kimba M. Wood dicta sentencia el 6 de Abril de 2011, en el que confirma que las partes demandadas de *LimeWire* deben pagar los daños y perjuicios estatutarios o reglamentarios²⁸⁴, ya que son conjunta y solidariamente responsables junto con los infractores directos de la vulneración de derechos de autor efectuada sobre los 104 fonogramas probados:

“...with respect to those 104 works for which Plaintiffs have recovered a statutory damage award from a direct infringer, it will be permissible or the fact-finder to consider that Plaintiffs have already recovered from direct infringer for some portion of the infringement that Defendants induced, because Defendants are jointly and severally liable (solidaria y mancomunadamente responsables) with those direct infringers”.

Desde nuestro punto de vista debemos destacar la sensatez de este juez en todos sus razonamientos, y especialmente al analizar cómo deben evaluarse en un caso como este los daños estatutarios o reglamentados estadounidenses. El juez Kimba Wood afirma en la segunda página de su sentencia del 6 de Abril del 2011 que cómo máximo los demandantes tienen la posibilidad de solicitar a los demandados un solo importe de “*statutory damage*” por obra o prestación vulnerada, independientemente

²⁸⁴ Véase *Arista Records, LLC, et al vs. Lime Wire, LLC, et al*, 06 CV 5936 (KMW), Document 678, United States District Court South. District of New York, Decided on April 6, 2011, p. 6, disponible en http://beckermanlegal.com/Lawyer_Copyright_Internet_Law/arista_limewire_110407Decision.pdf. Últ. vis. 22/Nov/2014. Además, varios medios han destacado que los cálculos de “*statutory damages*” realizados por la RIAA en el caso eran tan desproporcionados que según el juez Kimba M. Wood llegan a ser “*absurdos*” ya que representarían una cantidad económica superior a los beneficios que ha obtenido la industria musical en toda su historia, véase en este sentido, VIJAYAN, J., “RIAA Request for Trillions in LimeWire Copyright Case is “Absurd”, Judge Says: Federal Judge Kimba Wood notes that Damages Sought would amount to more than Music Industry has made in its History” en *Computerworld*, 25 Marzo 2011, disponible en <http://computerworld.com/article/2507250/vertical-it/riaa-request-for-trillions-in-limewire-copyright-case-is-absurd--judge-says.html> Últ. vis. 26/Abril/2016. También, MICHAELS, S., “U.S. Record Labels Win Court Battle Against LimeWire” en *The Guardian, Technology section*, 13 Mayo 2010, disponible en <https://www.theguardian.com/music/2010/may/13/us-record-labels-limewire> últ. vis. 18/Dic/2014.

de la cantidad de usuarios que hayan vulnerado directamente esa obra o prestación en particular al utilizar los servicios de LimeWire.

De nuevo el juez Kimba M. Wood del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Sur de Nueva York en su sentencia del 29 de Abril de 2011 vuelve a confirmar que los servicios de *LimeWire* seguirán suspendidos (las dos partes acordaron suspender el servicio el 26 de Octubre de 2010) y esta vez ya de forma definitiva. Sin embargo, en relación a las pretensiones económicas de las empresas asociadas a la RIAA opina que son desproporcionadas ya que en su opinión afirma, al contrario que la industria musical, que “*Bajarse una canción en LimeWire no equivale a una venta perdida.*” (traducción de la autora de “*A download on LimeWire does not equate a lost sale.*”). Además, el juez estableció como fecha del juicio para analizar los “*statutory damages*” o daños estatutarios entre las partes el 3 de Mayo de 2011.²⁸⁵

Finalmente, en Mayo de 2011, varios medios de comunicación confirman el acuerdo extrajudicial al que llegan las partes, en el que Mark Gorton, fundador de LimeWire, acepta pagar a las trece empresas asociadas de la RIAA en concepto de daños y perjuicios la cantidad de ciento cinco millones de Dólares estadounidenses.²⁸⁶

8.1.3. Redes “Peer-to-Peer” (P2P) Descentralizadas a Través de Enlaces o de Tercera Generación

En la primera mitad del año 2006, al mismo tiempo²⁸⁷ que el creador del protocolo P2P BitTorrent, Bram Cohen, firmaba un acuerdo con el consejero

²⁸⁵ Véase. *Arista Records, LLC, et al vs. Lime Wire, LLC, et al*, 06 CV 5936 (KMW), Document 719, United States District Court South. District of New York, Decided on April 29, 2011, disponible en <http://www.law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2006cv05936/288038/719> últ. vis. 28/Nov/2014. Esta sentencia confirmó la solicitud que presentaron las partes demandantes el 4 de Junio de 2010 para que las medidas cautelares de cierre del servicio fueran permanentes: *Arista Records, LLC, et al vs. Lime Wire, LLC*, 06 Civ 05936 (KMW) ECF CASE, Document 235, U.S. District Court Southern district of New York, Memorandum of. Law in Support of Plaintiffs’ Motion for Permanent Injunction” disponible en https://beckermanlegal.com/Lawyer_Copyright_Internet_Law/arista_limewire_100604PermInjMotMemoLaw.pdf, últ. vis. 22/Nov/2014.

²⁸⁶ En este sentido véase BBC, “LimeWire pays \$105m Settlement to Music Firms” en *BBC News Technology*, 13 Mayo 2011, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/technology-13388839>. Últ. vis. 11/Mayo/2013 y VILCHES, J., “LimeWire Settles Court Case with RIAA for US-\$105 Million” en *Techspot*, disponible en <http://www.techspot.com/news/43786-limewire-settles-court-case-with-riaa-for-105-million.html> Últ. vis. 26/Abril/2016.

²⁸⁷ Este acuerdo se firmó en Noviembre de 2005, mientras que en el año 2004 se presentaron varias demandas en contra de páginas web con índices “.torrent” que supuestamente tienen responsabilidad derivada de la presunta vulneración de los derechos de autor realizadas por los usuarios, como *EliteTorrents.org* que fue cerrada por el FBI en el 2005. Además, la MPAA presentó varias demandas en Febrero del 2006 contra portales o páginas web que contenían índices “.torrent” como: *Columbia Pictures Industries Inc. v. Fung, S.D.N.Y.*, No. 06-171, *CBS Broadcasting Inc. v. Does 1-10, N.D. Tex.* No. 06-

delegado de la MPAA, Dan Glickman, para colaborar en evitar que se vulnerasen en el ámbito digital los derechos de autor de las películas de sus asociados, eliminando del instrumento de búsqueda de enlaces a otros sitios de Internet ubicado en su página web BitTorrent.com de cualquier índice “torrent” que supuestamente dirigiese a usuarios finales a localizar contenido propiedad de las empresas asociadas de la MPAA, estas mismas empresas de contenidos estadounidenses presentaron numerosas demandas en contra de portales que utilizaban el protocolo tecnológico P2P de uso libre BitTorrent, como, por ejemplo, TorrentSpy²⁸⁸, que cerró voluntariamente en Marzo de 2008. Analizaremos este PSSI a continuación, ya que es un caso que pone en evidencia lo complicado que resulta para el sistema judicial evaluar demandas con aspectos tecnológicos difíciles de abarcar y entender en su justa medida. El otro ejemplo que utilizaremos en este apartado, el del PSSI de Intermediación de acceso Cox Communications cuyo proceso continúa en las siguientes instancias y que, sin duda, ha generado una enorme expectación en los EE.UU. en cuanto a cómo debería definir la Ley DMCA del año 1998 los conceptos de “*circunstancias adecuadas*” y de “*infractores re-incidentes*” en su apartado 512(i). No nos cabe duda que este es uno de los casos que ha motivado aún más al Congreso estadounidense, por la alarma creada en instituciones educativas, científicas y otros grupos representantes de los intereses públicos de los usuarios, a analizar la posibilidad de modificar, a principios del año 2016, la Ley de los Derechos de Autor en aquellos aspectos relacionados con los importes de los “*statutory damages*” o daños reglamentados en los casos en los que los PSSI de intermediación de acceso son acusados de responsabilidad civil extracontractual derivada de las infracciones directas de derechos de autor de sus usuarios cuando se trata de vulneraciones masivas, tal como hemos especificado al principio de este capítulo. Sin duda, todo ello con el objetivo de permitir el progreso del desarrollo cultural, tal como ya hemos dicho establece la Constitución de EE.UU.

a) **Protocolo BitTorrent: Caso TorrentSpy (Columbia v. Bunnell) o la Obligación Judicial de Crear, Guardar y**

0338, Disney Enterprises Inc. v. Does 1-10 N.D. Fla., No. 06-096, Paramount Pictures Corp. v. Thompson, D. Utah, No. 06-0156, Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, W.D. Pa No. 06-0251, Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, W.D. Mich., No. 0-037, demandas todas ellas presentadas el 23/Feb/2006. Además, la MPAA incluyó en el acuerdo firmado con la empresa de Dan Cohen que debía defender a través de una política de defensa de la marcas “Torrent” o “BitTorrent” a escala global la posibilidad de que otros PSSI registrasen portales o páginas web incluyendo estos nombres.

²⁸⁸ Columbia Pictures Industries Inc. et al. v. Bunnell et al., C.D. Cal., No. 06-1093, demanda presentada el 23/Feb/2006. Los demandados eran Justin Bunnell, Forrest Parker y Wes Parker como personas físicas y la empresa Valence Media LLC como persona jurídica. Los servidores de la empresa estaban situados en Holanda. Las partes demandantes, ocho en total, todas pertenecientes a la MPAA, aparte de Columbia Pictures Industries, Inc., eran Disney Enterprises, Inc., Paramount Pictures Corporation, Tristar Pictures, Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Warner Bros Entertainment Inc., Universal City Studios, LLP., y Universal City Studios Productions, LLP.

Entregar las Actividades y Direcciones IP de sus Usuarios a partir de Datos Encryptedos en la Memoria RAM efímera de su Servidor en Holanda.

La demanda de la MPAA alegaba que TorrentSpy era el portal más visitado del mundo para obtener contenido vulnerador de derechos utilizando el protocolo BitTorrent. Se presentó ante el Juzgado de Distrito Central del Estado de California, con el motivo de que también era utilizado por residentes en ese Estado. Del mismo modo que se aplicó la doctrina del “*Inducement*” o la inducción a cometer un ilícito en el caso Grokster, la MPAA argumentó que los demandados debían ser considerados responsables bajo la Ley de Derechos de Autor de EE.UU (“*Copyright Act 1976 US*”):

“Los demandados inducen a la vulneración de derechos de autor dado el inmenso volumen de enlaces de archivos “.torrent” en su página web que conducen a los títulos especificados de películas y programas televisivos que están protegidos por derechos de autor”.

La MPAA también argumentó que los demandados debían ser declarados responsables como “*contributory copyright infringers*” por los actos de vulneración de sus usuarios en su página web torrent, especialmente porque tenían “*conocimiento efectivo de las actividades vulneradoras que se estaban llevando a cabo gracias a ella*”. Además, los demandados deben ser considerados subsidiaria o “*vicariously*” responsables por los actos vulneradores de sus usuarios porque ellos podían según las asociadas de la MPAA “*supervisar y controlar las actividades vulneradoras que tienen lugar por la utilización de su página web con índices torrent*”.²⁸⁹

En respuesta a la demanda, TorrentSpy argumentó que ésta debía ser desestimada porque la MPAA no había podido aportar pruebas de “*primary infringement*”, o infracción directa, ni de “*secondary liability*” o responsabilidad extracontractual indirecta o derivada de las infracciones de los derechos de autor por parte de los usuarios de la Red. Los abogados de TorrentSpy advirtieron:

²⁸⁹ En este sentido véase EFF (Electronic Frontier Foundation), *Columbia v. Bunnell (aka Movies Studios v. TorrentSpy)*, disponible en <https://www.eff.org/cases/columbia-pictures-industries-v-bunnell>. Últ. vis. 20/Abril/2016. La organización EFF considera que este caso civil sobre vulneración de derechos de autor ha creado un precedente muy peligroso porque judicialmente no se ha interpretado correctamente la imposibilidad de crear y almacenar los “*logs*” de las actividades de los usuarios a partir de la permanencia efímera de esta información en la memoria RAM. La realidad es que hasta el juez del Tribunal de Apelación razonó de forma incorrecta que porque las direcciones IP de los usuarios existen durante un periodo efímero en la memoria RAM de la página web correspondiente como información electrónica, los PSSI titulares de la página web mencionada tenían la habilidad de recoger estos datos y entregárselos a las empresas demandantes. En los mismos términos, RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 115.

“Los temores por vulneración de derechos de autor en Internet por parte de los demandantes, no les da derecho a lanzar una guerra por considerar que poseen derechos preferentes (“pre-emptive”) en relación a los innovadores tecnológicos cuyos productos los demandantes creen se están usando por vulneradores de derechos”.

TorrentSpy negó que tuviese la capacidad de prevenir la vulneración de derechos de autor a través de la censura de índices “torrent” basados en el nombre de un fichero y un link, entre otros motivos porque nunca habían mantenido un control de las actividades de sus usuarios:

“Aparentemente los demandantes están solicitando a los demandados controlar Internet, en busca de contenido vulnerador de derechos, todo a cargo de los demandados y para beneficiar a las empresas asociadas a las poderosas organizaciones de las industrias del entretenimiento”.

TorrentSpy incluso negó cualquier conocimiento de vulneración de derechos:

“Como mucho los demandados podrían tener el deber de adquirir conocimiento efectivo inspeccionando los nombres de los índices torrent subidos y comparándolos con un listado especulativo de títulos con derechos de autor”.

Finalmente, TorrentSpy negó haber intentado fomentar la vulneración de derechos:

*“La reclamación de que los acusados hayan inducido, causado o contribuido a la vulneración de derechos está basada en acusaciones categóricas y fantasmas basadas en impresiones falsas que el demandante ha construido intencionadamente y que son analizadas como ciertas en la presentación de los hechos”.*²⁹⁰

²⁹⁰ Véase RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 116. Los demandados advirtieron de las serias consecuencias que podría tener este caso, no sólo para ellos mismos, sino para los desarrolladores de Internet cuyo negocio no consiste en inducir a usuarios de la Red a vulnerar derechos de autor sino a ofrecer la posibilidad de compartir ficheros digitales de gran tamaño consiguiendo grandes ahorros de distribución. Por ejemplo, en el caso de un desarrollador de un videojuego para múltiples jugadores, se consigue a través de los “swarms” de forma rápida y económica distribuir un volumen inmenso que resultaría costoso y largo de realizar desde servidores centralizados. En su caso concreto a ellos les dejaban sin su pequeña empresa tecnológica y les solicitaban en concepto de daños reglamentados 110 millones novecientos setenta mil dólares estadounidenses, al acusarlos de eliminar pruebas sin analizar de forma crítica las alegaciones en este sentido realizadas por los demandantes. Además de que en caso de ser cierta la posibilidad de conseguir las direcciones IP de los visitantes de la página web, sin duda, se vulnerarían los derechos de privacidad de los usuarios. En el mismo sentido en general, PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009. Lo que este último

La juez de Distrito, Florence-Marie Cooper, sentenció en contra de TorrentSpy.com y su empresa madre, Valence Media, como responsables derivados de las infracciones directas de autor de sus usuarios por contribuir de forma subsidiaria o “*vicariously*” al destruir voluntariamente las evidencias de las direcciones IP relacionadas con el caso desde las que presuntamente se habían vulnerado los derechos de autor, dado que la Magistrada Juez Jacqueline Chooljian del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito había solicitado expresamente el 29 de Mayo de 2007 conservar y entregar a los demandantes los registros de los “*server log data*” efímeros de la memoria RAM. Estos registros del uso que hacían los usuarios de los servidores de los demandados se guardaban durante un mínimo periodo de tiempo en la memoria RAM de sus servidores de forma encriptada. Al ser, técnicamente hablando, esta memoria temporal, la decisión judicial fue ampliamente criticada²⁹¹.

El Tribunal examinó las alegaciones del demandado y el argumento expuesto en el Informe del *Amici*²⁹² al Tribunal conforme la información que se guarda en la memoria RAM de los servidores es demasiado efímera para satisfacer los requisitos judiciales de almacenamiento y entrega a las empresas de contenido demandantes. Sin embargo, sentenció que la información contenida en la memoria RAM de un ordenador constituye “información guardada electrónicamente” bajo la Regulación Federal del Procedimiento Civil 34 de los EE.UU. y, por tanto, formaba parte de la información que puede ser solicitada judicialmente. No aceptaba las

autor denomina “*metáforas*” sería el equivalente a lo que los demandados en este caso TorrentSpy llaman “*fantasmas*”.

²⁹¹ Véase la sentencia “*Order (1) Granting in Part and Denying in Part Plaintiffs’ Motion to Require Defendants to Preserve and Produce Server Log Data and For Evidentiary Sanctions; and 2) Denying Defendants’ Request for Attorneys’ Fees and Costs*”, Caso No. CV 06-109 FMC(JCx) de Columbia Pictures Industries, et al., v. Justin Bunnell, et al., disponible en <https://www.eff.org/document/magistrates-order> últ. vis. 21/Abril/2016, para analizar la orden de la Magistrada. En similares términos, GROSS, G., “MPAA Wins Copyright Case Against TorrentSpy”, IDG News Service, Diciembre 2008, disponible en www.pcworld.com/article/140645/article.html últ. vis. 14/Dic/2014. Según el autor, este tema tiene relación con la aplicación del derecho de reproducción de copias temporales digitales. Como ya hemos mencionado, el derecho de reproducción es el primero y posiblemente uno de los fundamentales derechos patrimoniales de los titulares de derechos. Las reproducciones temporales son un aspecto central e ineludible de cualquier transmisión digital que tiene lugar en Internet. De hecho, y en sentido amplio, la transmisión de cualquier información por Internet, incluido aquel contenido protegido por derechos de autor, requerirá múltiples copias temporales del mismo a medida que la información atraviesa la Red. A medida que la información va pasando de nodo a nodo o de servidor a servidor a través de Internet, se realizan copias temporales en cada punto donde se detiene. En otras palabras, sin copias temporales, las comunicaciones no podrían fluir por Internet.

²⁹² Véase Informe “*Amici*” al Tribunal a favor de los demandados realizado por el EFF y el CDT de fecha 22 de Junio de 2007 “*Brief of “Amici Curiae” in Support of Defendant’s Objections to and Motion for Review of Order re Server Log Data*”, Caso No. 06-01093 FMC de Columbia Pictures Industries, et al., v. Justin Bunnell, et al., disponible en <https://www.eff.org/document/eff-center-democracy-and-technology-cdt-amicus-brief-support-defendants-motion>, últ. vis. 23/Oct/2015, y el Auto del Tribunal del Distrito de fecha 27 de Agosto de 2007 rechazando las objeciones y la revisión de la orden de recoger los “*Server Log Data*”, “*Order Denying Defendants’ Motion for Review*”, Caso 2: 06-cv-01093 FMC-JC de Columbia Pictures Industries, et al., v. Justin Bunnell, et al., disponible en <https://www.eff.org/document/district-court-ruling-denying-motion-review> últ. vis. 21/Abril/2016.

alegaciones presentadas puesto que existía el precedente en el caso *Mai System's Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) de que el almacenamiento de la Regla 34 podía cumplirse al ser la memoria RAM un “medio tangible” bajo la “*Copyright Act*”, significando esto que se almacena información con un nivel de permanencia y por un periodo de duración transitoria suficiente en la memoria RAM.²⁹³

En nuestra opinión, la sentencia de este caso plantea serios problemas jurídicos en cuanto a la privacidad de los usuarios de los servicios de este portal. Además, las organizaciones “*Public Knowledge*”, “*Electronic Frontier Foundation*” y “*Center for Democracy & Technology*” solicitaron, dejando aparte la sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, a través de un informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Ninth Circuit*”, que no considerasen como válida la argumentación de la posible utilización de la memoria RAM para futuras sentencias.²⁹⁴

²⁹³ Véase la sentencia final de Agosto de 2008 de la Juez Florence-Marie Cooper del Tribunal del Distrito de California por la que mantiene de forma permanente las medidas cautelares de cierre del portal TorrentSpy en “*Judgement and Permanent Injunction*”, Caso 2:06-cv-01093-FMC-JCx de Columbia Pictures Industries, et al., v. Justin Bunnell, et al., disponible en <https://www.eff.org/document/judgment-and-permanent-injunction> últ. vis. 21/Abril/2016. También discuten este tema los autores RUBINER, J.K., y MOORE, B.D., “Information Stored in RAM is “*Electronically Stored Information*” Under Fed. R. Civ. P. Rule 34 and Therefore Discoverable” en “*Selected Recent Electronic Discovery Cases*”, en el auto de fecha 13 de Diciembre de 2007 del Juzgado de Distrito que revisa la orden de la Magistrada del Tribunal de Apelación, concretamente Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell, 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007), “*Order Granting Plaintiffs’ Motion for Terminating Sanctions*” disponible en www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/labor_law/meetings/2008/ac2008/067.authcheckdam.pdf 2007 WL 4877701 (C.D. Cal. Dec. 13, 2007) Últ. vis.. 29 de Mayo, 2016. Siendo cierto que la sentencia *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.* que menciona la Magistrada Juez del Tribunal de Apelación sentó jurisprudencia en el año 1993 en los EE.UU. en relación al derecho de reproducción en las copias temporales digitales, ya que el Noveno Circuito sentenció que cuando un fichero se ha cargado en la memoria RAM, se ha creado una copia del mismo, algunos tribunales también han reconocido que en numerosas ocasiones estas copias son demasiado efímeras como para considerarlas copias propiamente dichas. Por ejemplo, en la sentencia *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 F.3d 544, 551 (4th Cir. 2004) se dictaminó que un PSSI de Intermediación que actúa en calidad de prestador de servicios de acceso no se ve envuelto en actos de reproducción porque las copias no se fijan más que para una duración transitoria. En el mismo sentido, NIMMER, M.B., et NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, ed. Oxford University Press, New York, 2005, p. 808. Los autores afirman que el uso de copias de la memoria RAM para temas relacionados con los derechos de autor han resultado ser polémicos en relación a la posibilidad de actuación de los OSP o PSSI. También, véase en este sentido, REESE, A.R., “The Public Display Right: The Copyright Act’s Neglected Solution to the Controversy Over RAM Copies” en *University of Illinois Law Review*, Vol. 83, 2001, pp. 122-138.

²⁹⁴ El 12 de Febrero de 2009, las organizaciones EFF, PK y CDT (Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge y Center for Democracy and Technology) presentaron un Informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del Noveno Circuito donde argumentaban técnicamente que la memoria RAM no constituye información “almacenada” de forma electrónica o dicho de otro modo, la memoria RAM es efímera y no queda guardada de forma permanente, Docket Nos. 08-55940 (L), 08-56299, 08-56300, 08-56248, disponible en <https://www.eff.org/document/brief-amici-curiae-eff-and-pk-urging-vacatur-server-log-data-order> últ. vis. 22/Abril/2016.

b) Protocolo BitTorrent: Caso de Cox Communications (BMG v. Cox) o la Pérdida de Posibilidad de Acogerse al Modelo de Responsabilidad Condicionada de “puerto seguro” por no finalizar de forma definitiva el servicio de conexión a Internet de los presuntos infractores reincidentes por la falta de definición en la Ley de los Conceptos de “Circunstancias Adecuadas” y del significado exacto de “Infractores Re-incidentes”.

Las partes demandantes, la empresa de música BMG Rights Management (US) LLC (parte del poderoso grupo empresarial Bertelsmann) y Round Hill Music LLP, presentaron una demanda contra Cox Communications, Inc. y CoxCom, LLC, el cuarto PSSI de Intermediación de acceso mayor en tamaño de los Estados Unidos, con más de 22 millones de suscriptores en 18 Estados, como responsable civil derivado de las infracciones de los usuarios de la Red como colaboradores o “*contributory infringers*” y como ayudantes subsidiarios o “*vicarious infringers*” por la vulneración de los derechos de autor en casos de usuarios que, según las partes demandantes, se habían llegado a descargar a través del protocolo P2P BitTorrent decenas de miles de veces 1,397 archivos musicales entre Febrero de 2012 y Noviembre de 2014, de los cuales declaraban ser titulares de derechos de autor de forma exclusiva. Además, el juez no permitió a Cox acogerse a las limitaciones de responsabilidad en los servicios de acceso a Internet y la transmisión de datos por redes de comunicaciones de la Ley DMCA.²⁹⁵

En Julio del año 2011, Cox Communications fue uno de los PSSI de intermediación de acceso (supra 5.2.1.) más importantes de los EE.UU. que no quiso firmar el acuerdo privado “*Memorandum of Understanding*” (“*MOU*”) de respuesta gradual, no legislativo, que implementó el “*Copyright Alert System*” (CAS), supervisado por la Administración del Presidente Obama y subvencionado por el “*Center for Copyright Information*” (CCI)²⁹⁶, una asociación formada por la “*Recording Industry Association of America*” (RIAA), la “*Motion Picture Association of America*” (MPAA) y cinco de los PSSI de intermediación de acceso más importantes de los Estados Unidos (*ComCast, Verizon, AT&T, Cablevision*

²⁹⁵ Véase *BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al*, Civil No. 1:14-cv-1611, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015, disponible en <http://www.digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=21068&context=historical> Últ. vis. 12/Jun/2015.

²⁹⁶ En este sentido véase, *MOU o “Memorandum of Understanding”*, 6 de Julio de 2011, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>. Últ. vis. 25/Jul/2016. Tampoco firmaron el acuerdo “*MOU*”, aparte del PSSI de intermediación de acceso Cox Communications, Qwest, RCN Corporation, Cable ONE, Charter Communications y Mediacom Broadband, entre otros.

y *Time Warner Cable*). Este esquema de respuesta gradual que entró en vigor en Febrero de 2013 (infra 8.1.5.b)), comúnmente conocido como “*Six Strikes Scheme*”, se implementó con la idea de concienciar a los usuarios del problema que supone para las empresas titulares de contenido la vulneración de derechos de autor, enviando mensajes pedagógicos a los internautas. A partir del quinto mensaje enviado por los PSSI de Intermediación de Acceso que participa en el acuerdo, los internautas se exponen a las siguientes medidas: limitación temporal de la velocidad de la conexión, redirección a una página web sugiriendo al usuario ponerse en contacto con su PSSI de Intermediación de acceso, contestar a un cuestionario sobre derechos de autor, u otra medida que el PSSI de Intermediación de Acceso correspondiente considere necesaria, eso sí, a excepción de la desconexión completa del servicio de Internet, punto que siempre fue un condicionante por parte de los PSSI de Intermediación de acceso participantes en el CAS para llegar a un acuerdo.²⁹⁷ Cox Communications no se sumó al acuerdo porque decía tener ya implementado un sistema por el cual si un usuario que había firmado el Acuerdo de Condiciones de Uso del Servicio, lo incumplía, la conexión era suspendida después de 10 o 12 avisos.²⁹⁸ De acuerdo con la legislación especificada en nuestro Capítulo III, los PSSI de intermediación

²⁹⁷ LESCURE, P., “Acte II de l’exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique” en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, p. 362, disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016. En similares términos, MASNICK, M., “As Expected Judge Upholds His Own Problematic Ruling Concerning Cox’s Repeat Infringer Policy & The DMCA” en *TechDirt Podcasts*, 10 Agosto 2016, disponible en <https://www.techdirt.com/articles/20160810/07220135206/as-expected-judge-upholds-his-own-problematic-ruling-concerning-coxs-repeat-infringer-policy-dmca-shtml> Últ. vis. 11/Sep/2016.

²⁹⁸ Véase *BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al*, Civil No. 1:14-cv-1611, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015, disponible en <http://www.digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=21068&context=historical> Últ. vis. 12/Jun/2015. Este punto especificado en la sentencia también lo explicaba años antes la autora BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, issue 3, 2011, pp. 574-576, en el sentido de que se vulneraba un derecho fundamental de los usuarios conectados a Internet ya que era conocida desde hacía años la implementación de forma efectiva de la suspensión del acceso a Internet de suscriptores de Cox Communications, al tener incluido en sus Términos de Uso del Servicio una cláusula que contemplaba cumplir con esta interpretación del Artículo 512 i) de la DMCA. De hecho, según la autora, un ejecutivo de este PSSI de Intermediación de acceso llamado Joe Waz declaró en una conferencia llamada “*Leadership Music Digital Summit*” en Nashville en el año 2009 que enviaban entre uno y dos millones de notificaciones cada año en representación de los titulares de derechos y que suspendían el servicio a aquellos suscriptores que recibían estas notificaciones de forma rutinaria y las ignoraban, según recoge la revista PCMAG en ALBANESIUS, C., “Comcast, Others Deny “Three Strikes” Piracy Plan” en *PCMAG.COM*, 27/Mar/2009, <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,234377,00.asp> últ. vis. 1/Ago/2016. En similares términos, ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ Últ. vis. 1/Sep/2016. Sin embargo, según la autora Bridy, los PSSI de Intermediación siempre han sido cautos a la hora de declarar en los medios de comunicación escrita la implementación de un esquema de respuesta gradual con el resultado final de desconexión completa al acceso a Internet de sus suscriptores. También en el mismo sentido, CULBERT, R., “Greater Liability for ISPs?” en *IP Intelligence, Insight on Intellectual Property*, ed. Baker Hostetler, 28 Diciembre, 2015, disponible en http://www.ipintelligencereport.com/2015/12/28/greater_liability_for_isps/ ult. vis. 13/Sep/2016.

de acceso como Cox tienen la obligación de cumplir con el artículo sobre infractores reincidentes de la DMCA (Sección 512(i) descrito en supra 5.2.7.) siempre que reciban información sobre una infracción de derechos de autor, aunque no deben cumplir con el protocolo de notificación y retirada de la sección 512(c) (supra 5.2.3.) al no poder ejercer control sobre los contenidos que circulan por sus servicios de acceso, al contrario de lo que ocurre con los PSSI de Intermediación de Alojamiento.

Las partes demandantes habían contratado a la empresa Rightscorp, Inc. como su agente para que identificase vulneraciones de sus derechos. Rightscorp Inc. utilizó un programa informático que buscaba índices de ficheros “torrent” que pudiesen contener información sobre la ubicación de las obras musicales de la parte demandante. Ya sabemos que los ficheros “torrent” no contienen la obra en sí, sino sólo indicaciones de dónde puede estar disponible. Entonces Rightscorp registra la dirección IP, el puerto del ordenador del usuario a través del cual se ha realizado la conexión, el código “hash”, o etiqueta informática, único del fichero “torrent” y el nombre de la canción presuntamente vulnerada. A continuación Rightscorp envía una notificación al PSSI de Intermediación de acceso que corresponde a la dirección IP correspondiente. Según los demandantes, Rightscorp había enviado a Cox dos millones y medio de notificaciones. Sin embargo, esta cifra no fue aceptada por el tribunal ya que el programa del proceso de detección utilizado por Rightscorp revelaba múltiples errores por lo que sólo podrían considerarse válidas unas 100,000 notificaciones adecuadas a derecho, aunque sin entrar a analizar más datos técnicos relativos a su validez jurídica, incluido el hecho de que dichas notificaciones incluían una compensación económica obligatoria por parte del titular de la dirección IP, una práctica agresiva y no conforme a derecho.²⁹⁹ Además, en nuestra

²⁹⁹ BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al, Civil No. 1:14-cv-1611, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015. Sentencia Cox, pp. 2-3 y p.56. Véase en similares términos, ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ Últ. vis. 11/Sep/2016 y CULBERT, R., “Greater Liability for ISPs?” en *IP Intelligence, Insight on Intellectual Property*, ed. Baker Hostetler, 28 Diciembre, 2015, disponible en http://www.ipintelligencereport.com/2015/12/28/greater_liability_for_isps/ últ. vis. 13/Sep/2016. El veredicto de la Sentencia de fecha 1 de Diciembre, 2015, está disponible en <http://www.torrentfreak.com/images/coxverdict.pdf> 28/Nov/2016. Este tipo de prácticas, como las notificaciones que Rightscorp envió a Cox incluyendo un acuerdo económico por el cual el usuario reconoce legalmente su culpabilidad por vulnerar derechos de autor y por el que tiene que pagar entre 10 y 20 dólares estadounidenses por fonograma presuntamente vulnerado, es una práctica jurídica agresiva que ya había intentado poner en práctica la asociación de la industria musical RIAA a través de un plan de “Amnistía” para que los usuarios de redes P2P se declarasen voluntariamente culpables en un momento en el que deseaban aumentar sus demandas contra usuarios particulares. Contra este plan advirtió la EFF que anunciaba que la oferta era ilusoria ya que los únicos que podían hacer este tipo de ofertas eran directamente las empresas asociadas a la RIAA que ostentaban la titularidad de los derechos de autor: “*En realidad la RIAA no puede proteger a nadie de una posible demanda civil y aquellos individuos que firmen el affidavit propuesto ante notario se verán expuestos a una posible persecución jurídica*”. Además la EFF destacaba que la RIAA debía buscar medios económicamente aceptables, para dejar a los

opinión, esta práctica agresiva permite al titular del derecho identificar los datos del suscriptor que está detrás de la dirección IP, información que tampoco se permite jurisprudencialmente (véase sentencia Verizon en infra 8.1.5.a)).

Tal como ya hemos mencionado anteriormente, la sentencia también menciona que la parte demandada tiene implementada una Política de Derechos de Autor y Procedimiento de Respuesta Gradual por la cual aquellos suscriptores que “alojan, copian, transmiten o diseminan contenido que vulnera derechos de patente, de autor, de secretos comerciales, de marca, o de propiedad de terceras partes” podrán ser suspendidos de los servicios que ofrece Cox. Sin embargo, Cox tiene un “departamento de abusos” que gestiona comportamientos inapropiados que pueden comprender desde vulneraciones de derechos de autor hasta “hacking” o uso de ancho de banda excesivo. Cox tiene una dirección de e-mail a la que los titulares de derechos pueden enviar sus notificaciones para cuya gestión tiene un sistema automatizado. Este sistema permite llegar a enviar hasta 10 notificaciones a un titular de dirección IP re-incidente para más tarde pasar, si la conducta persiste, a un sistema de suspensiones que puede desembocar después de más de doce notificaciones en la finalización del servicio. Este sistema automatizado de la empresa Cox Communications tiene tres características y una de ellas es muy importante para este caso. Consiste en que el sistema sólo puede admitir hasta doscientas notificaciones diarias de un mismo emisor, es decir, en este caso del agente Rightscorp. Si el sistema informatizado de este cuarto PSSI de Intermediación de Acceso más importante de los EE.UU. no funcionase de este modo, el sistema se colapsaría y el personal no podría gestionar las notificaciones adecuadamente. Cuando esto ocurre, tras las doscientas notificaciones, el sistema suspende la recepción de notificaciones y envía un e-mail al emisor informando que no pueden admitir más notificaciones en un solo día. Además, cuando Cox recibe una notificación de vulneración de derechos de autor, normalmente envía un aviso al suscriptor y una parte sustancial de ellos no necesitan un segundo aviso dentro del ciclo inicial de 180 días. En los casos en que sí recibe una segunda notificación dentro del ciclo, entonces el sistema automatizado de Cox envía un e-mail al suscriptor con

usuarios escuchar música a través de este innovador sistema en lugar de intentar llevar a la gente a juicio por utilizar las redes P2P. En este sentido, véase EFF, “Recording Industry Plans “Amnesty” for Music Sharers. Electronic Frontier Foundations Says Share, Get Artists Paid”, 5 Septiembre 2003, disponible en <http://eff.org/es/press/archives/2003/09/05-0> últ. vis. 13/Sep/2016 y RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, pp. 214-216. YU, P.K., “P2P and the Future of Private Copying” en *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2005, p. 664. Este último autor también destaca que este tipo de estrategia por parte de la RIAA no iba a detectar a usuarios que pudiesen ser grandes consumidores de música a través de las redes P2P ya que éstos no consideran que realizan una actividad ilícita y tienen conocimientos técnicos para no ser detectados, mientras que con esta medida sólo iban a identificar a presuntos usuarios inocentes por los que la asociación debería mostrar poco interés.

una copia completa de la notificación de la gestora Rightscorp en este caso. El otro problema en este caso es que las notificaciones de Rightscorp incluían una oferta jurídica para llegar a un acuerdo previo pago de 10 o 20 dólares por canción. La empresa Cox no pudo aceptar que las notificaciones contuviesen acuerdos económicos para llegar a un acuerdo con sus suscriptores, en primer lugar porque está en contra de su política de funcionamiento y, en segundo, porque esta posibilidad no está incluida en la Ley (supra 5.2.7.). Por ello, Cox solicita a Rightscorp que modifiquen su notificación ya que no es apropiada y que se ciñan al “espíritu” de las notificaciones descritas en la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*”, a lo que Rightscorp se niega. Si el emisor persiste en enviar más de doscientas notificaciones diarias, entonces el e-mail del emisor se pone en una lista negra. Rightscorp llega a enviar hasta 25.000 notificaciones en un solo día, por lo que Cox no solo lo pone en la lista negra sino que bloquea el acceso de este emisor a su dirección de e-mail para el envío de notificaciones.³⁰⁰

Es interesante destacar que la empresa Rightscorp empezó su trayectoria sumando varios clientes de la industria musical y salió a cotizar en Bolsa en el año 2013. Hasta la fecha de la sentencia del Juez Liam O’Grady del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Este de Virginia en que Cox fue declarada culpable y el posterior veredicto del Jurado condenando a finales de Diciembre de 2015 a Cox a pagar 25 millones de \$-US, la empresa Rightscorp Inc. aún no había obtenido beneficios y las pérdidas que acumulaba eran considerables. Rightscorp localizó ficheros que supuestamente habían sido compartidos ilegalmente e inundó al PSSI de Intermediación de acceso Cox con 2,5 millones de notificaciones de la DMCA. Estas notificaciones no solo contenían la petición de que los clientes de Cox pagasen a Rightscorp entre 10 y 20 US-\$ por las presuntas infracciones, sino que además exigía que los presuntos contenidos que vulneraban derechos de autor debían eliminarse de los dispositivos conectados a Internet. Rightscorp se negó a retirar la demanda de pago en sus notificaciones y, en consecuencia, Cox se negó a enviar este tipo de notificaciones a sus suscriptores. Entonces BMG, empresa miembro del

³⁰⁰ Véase *BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al*, Civil No. 1:14-cv-1611, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015. Sentencia Cox pp. 3-6, disponible en <http://www.digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=21068&context=historical> Últ. vis. 12/Jun/2015. Concretamente, la Política de Aceptación de Uso de Cox Communications (“*Acceptable Use Policy*” o “*AUP*”) dice textualmente: “*La Política de Aceptación de Uso se reserva el derecho de suspender o terminar el acceso de aquellos usuarios que utilizan el servicio para colgar, copiar, transmitir o diseminar cualquier contenido que vulnera derechos de patentes, de autor, de secretos comerciales, de marca, o de propiedad de un tercero*” (“*The AUP reserves the right to suspend or terminate customers who use the service to post, copy, transmit or disseminate any content that infringes on patents, copyrights, trade secrets, trademark, or proprietary rights of any party.*”). Véase también en FRANKEL, D., “Cox Loses Appeal on Piracy Case, Has to Pay \$25M to Music Label BMG” en *Fierce Cable*, 11/Ago/2016, disponible en <http://www.fiercecable.com/cable/cox-loses-appeal-piracy-case-has-to-pay-25m-top-music-label-bmg> Últ. vis. 11/Sep/2016.

grupo Bertelsmann, presentó la demanda por “contributory” y “vicarious copyright infringement”. Cox alegó que tenía la defensa de “safe harbour” del artículo 512(a) de la DMCA, es decir, el “puerto seguro” del PSSI de intermediación que interviene como “mere conduit” en la transmisión de contenido. Sin embargo, el juez de primera instancia imposibilitó a Cox que utilizase este argumento en el juicio.³⁰¹

Tal como definíamos en el Capítulo I de este trabajo, la DMCA es un modelo de responsabilidad condicionada (supra 1.4.2.2.). La Sección 512(i) en supra 5.2.7., ofrece protección como “puerto seguro” si el PSSI de Intermediación puede demostrar que:

”ha adoptado y puesto razonablemente en práctica, e informado a los suscriptores y tenedores de cuenta del sistema o red del ISP de, una política que disponga la terminación en circunstancias adecuadas de suscriptores y tenedores de cuenta del sistema o la red del ISP que sean infractores re-incidentes”.

El problema es que anteriormente a esta sentencia, nunca se había establecido claramente en un juicio lo que significaba ser un “infractor re-incidente” y uno de los argumentos de Cox en el caso era que Rightscorp bombardeó Cox con notificaciones, no con pruebas de la existencia de “infractores re-incidentes”. Dado el uso generalizado de las redes P2P para intercambiar ficheros, uno podría pensar que la desconexión de Internet de suscriptores es una práctica habitual. En la práctica, este nunca había sido el caso, sino todo lo contrario por dos motivos: primero, este artículo de la ley no define lo que significa “infractor re-incidente”, y segundo, los tribunales

³⁰¹ En este sentido véase CULBERT, R., “Greater Liability for ISPs?” en *IP Intelligence, Insight on Intellectual Property*, ed. Baker Hostetler, 28 Diciembre, 2015, disponible en http://www.ipintelligencereport.com/2015/12/28/greater_liability_for_isps/ últ. vis 13/Sep/2016. El autor destaca que es curiosa esta demanda precisamente contra el único PSSI de Intermediación de Acceso de los EE.UU. del que se tiene constancia que ha desconectado de Internet a usuarios re-incidentes. Como ya hemos mencionado anteriormente, los cinco PSSI de Intermediación de Acceso que firmaron el acuerdo del esquema de respuesta gradual de los EE.UU., conocido como CAS o “Six Strikes”, nunca han desconectado a ningún suscriptor. En similares términos, MASNICK, M., “As Expected Judge Upholds His Own Problematic Ruling Concerning Cox’s Repeat Infringer Policy & The DMCA” en *TechDirt Podcasts*, 10 Agosto 2016, disponible en <https://www.techdirt.com/articles/20160810/07220135206/as-expected-judge-upholds-his-own-problematic-ruling-concerning-coxs-repeat-infringer-policy-dmca-shtml> Últ. vis. 11/Sep/2016. ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ Últ. vis. 11/Sep/2016. En el veredicto, el jurado, aparte de imponer la condena por daños y perjuicios de 25 millones de dólares, reconoce que se ha probado la existencia de infracciones directas por parte de los suscriptores re-incidentes, aunque debemos resaltar que el juez O’Grady no permitió la presentación a la parte demandada de suscriptores acusados por el agente Rightscorp de vulnerar derechos de autor con el uso de redes P2P, mientras que esos suscriptores afirmaban poder probar no tenerlas en sus dispositivos ni utilizarlas. Por otro lado, el jurado consideró que existía responsabilidad por “contributory copyright infringement” por parte de Cox Communications, aunque no consideró la existencia de responsabilidad por “vicarious copyright infringement”.

se han mostrado respetuosos en cuanto al fondo y la forma de las políticas de uso de los servicios de los PSSI de intermediación de acceso. La mayor parte han tomado la totalmente legítima determinación de no suspender el acceso a la Red sin un requerimiento judicial que identifique al suscriptor como un “infractor re-incidente”.³⁰² Sin embargo, el juez O’Grady argumenta en sus sentencias que considera las pruebas aportadas por el agente Rightscorp como válidas sin analizarlas ni justificar su validez en profundidad, ni permitir en el juicio la presentación de pruebas que podrían cuestionar su validez.

El juez determinó que Cox no implementó su política de infractores re-incidentes de forma razonable. En concreto, había evidencia de una política de re-conexión de las cuentas de los clientes clausurados, incluso cuando, la sentencia concluye, Cox había determinado que existían circunstancias adecuadas para cerrar la cuenta del cliente. Por lo tanto, según el juez, Cox era responsable por contribuir a las infracciones de forma voluntaria. En este sentido, el jurado estableció que Cox era responsable de “*contributory copyright infringement*”, aunque también estableció que BMG no fue capaz de probar que Cox fuese responsable por “*vicarious copyright infringement*” otorgando, por tanto, una indemnización por daños y perjuicios de únicamente 25 millones de dólares, cuando por ley (los considerados desproporcionados “*statutory damages*” para los PSSI de intermediación de acceso en casos de vulneraciones masivas, véase primera nota de este IV Capítulo) , podrían haber valorado los daños hasta 200 millones de dólares.³⁰³

³⁰² En relación a este tema es interesante destacar que el PSSI de intermediación de acceso AT&T declaró que no suspendería el servicio de un suscriptor presuntamente identificado como infractor re-incidente sin la aprobación de este extremo por vía judicial. En este sentido, véase SANDOVAL, G., “How Charter Communications Warns Accused File Sharers” en *CNET*, 19/Abr/2009, disponible en <http://cnet.com/uk/news/how-charter-communications-warns-accused-file-sharers> , últ. vis. 2/May/2017. También BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 90-92.

³⁰³ En este sentido véase ERNESTO, B., “Cox is Liable for Pirating Subscribers, Ordered to Pay \$25 Million” en *TorrentFreak*, 17 Diciembre 2015, disponible en <https://torrentfreak.com/cox-is-liable-for-pirating-subscribers-ordered-to-pay-25-million-151217/> .Últ. vis. 2/Sep/2016. El autor destaca que el caso se centró en 1397 títulos de canciones con derechos de autor por el que un jurado de seis personas decidió la cantidad de 25 millones de dólares estadounidenses en concepto de daños reglamentados o “*statutory damages*”, es decir, unos 18,000 dólares por título. Si el jurado hubiese establecido el máximo permitido por ley, los daños hubiesen representado 200 millones de dólares en total. En similares términos, CULBERT, R., “Greater Liability for ISPs?” en *IP Intelligence, Insight on Intellectual Property*, ed. Baker Hostetler, 28 Diciembre, 2015, disponible en http://www.ipintelligencereport.com/2015/12/28/greater_liability_for_isps/ últ. vis. 13/Sep/2016. FRANKEL, D., “Cox Loses Appeal on Piracy Case, Has to Pay \$25M to Music Label BMG” en *FierceCable*, 11/Ago/2016, disponible en <http://www.fiercecable.com/cable/cox-loses-appeal-piracy-case-has-to-pay-25m-top-music-label-bmg> , Últ. vis. 11/Sep/2016. Además, existe una sentencia anterior que llegaba a la conclusión de que un PSSI de intermediación que recibe múltiples notificaciones de un titular de derecho conforme un suscriptor vulnera sus derechos y no desconecta al suscriptor de Internet, no está implementando adecuadamente la sección 512(i) de infractores re-incidentes de la ley DMCA. Véase en este sentido, *Perfect 10 v. CCBill LLC.*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1088, (C.D. of California). Decided on

La empresa Cox anunció en Enero de 2016 que recurriría la sentencia ante el Tribunal de Apelación de Cuarto Circuito, para lo que, como parte del recurso, tuvo que presentar una “*plea*” al juez de primera instancia que juzgó el tema para que reconsiderase la sentencia, cosa que efectuó el 11 de Julio de 2016, afirmando tres puntos concretos. En primer lugar, que BMG no fue capaz durante el juicio de demostrar las infracciones directas por parte de los usuarios. En segundo lugar, que BMG no fue capaz de demostrar la responsabilidad de Cox derivada de las infracciones de los usuarios y por último, que tampoco se demostró durante las dos semanas del juicio que Cox tuviese la voluntad de permitir a sus usuarios que vulnerasen derechos de autor de terceros. La “*plea*” fue rechazada en su totalidad por el juez O’Grady en Agosto de 2016 por lo que este caso continuará en segunda instancia. En resumen, el juez de primera instancia ha afirmado que la inmunidad otorgada por parte del Congreso de los EE.UU. (supra 5.2.7.) a los PSSI de Intermediación sólo se concede a aquellos PSSI que actúan de buena fé, no a los que no implementan su propia política de infractores reincidentes, cosa que hicieron voluntariamente los directivos de la empresa Cox desde el otoño del año 2012.³⁰⁴ Sin duda, existe una gran expectativa al respecto teniendo en cuenta que se han presentado varios informes de “*amicus curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth Circuit*” por asociaciones representando a empresas tecnológicas de Internet, bibliotecas y universidades³⁰⁵ que argumentan que el juzgado de primera instancia ha

2004. En sentido contrario a Perfect 10 v. CCBill y BMG v. Cox, véase Corbis Corp. v. Amazon.com, 351F. Supp. 2d 1090, 1108-09 (W.D. of Washington). Decided on 2004. En esta última sentencia, el juez confirma que una notificación de un titular de derechos sirve para detectar un posible ilícito ante un PSSI de intermediación, pero que en ningún caso deben interpretarse como una vulneración probada, ya que puede ser errónea por múltiples motivos.

³⁰⁴ Véase por un lado BMG Rights Management (US) LLC v. Cox Communications, Inc., Solicitud de reconsideración de la Sentencia y Solicitud de Celebrar un Nuevo Juicio por parte de Cox, United States District Court for the Eastern District of Virginia, No. 14-cv-01611, 11 de Julio de 2016, disponible en <http://www.torrentfreak.com/images/openingbrief.pdf>, últ. vis. 22/Nov/2016, y, por otro, el rechazo de la “*plea*” de Cox por parte del juez O’Grady, BMG Rights Management (US) LLC v. Cox Communications, Inc., et CoxCom, LLC, Civil Case 1:14-cv-01611-LO-JFA, Document 794, Tribunal de Distrito de Virginia, Juez Liam O’Grady. Decided on August 8, 2016, disponible en http://www.business.cch.com/ipld/bmgVcox_8122016.pdf, últ. vis. 26/Nov/2016. En esta última extensa opinión en relación al caso del juez de primera instancia, éste no acepta ninguno de los argumentos presentados por las partes y, por lo tanto, tampoco la posibilidad de celebrar un nuevo juicio. Véase BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al, Civil No. 1:14-cv-1611, WL 4224964, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on August 8, 2016 En similares términos, BEISE, C., “Cox Cannot Avoid \$25 million verdict for subscribers’ music piracy” en *Intellectual Property Law Daily*, 15 Agosto 2016, disponible en http://www.dailyreportingsuite.com/ip/news/cox_cannot_avoid_25_million_verdict_for_subscribers_music_piracy Últ. vis. 10/Sep/2016. MASNICK, M., “As Expected Judge Upholds His Own Problematic Ruling Concerning Cox’s Repeat Infringer Policy & The DMCA” en *TechDirt Podcasts*, 10 Agosto 2016, disponible en <https://www.techdirt.com/articles/20160810/07220135206/as-expected-judge-upholds-his-own-problematic-ruling-concerning-coxs-repeat-infringer-policy-dmca-shtml> Últ. vis. 11/Sep/2016. RESNIKOFF, P., “Federal Judge Upholds \$25 Million Infringement Penalty Against Cox Communications” en *Digital Music News*, 10/Ago/2016, disponible en <http://digitalmusicnews.com/2016/08/10/judge-cox-communications-25-million/> Últ. vis. 10/Sep/2016.

³⁰⁵ En este sentido véase EFF, PK y CDT (Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge y Center for Democracy and Technology), Informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth*

interpretado la ley (supra 5.2.7.) de forma que sienta un peligroso precedente para futuras posibles demandas contra PSSI de Intermediación de acceso estadounidenses y la posibilidad de que sus usuarios puedan dejar de disponer de un servicio de acceso vital, básico y esencial a Internet, además que únicamente está basado en alegaciones no fiables y que no se han podido verificar de un presunto mal comportamiento civil por parte de una de las partes.³⁰⁶

Esta sentencia no es firme ya que está recurrida en segunda instancia y, sin duda, se ha creado una gran expectativa en cuanto a su posible resultado. Tal como ya hemos explicado en la introducción no estaba disponible en el momento de cierre de este trabajo.

8.1.4. Demandas Civiles frente a Usuarios de Internet por Presunta Vulneración Directa de Derechos de Autor a través de Redes P2P por el Intercambio de Ficheros entre ellos.

Tras la aparición del caso Napster en el año 1999, creció de forma exponencial el uso de protocolos P2P entre los usuarios de Internet, y, a pesar de que la industria de contenidos sabía que los presuntos infractores directos

Circuit” a favor de ninguna de las dos partes en el caso BMG Rights Management et al. v. Cox Communications et al., 29 de Nov., 2016, disponible en https://www.eff.org/files/2016/11/29/brief-bmg-ca4_0.pdf Últ. vis. 20/Abr/2017. EDUCAUSE, American Council on Education (ACE), Association of American Universities (AAU), et al., Informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth Circuit*” a favor de ninguna de las dos partes en el caso BMG Rights Management et al v. Cox Communications et al., 14 de Nov., 2016, disponible en <https://library.educause.edu/resources/2016/11/educause-comments-amicus-brief-bmg-v-cox-dmca-case> últ. vis. 20/Abr/2017 y CTA & CCIA, o Consumer Technology Association and Computer & Communications Industry Association, Informe de “*Amicus Curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth Circuit*” a favor de Cox Communications, 14 de Nov., 2016, disponible en https://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2016/11/Brief-Amicus-Curiae-of_CTA-and-CCIA-in-BMG_v_Cox-20161114.pdf . Últ. vis. 21/Abr/2017.

³⁰⁶ Tanto es así, que otro de los PSSI de intermediación de acceso que no firmaron el acuerdo “*Six Strikes*” , RCN ha presentado el 29 de Marzo de 2017 ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York un escrito por el que reconoce que ha llegado a un acuerdo con BMG, asumiendo cada uno sus gastos judiciales, véase RCN Telecom Services, LLC; RCN Telecom Services of New York, L.P.; RCN Capital Corp.; RCN Telecom Services of Philadelphia, LLC; RCN Telecom Services of Massachusetts, LLC; RCN Management Corporation, RCN ISP, LLC; RCN Digital Services (Lehigh), LLC; RCN Telecom Services of Illinois, LLC; 21st Century Telecom Services, Inc.; and RCN Cable TV of Chicago, Inc. vs. BMG Rights Management (US) LLC. United States District Court Southern District of New York. No. 1:16-cv-4417-PKC, 29 de Marzo, 2017, disponible en <https://www.mejortorrent.website/news-1490957745249> últ. vis. 23/Abr/2017. RCN emprendió una ofensiva en contra de las problemáticas millones de notificaciones recibidas de Rightscorp el verano de 2016, ya que ninguna mencionaba el contenido que vulneraba derechos de autor y que presuntamente se descargaban los usuarios. Véase DAVIS, W., “BMG Asks Court to Uphold Copyright Verdict Against Cox Communications” en *Mediapost PolicyBlog*, 5/Ene/2017, disponible en <https://www.mediapost.com/publications/article/29295/bmg-asks-court-to-uphold-copyright-verdict-against.html> Últ. vis. 21/Abr/2017.

de los derechos de autor eran los usuarios, en un primer momento, se resistieron a presentar demandas contra ellos por varios motivos. Desde un punto de vista empresarial y práctico, no estaba claro que tomar acciones legales contra usuarios fuese a dar resultados, económicamente hablando, deseables y convenientes. Además, eran reticentes a perseguir a usuarios por miedo a producir una reacción violenta por parte de los consumidores, al identificar éstos a las poderosas asociaciones de las industrias de contenidos con intimidadores del público en general, especialmente teniendo en cuenta que los mayores usuarios de las redes P2P, en esos momentos, eran los adolescentes. Antes de perseguir a usuarios, las industrias de contenidos intentaron las siguientes medidas para afrontar el problema. En primer lugar, presentar demandas contra los distribuidores de programas informáticos P2P de intercambio de archivos y sus inversores. En segundo lugar, desarrollaron campañas de concienciación pública enfocadas a educar a los usuarios, con anuncios específicos, “semanas de concienciación de los derechos de autor”, “trailers” cinematográficos al respecto, etc. En tercer lugar, desarrollaron estrategias de sabotaje a través de las cuales transmitían ficheros falsos y/o degradados a través de las redes P2P para que aquellos que las usaban se sintieran incómodos. Por último, también crearon “outlets” de distribución en línea, aunque tardaron mucho tiempo en crearlos, y una vez lo hicieron, la política de precios fue deficiente, con excesivas restricciones e incluyendo, además, medidas tecnológicas de protección (“DRMs”) para que los ficheros no pudiesen ser transferidos a otros dispositivos, así como catálogos poco extensos comparados con los disponibles a través de los protocolos P2P, por lo que finalmente los antiguos modelos de negocio de las industrias de contenidos se vieron condenados al fracaso.³⁰⁷

a) Las “*John Doe Actions*” o Demandas Civiles Frente a un Presunto Infractor Desconocido.

Siguiendo el cauce marcado por la ley “*Subpoena to Identify Infringer*” (supra 5.2.6.), en un primer momento, algunos PSSI de Intermediación sí

³⁰⁷ En este sentido véase MERGES, R.P., MENELL, P.S., LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 729. En similares términos, EFF, *RIAA versus The People: Five Years Later*, 30 Septiembre 2008, disponible en <https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later> Últ. vis. 23 Abril, 2016. PATRY, W.F., *How to Fix Copyright*, ed. Oxford University Press, New York, 2012, p. 179. Estos autores evidencian las 30,000 demandas presentadas contra titulares de dirección IP por parte de la RIAA, lo cual según él evidencia el fracaso de la estrategia utilizada por esta asociación de intentar parar el uso de los protocolos P2P por parte de los usuarios y en las páginas siguientes sugiere que la solución debe enfocarse a un tipo de compensación económica que desarrollamos en el Punto 14 del Capítulo VI. También BRIDY, A., “Why Pirates Still Won’t Behave: Regulating P2P in the Decade After Napster” en *Rutgers Law Journal*, Vol. 40, pp. 590-605. Esta autora destaca como la RIAA empezó a recoger evidencias infiltrándose en las redes P2P, a la vez que desarrollaba su campaña de demandas en contra de los responsables directos de las presuntas vulneraciones.

facilitaron voluntariamente los datos solicitados por los representantes de los titulares de derechos cuando se daba el caso de una presunta vulneración de derechos de autor a través de las redes P2P. Sin embargo, a partir de la sentencia de *Verizon* (infra 8.1.5.a)) fue cada vez más difícil conseguir el nombre del titular de la dirección IP con anterioridad a la presentación de la demanda, por lo que la estrategia por parte de los representantes de los titulares de contenido se centró en presentar demandas, normalmente individuales, frente a presuntos infractores desconocidos o “*John Does*”, de forma que fuese el propio juez el que requiriese mediante diligencia a los PSSI de Intermediación de acceso la información que identificase a los posibles usuarios que actuaban bajo la dirección IP que aparecía como presuntamente vulneradora de los derechos de autor.

Entre los años 2003 y 2008, la RIAA decidió presentar demandas directamente contra los usuarios de redes P2P que intercambiaban fonogramas, especialmente aquellos que subían a la Red un gran número de ellos o presuntamente vulneraban el derecho de reproducción. Por lo anteriormente expuesto, la mayor parte de estas demandas civiles tuvieron que ser presentadas ante un infractor desconocido o “*John Doe*”. Cuando la RIAA anunció su cambio de estrategia por considerarla poco efectiva en vulneraciones a gran escala, ya que únicamente una pequeña fracción de los infractores podían ser identificados y juzgados, esta organización ya había demandado a treinta mil titulares de dirección IP, de los cuales una gran parte llegaron a acuerdos extrajudiciales.³⁰⁸ Sin embargo, también han existido múltiples casos que se han hecho famosos porque era materialmente imposible que los usuarios demandados por la RIAA pudiesen haber vulnerado los derechos de autor de sus fonogramas a través del uso de redes P2P.³⁰⁹

³⁰⁸ Véase NAKASHIMA, R., “RIAA to Stop Suing Music Swappers” en *Huffington Post*, 19 Diciembre, 2008, disponible en http://www.huffingtonpost.com/200/12/19/riaa-to-stop-suing-music-_n_152522.html Últ. vis. 18/Nov/2016. El autor destaca que el promedio por el que se llegaba a acuerdos prejudiciales era de 3.500 dólares por demandado. En el mismo sentido, EFF, *Copyright Trolls*, disponible en <https://www.eff.org/issues-copyright-trolls> , Últ. vis. 29/Sep/2016. STRICKLAND, L.S. “Copyright’s Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? – Part I: The Battle over File Sharing” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 30, issue 1, Oct/Nov 2006, pp. 12-13. RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 361. GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006, p 115. Los últimos autores destacan que la RIAA presentó demandas civiles contra 12,000 usuarios del protocolo P2P KaZaa para intentar que el uso del mismo fuese marginal, así como para reducir su atractivo al público. En el mismo sentido, GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, ed. Bercal, Madrid, 2005, pp. 87-90. GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, Bercal, Madrid, 2011, p. 24.

³⁰⁹ En este sentido véase RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, pp. 214-215. Por ejemplo, entre otros muchos, el autor

b) Las “*Copyright Trolls*” o las Demandas Civiles Colectivas Abusivas contra Titulares de Dirección IP Desconocidos

Una práctica jurídica especulativa que se ha extendido en los últimos diez años, especialmente en los EE.UU. a causa de los altos importes que los demandantes pueden obtener por los daños y perjuicios reglamentados (véase supra 5.), denominada “*copyright trolls*” consiste en presentar demandas civiles colectivas contra múltiples usuarios de Internet desconocidos a la vez a través de demandas “*John Does*”. El comportamiento de ciertas organizaciones consiste en crear un modelo de negocio a través de la presentación de estas demandas con pocas evidencias jurídicas, no tanto con la idea de proteger los derechos de autor de los titulares de derechos por el uso de sus obras sin licencia a través de las redes P2P, los cuales, de hecho, normalmente son casos en los que no sufren una merma real de su mercado potencial, sino para generar beneficios por los acuerdos extrajudiciales a los que se llega con los demandados por el temor que éstos tienen de ir a juicio. Sin duda, estas prácticas jurídicas no existirían si la valoración de los daños y perjuicios reglamentados o “*statutory damages*” estuviesen establecidos dentro de unos márgenes lógicos en los casos de uso personal y no comercial, en lugar de entre 750 y 150.000 dólares estadounidenses por obra vulnerada.³¹⁰

destaca un caso en el que se demandó a una señora de 66 años, Sarah Seabury Ward, artista, educadora y abuela, por vulneración del derecho de comunicación pública o por bajarse de Internet y compartir más de dos mil canciones en línea a través del protocolo P2P KaZaa. Con la ayuda de la EFF, la Sra. Ward se defendió en el juicio argumentando que ella y su esposo únicamente utilizaban Internet para enviar e-mails a su familia y que no disponía de programas P2P para bajarse canciones. Efectivamente, en su ordenador Macintosh no podía funcionar el protocolo P2P KaZaa. Además, ella alegó que escuchaban únicamente música clásica y folk, mientras que en la demanda los títulos mencionados correspondían a música rock y hip hop. El PSSI de intermediación que le entregó a las siete firmas musicales que presentaron la demanda los datos de contacto de la Sra. Ward fue Comcast y estas firmas sólo disponían de fotos de pantalla de la red KaZaa. Finalmente los cargos fueron retirados. En similares términos, EFF, *Recording Industry Withdraws Music Sharing Lawsuit: Lack of Due Process Lead to Mistaken Identity*, 24 Septiembre 2003, disponible en <https://www.eff.org/es/press/archives/2003/09/24> últ. vis. 23/Mayo/2016. SOHN, G., “What’s going on with the Copyright Alert System?” en *Public Knowledge Policy Blog*, 7 Agosto 2012, disponible en <http://www.publicknowledge.org/blog/whats-going-copyright-alert-system> Últ. vis. 25/Mayo/2016. BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, p. 89.

³¹⁰ En este sentido DeBRIYN, J., “Shedding Light on Copyright Trolls: An Analysis of Mass Copyright Litigation in the Age of Statutory Damages” en *UCLA Ent. Law Review*, Vol. 19, 2012, p. 89. El autor explica que la viabilidad económica de estas demandas se basa en incluir en una sola a cuantos más demandados desconocidos mejor para mantener los costes del proceso lo más bajo posible. La amenaza de un posible juicio en el que la condena puede llegar a 150.000 dólares estadounidenses por obra descargada de Internet para cada uno de los demandados, aunque es altamente improbable su imposición en un caso para uso no comercial, produce la presión necesaria para que los demandados deseen archivar el caso lo antes posible a cambio del pago de entre 1.500 y 2.500 dólares por persona. En similares

Según la profesora Pamela Samuelson, este tipo de prácticas jurídicas contra los usuarios finales de Internet ha erosionado la percepción que el público en general tiene de los derechos de autor a partir de la era post-Napster, produciendo un declive en la eficacia y la vitalidad del derecho como institución. Por tanto, concluye que considera todavía más problemático el aspecto de pérdida de respeto por parte de la población hacia la institución del derecho, que el tema de que existan las propias demandas civiles colectivas abusivas contra múltiples desconocidos a la vez o las llamadas “*copyright trolls*”.³¹¹

términos, EFF, *Copyright Trolls*, disponible en <https://www.eff.org/issues-copyright-trolls> , Últ. vis. 29/Sep/2016. SAG, M., “Copyright Trolling, An Empirical Study” en *Iowa Law Review*, Vol. 100, 2015, pp. 1108-1109. El autor especifica que de todas las demandas presentadas en el año 2013 en los EE.UU., una tercera parte correspondieron a demandas contra múltiples usuarios de Internet desconocidos o “*John Does*”. Además, de éstas demandas múltiples, tres cuartas partes era contenido relacionado con el entretenimiento de adultos, por lo que los demandados, no sólo querían llegar a un acuerdo extrajudicial por riesgo económico sino para evitar que su buen nombre recibiese publicidad no deseada al relacionarlo con el consumo de entretenimiento de adultos. Los casos de organizaciones litigantes más conocidas son Righthaven y Prenda.

³¹¹ Véase SAMUELSON, P., participante en la mesa redonda celebrada en Berkeley el 30 de Julio de 2014, en el Auditorio Booth, Boalt Hall, Facultad de Derecho UC de Berkeley, pp. 167-168, transcripción disponible en <http://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/copyright/roundtable-discussions-remixes-first-sale-and-statutory-3> . Últ. vis. 2/Dic/2016. Además, la autora destaca la posibilidad de acceder a la página web <http://fightcopyrighttrolls.com/> en caso de ser víctima de una demanda de este tipo en los EE.UU. En el mismo sentido, ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ últ. vis. 11/Sep/2016. Este autor destaca que el esquema CAS, también conocido como “*Six Strikes*”, de respuesta gradual que se implementó en los EE.UU. evita este tipo de comportamientos especulativos en contra de los usuarios de los cinco PSSI de Intermediación de Acceso (ComCast, Verizon, AT&T, Cablevision y TimeWarner Cable) que firmaron el acuerdo. En cuanto a la Unión Europea, el Abogado General del TJUE, Maciej Szpunar ha declarado durante la primera mitad del 2016 que “*el operador de una tienda, un hotel o un bar que ofrece una red de Wi-Fi gratuita no será responsable por las infracciones de derechos de autor realizadas por los usuarios de esa red. A pesar de que se puedan solicitar medidas cautelares contra un operador de este tipo para terminar con una infracción, no se podrá ni solicitar el cierre de la dirección IP, ni la palabra clave de la conexión a Internet para examinar todas las comunicaciones que se transmiten a través de ella*”. Véase la Opinión del Abogado General en Caso C-484/14 Tobias M Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/uplad/docs/application/pdf/216-03/cp16002en.pdf Últ. vis. 24/Abr/2017 (infra 9.4.4.a)). Desde esta sentencia los titulares de una Wi-Fi, ya sea para uso familiar o en un establecimiento como un bar, un café o una tienda, son responsables por todos los actos ilícitos que realicen los que utilizan esa Wi-Fi si un Tribunal les impone una medida cautelar de control distinta a las dos mencionadas anteriormente, aunque no tengan conocimiento de ello, ni se realice una infracción por motivo comercial. Por ello, esta Sentencia del TJUE evitará, al ser estas dos medidas cautelares no permitidas las necesarias para que aquellos bufetes de abogados que se dedican a monitorizar el uso de las redes P2P de los usuarios privados, dejen de ingresar dinero por el uso de las “*copyright trolls*” (demandas civiles colectivas abusivas contra titulares de dirección IP desconocidos que presuntamente han vulnerado derechos de autor). El objetivo sería controlar todas las comunicaciones que se envían a través de un Wi-Fi gratuita para aprovechar y enviar facturas abusivas a usuarios a los que se les amenaza con una demanda por vulnerar derechos de autor. Véase SLASHDOT, “Germany Set to End Copyright Liability for Open Wi-Fi Operators” en *Slashdot*, 12 Mayo, 2016, disponible en https://yro.slashdot.org/story/16/05/12143242/germany-set-to-end-copyright_liability_for-open-wi-fi-operators Últ. vis. 24/Nov/2016.

8.1.5. La Ausencia de Obligación por Parte de los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso de facilitar información para identificar a los titulares de direcciones IP directamente a los titulares de derecho de autor cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados a través del uso de redes “Peer-to-Peer” (P2P).

La responsabilidad por infracción directa o “*direct infringement*” (responsabilidad extracontractual civil directa) emana de la vulneración de uno de los derechos exclusivos reservados al titular, incluido el derecho exclusivo de autorizar a otros a reproducir, distribuir, comunicar públicamente, mostrar y preparar trabajos derivados de las obras o prestaciones protegidas por derechos de autor o “*copyright*”. Por ejemplo, al compartir archivos de música o videos en BitTorrent se infringen los derechos de reproducción y comunicación pública si éstos se realizan sin autorización. Sin embargo, sí que es cierto que, en un primer momento, muchos titulares de derechos habían presentado demandas ante usuarios concretos ya que algunos PSSI de intermediación habían facilitado los datos de buen grado basándose en el procedimiento “*Subpoena*” (supra 5.2.6) para averiguar la identidad de un usuario presuntamente infractor de la DMCA. Anteriormente a la aparición de los protocolos tecnológicos P2P, en EE.UU. el sistema de Notificación y Retirada establecido por la DMCA resultaba ser un sistema relativamente eficaz para controlar la distribución no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Las empresas de contenido localizaban los ficheros de sus obras alojados en páginas web del mismo modo que los consumidores, es decir, a través de los instrumentos de búsqueda. Siguiendo el procedimiento establecido en la DMCA, las empresas de contenido enviaban cartas de notificación a los PSSI de Intermediación que alojaban páginas web que contenían ficheros no autorizados. Los PSSI de Intermediación cumplían diligentemente con el procedimiento marcado en la DMCA para mantener la inmunidad que les otorgaba el artículo 512, apartado c) (supra 5.2.3.).³¹²

Cuando las empresas de contenido fueron incapaces de ponerle objeciones judiciales e ilegalizar los modelos y las arquitecturas de las tecnologías P2P y perseguir jurídicamente a sus desarrolladores, adoptaron la estrategia de luchar contra la distribución no autorizada del contenido digital por Internet, primero en

³¹² En este sentido véase MERGES, R.P., MENELL, P.S., LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 729. En similares términos, GONZÁLEZ GONZALO, A., “La Obligación de los Prestadores de Servicios de Línea de revelar la Identidad de los Usuarios que Infringen Derechos de Propiedad Intelectual a Través de Redes P2P” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, ed. Bercal, Madrid, 2005, pp. 87-90. RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 361. GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, Bercal, Madrid, 2011, p. 24.

EE.UU. y a continuación en Europa, buscando como objetivo a los usuarios que eran los que vulneraban los derechos de autor directamente a través de las redes P2P.³¹³

Tal como ya hemos resaltado anteriormente (supra 5.2.6), en la legislación estadounidense, el problema que plantea el procedimiento “*Subpoena To Identify Infringer*” es la facultad que se le confiere a los titulares de derechos de requerirle a los PSSI de Intermediación información sobre la identidad de los supuestos infractores, ya que afecta a los derechos fundamentales de éstos sin su autorización y si se realiza sin control judicial alguno. A través de la norma, no es un juez quien autoriza el requerimiento, sino un oficial judicial, que se limita a constatar que se cumplen los requisitos formales exigidos por el procedimiento mencionado. La posibilidad de acceder a Internet y comunicarse a través de la Red sin necesidad de revelar la propia identidad se ha relacionado con el derecho a expresarse anónimamente y, por ello, esta medida adoptada por los usuarios está amparada, según el Tribunal Supremo de los EE.UU., por la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Ahora bien, en los casos tratados en este trabajo, de forma general los tribunales de los EE.UU. han limitado la utilización de la “*subpoena*” para averiguar la identidad del suscriptor titular de la dirección IP desde la que se han transmitido obras o prestaciones utilizando redes P2P, recurriendo a la vía de la sección 512(h) DMCA, por la que los titulares de derechos no puedan obligar a los PSSI de intermediación de acceso a revelar la identidad y datos personales de los titulares de direcciones IP desde las que presuntamente se han infringido derechos de autor.³¹⁴

a) El Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso “Verizon” se niega a identificar a los titulares de direcciones IP asignadas por ellos cuyos usuarios han

³¹³ En este sentido, VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Stanford Law Review*, 2005, p. 45. En los mismos términos, GROENNINGS, K., “An Analysis of the Recording Industry’s Litigation Strategy Against Direct Infringers” en *Vand. Journal of Technology Law & Practice*, 2005, p. 390.

³¹⁴ Véase GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, ed. Bercal, Madrid, 2005, pp. 87-90. La posibilidad de acceder a Internet y comunicarse a través de la Red sin necesidad de revelar la propia identidad se ha relacionado con el derecho a expresarse anónimamente y, por ello, esta medida adoptada por los usuarios está amparada, según el Tribunal Supremo de los EE.UU., por la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU., que prohíbe la creación de leyes que impidan el establecimiento oficial y la práctica libre de una religión, que reduzcan la libertad de expresión, que vulneren la libertad de prensa, que interfieran con el derecho de reunión pacífica o que prohíban solicitar una compensación por agravios gubernamentales. En el mismo sentido, BENKLER, Y., “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, en *New York University Law Review*, Vol. 74, 1999, pp. 445-446. COHEN, J., “A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace”, en *University of Connecticut Law Review*, Vol. 28, 1996, pp. 1003-1019.

vulnerado presuntamente derechos de autor por el uso de protocolos “Peer-to-peer” (“P2P”). Esta sentencia crea doctrina en la Jurisprudencia.

Seguramente, el primer lugar del mundo donde se plantearon demandas frente a los usuarios individuales por la vulneración directa de los derechos de autor por el uso de las redes P2P fue en los EE.UU. Pero, a pesar de que el artículo 512 (h) de la DMCA provee la posibilidad de que los PSSI de intermediación comuniquen directamente a los interesados que lo solicitan, a través de una petición autorizada por un oficial judicial, las identidades de los abonados que infringen derechos de autor, hubo reticencias de algunos PSSI de intermediación de acceso en revelar la identidad de sus clientes en el marco de estas acciones, con lo cual la cuestión acabó en los tribunales, siendo el más conocido el caso *Verizon*. La doctrina del caso *Verizon* fue más tarde confirmada por otros Tribunales de Apelación en los Estados Unidos, por lo que se convirtió en doctrina consolidada en su ordenamiento jurídico³¹⁵.

La asociación de la industria discográfica estadounidense (RIAA o “*Recording Industry Association of America*”) presentó dos demandas contra *Verizon Internet Services* en el Juzgado del Distrito de Columbia, en relación a dos “*subpoenas*” distintas y desde el comienzo de los litigios, *Verizon* siempre mantuvo que los titulares de derechos de autor debían presentar “*John Doe Actions*”, o demandas ante un desconocido, con el propósito de salvaguardar el derecho a la intimidad de sus usuarios en el seno de un procedimiento judicial. Sin embargo, este sistema ralentizaría notablemente las demandas de la RIAA, que lógicamente prefería identificar a los infractores con anterioridad a la presentación del pleito.

La primera “*subpoena*” presentada por la RIAA pretendía identificar a un usuario desde cuya dirección IP se habían descargado y puesto en línea más de seiscientos fonogramas en un día a través del programa P2P de *KaZaa*. Cumpliendo con la normativa, entre la documentación obligatoria (descrita en supra 5.2.3. y 5.2.6.), la RIAA acompañaba en la notificación de la

³¹⁵ Véase MENELL, P.S., “Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, pp. 385-386. En similares términos, véase GRODZINSKY, F.S. et TAVANI, H.T., “P2P Networks and the Verizon v. RIAA case: Implications for Personal Privacy and Intellectual Property” en *Ethics and Information Technology*, 2005, pp.243-244. Tal como ya estableció la doctrina de la Sentencia *Verizon* que analizamos más adelante, el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito volvió a sentenciar de nuevo el 4 de Enero de 2005 en el caso *RIAA y otros vs. Charter Communications Inc.*(2005 WL 15416 o 393 F.3d 771, 73 U.S.P.Q.2d (BNA) 1339 (8th Cir.2005)) que la norma del artículo 512(h) de la DMCA (subpoena) no se aplicaba a los PSSI de intermediación de acceso a la red ya que éstos no pueden retirar el material ni bloquear el acceso al mismo (según estipula el artículo 512(c) de la DMCA) , excepto si deniega totalmente el acceso a Internet de su cliente, argumento con el cual se demuestra que la norma “*Subpoena to identify infringer*” no estaba pensada para este tipo de prestadores de servicios, sino para los que también pueden implementar lo establecido en el artículo 512(c).

infracción las canciones ilícitamente descargadas y solicitaba a *Verizon* que eliminase o deshabilitara el acceso al material ilícito a través de sus sistemas, extremo que únicamente podía conseguir desconectando al usuario de Internet. *Verizon* se niega alegando que las “*subpoenas*” sólo son aplicables cuando el material infractor está alojado en los sistemas del PSSI de intermediación, no al estar éstos en los dispositivos de los usuarios y proporcionar servicios de acceso a la Red. Por tanto, la RIAA solicitó judicialmente la ejecución de la “*subpoena*” y resolviendo el Tribunal el 21 de Enero de 2003 que el procedimiento aplicaba a todos los tipos de PSSI de Intermediación y que *Verizon* debía revelar la identidad del presunto infractor.³¹⁶

El tema de la constitucionalidad del procedimiento únicamente fue planteado por *Verizon* en la segunda “*subpoena*” que le dirigió a la asociación de la industria discográfica. *Verizon* recurre de nuevo al Juzgado para evitar cumplir con esta obligación de desvelar la identidad del usuario presuntamente infractor, pero en esta ocasión no alega problemas de estricta legalidad, sino que plantea judicialmente la inconstitucionalidad de la sección 512(h) en el caso de los PSSI de Intermediación de Acceso. La RIAA vuelve a solicitar judicialmente la ejecución de la “*subpoena*” y en su sentencia el 24 de Abril de 2003 el tribunal desestima los argumentos de *Verizon* y concluye afirmando la constitucionalidad de las normas relativas a la “*subpoena*”.³¹⁷

Verizon recurre ambas sentencias de primera instancia ante la Corte de Apelación para el Circuito del Distrito de Columbia que estima los recursos y los consolida en uno solo. El tema que se plantea es si la sección 512(h) de la DMCA se aplica frente a los PSSI de intermediación que actúan simplemente como medios para la transmisión de datos entre dos usuarios de Internet que intercambian ficheros a través de programas P2P. En su sentencia del 19 de Diciembre de 2003, la Corte de Apelación niega que el deber de identificar a los usuarios afecte a los PSSI de intermediación de Acceso, restringiéndolo únicamente a los PSSI de intermediación de Servicios de Alojamiento, de Copia Temporal (“*caching*”) y de Enlaces o Instrumentos de Búsqueda (“*linking*”). La fundamentación de la sentencia se basa en que uno de los elementos obligatorios que debe reunir la notificación previa enviada a los PSSI de Intermediación, tal como hemos explicado antes, es la copia de la primera notificación en la que se describe el material que se considera ilícito y que debe ser retirado o cuyo acceso debe ser bloqueado, y como un PSSI de intermediación de acceso no puede ni retirar el material ni bloquear el acceso al mismo, excepto si deniega totalmente el

³¹⁶ Véase Recording Industry Association of America, Inc.,(RIAA) vs. Verizon Internet Services, Inc.240 F.Supp.2d 24 (Court of the District of Columbia). Decided: January 21, 2003.

³¹⁷ Véase Recording Industry Association of America, Inc.,(RIAA) vs. Verizon Internet Services, Inc.257 F.Supp.2d 244 (Court of the District of Columbia). Decided: April 24, 2003.

acceso a Internet de su cliente, entonces los jueces sentencian que el procedimiento “*Subpoena to Identify Infringer*” se refiere a supuestos en los que el material supuestamente vulnerador de derechos de autor se encuentra almacenado en el servidor del PSSI de Intermediación, lo que no ocurre en el caso del intercambio de archivos a través de programas de P2P, donde los ficheros supuestamente vulneradores de derechos no se almacenan en el servidor del Intermediario, sino que pasa a través de la Red de un dispositivo de un usuario directamente al dispositivo de otro usuario. La doctrina del caso Verizon fue más tarde confirmada por otros Tribunales de Apelación en los Estados Unidos, por lo que se convirtió en doctrina consolidada en su ordenamiento jurídico y, a partir de ese momento, los PSSI de Intermediación de acceso no tuvieron que proporcionar datos de sus usuarios directamente a los titulares de derechos de autor sino directamente al juzgado en el seno de un procedimiento.³¹⁸

b) Tras la Implementación del Esquema Privado de Respuesta Gradual “*Copyright Alert System*”, algunos Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso, como *Verizon* y *Comcast*, se vuelven a negar a identificar a sus usuarios, tal como recoge el acuerdo “*Memorandum of Understanding*” o “*MOU*” firmado entre las partes.

Tal como ya hemos adelantado en Supra 8.1.3.b), en el año 2013 se presentó al público estadounidense la implementación de un esquema de respuesta gradual privado conocido como el sistema “*Six Strikes*” (“seis notificaciones”), que es como comúnmente se conoce el “*Copyright Alert System*” (CAS), subvencionado por el “*Center for Copyright Information*” (CCI)³¹⁹, asociación formada por la “*Recording Industry Association of America*” (RIAA), la “*Motion Picture Association of America*” (MPAA) y

³¹⁸ En este sentido véase, *Recording Industry Association of America, Inc.(RIAA), vs. Verizon Internet Services, Inc.* 351 F.3d 1229 (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit). Decided: December 19, 2003. Los jueces Ginsburg, Roberts y Williams no parecen ajenos al debate social que saben suscitan cuando dicen textualmente: “...*we are not unsympathetic to the need for legal tools to protect those rights. It is not the province of the courts, however, to rewrite the DMCA in order to make it fit a new and unforeseen internet architecture...*” (“... no somos insensibles ante la necesidad de que existan herramientas legales que protejan los derechos de autor. Sin embargo, no es el cometido de los tribunales re-escribir la normativa DMCA para que encaje en una nueva y nunca imaginada arquitectura de Internet...”).

³¹⁹ Véase en este sentido, MOU o “*Memorandum of Understanding*”, 6 de Julio de 2011, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>. Últ. vis. 25/Jul/2016. También hace una amplia descripción del rol que ejerce el CAS o “*Copyright Alert System*”, BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, pp. 27-28, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

cinco de los PSSI de Intermediación de acceso más importantes de Estados Unidos (*ComCast, Verizon, AT&T, Cablevision* y *Time Warner Cable*, todos ellos proveedores de banda ancha de Internet). Enseguida fueron oficiales las primeras demandas contra los usuarios de este acuerdo privado entre las empresas implicadas³²⁰. En principio, el sistema “*Six Strikes Scheme*” que tiene este nombre porque consiste en que el PSSI de Intermediación correspondiente envía hasta seis notificaciones a la dirección IP del presunto infractor, consiste en que se ha de mantener una base de datos actualizada de los usuarios ante posibles infracciones de los derechos de autor. Aunque la idea es concienciar a los usuarios del problema ya que muchos de ellos pueden no ser conscientes de la situación, bajo este acuerdo privado las entidades estadounidenses como la MPAA o la RIAA pueden solicitar a los PSSI de Intermediación de Acceso la información de los infractores para llevar a cabo las acciones legales pertinentes, eliminando el problema de presentar demandas conocidas como “*John Doe Actions*” o demandas ante un desconocido, con el propósito de salvaguardar el derecho a la intimidad de sus usuarios en el seno de un procedimiento judicial.³²¹

La idea surgió en el año 2008, estando pendiente la sentencia del caso *Arista Records v. LimeWire Group* (Supra 8.1.2.2.) en el Juzgado del Distrito Federal de Nueva York. En ese momento se reconoció abiertamente lo inadecuada que resultaba la DMCA en relación al uso de las redes P2P.³²² Consecuentemente, la Administración del Presidente Obama, tanto a escala nacional como internacional, apoyó la iniciativa de una colaboración negociada privada entre los titulares de derechos y los PSSI de Intermediación de Acceso. En la escala nacional, el Coordinador del Organismo de Vigilancia de PI de la Casa Blanca (Supra. 8.2.1.) animó a que se llegase a acuerdos en el sector privado para modificar el

³²⁰ Véase como ejemplo de todas las demandas contra los usuarios: *Malibu Media, LLC v. John Does 1-26* (Case no. 1:12-cv-00160-CMH-TRJ), presentadas en distintos juzgados de distintos estados de EE.UU.

³²¹ Véase en general LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 165-186, disponible en <https://cardosoelj.com/wp.content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf>, últ. vis. 20/May/2017. En similares términos, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

³²² BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, pp. 3-5, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. Según la autora, el Fiscal General del Estado de Nueva York, Sr. Andrew Cuomo, empezó a presionar a los PSSI de Intermediación de Acceso para que desempeñasen un rol más activo en la lucha contra la vulneración de derechos de autor en línea. La RIAA declaró en esas fechas la ayuda que estaban recibiendo por parte del Fiscal General para empezar conversaciones con los PSSI de Intermediación, la cual les ayudaría a abandonar la estrategia de demandas civiles masivas contra usuarios finales en los Tribunales de todo el país. En el mismo sentido, LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 166-168, disponible en <https://cardosoelj.com/wp.content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf>, últ. vis. 20/May/2017.

comportamiento de los infractores reincidentes al presentar sus sucesivos planes anuales estratégicos.

Finalmente, en Julio de 2011, los PSSI de Intermediación de Acceso sucumbieron ante el aumento de la presión política y los cambios económicos que se estaban produciendo en las realidades de los negocios donde tenían intereses comunes los titulares de derechos y proveedores de servicios en línea³²³ y se firmó en primer lugar un MOU (“*Memorandum of Understanding*” o Contrato de Entendimiento)³²⁴ entre las partes participantes. El objetivo del MOU es crear un marco común de buenas prácticas entre las partes para alertar de forma efectiva a los suscriptores, proteger el contenido con derechos de autor y promocionar el acceso lícito a dicho contenido en línea. Una vez firmado el MOU, se creó el “*Center for Copyright Information*” (CCI) que es una entidad privada co-gobernada y que está al cargo de la administración del sistema de respuesta gradual al más alto nivel y supervisa el “*Copyright Alert System*” (“CAS”). El CAS se encarga del protocolo estándar de notificación-sanción, únicamente enfocado a los servicios de banda ancha de Internet en las residencias privadas, así como de un proceso complementario de revisión de terceras partes no judicial. Su objetivo es evitar las vulneraciones de derechos de autor por el uso de redes P2P.

³²³ En este sentido véase BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, nº3, 2011, pp. 571-573. La autora destaca que al aumentar la preferencia de los consumidores hacia el “*streaming*” en la Red en lugar de hacia el ancho de banda de los PSSI de Intermediación de Acceso (basado en informes Nielsen en CHACKSFIELD, M., “Online Video Streaming Continues to Rise” en *TECHRADAR.COM*, 19/Ene/2010, <http://www.techradar.com/news/internet/online-video-streaming-continues-to-rise-664719> últ. vis. 23/Mayo/2016), éstos están uniendo fuerzas con las empresas titulares de contenido para proteger sus modelos de negocio. Un ejemplo podría ser la fusión en 2011 de Comcast, tradicionalmente un PSSI de Intermediación de Acceso, con NBC Universal, tradicionalmente un titular de contenidos, quince años después de la implementación de la DMCA como Ley. Incluso el CEO de Comcast, Brian Roberts, declaró en una Conferencia sobre la Red en el año 2010 que a partir de ahora estaría en ambos lados del problema por vulneración de derechos de autor en línea, en CORBIN, K., “Comcast Set to Enter Copyright Wars” en *DATAMATION.COM*, 27/Ene/2010, en <http://www.datamation.com/cnews/article.php/3861096/Comcast-Set-to-Enter-Copyright-Wars.htm>

³²⁴ En este sentido véase MOU o “*Memorandum of Understanding*”, 6 de Julio de 2011, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>. Últ. vis. 25/Jul/2016. Tal como está completamente especificado en el acuerdo, especificando uno por uno a todos los titulares de derechos, las partes participantes descritas en el Anexo II son los miembros de la MPAA (“*Motion Picture Association of America*”) Disney, Paramount, Sony, Twentieth Century Fox, Universal y Warner Bros, así como los de la RIAA (“*Recording Industry Association of America*”) UMG, Warner, Sony y EMI. También los grupos que representan a los artistas y a los productores independientes de películas: “*American Association of Independent Music*” (A2IM) y el “*Independent Film and Television Alliance*”(IFTA). En el mismo sentido, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>, últ. vis. 16/Ene/2017. PALMEDO, M., “Content Owners and ISPs Announce System of “Copyright Alerts” and “Mitigation Measures”” en *Infojustice.org*, 7 Julio 2011, disponible en <http://infojustice.org/archives/4145>, Últ. vis. 20/4/2016.

Tal como especifica el Contrato de Entendimiento o “*MOU*”, el protocolo “*Copyright Alert System*” (“*CAS*”), consiste en una secuencia de seis avisos o “alertas sobre derechos de autor” separados por un mínimo de siete días de gracia entre ellos. El procedimiento empieza cuando el titular del derecho de autor envía una notificación al PSSI de Intermediación de acceso implicado, el cual envía, a su vez, al suscriptor de la dirección IP identificada, una primera alerta. Para evitar que los PSSI de Intermediación de acceso tengan que tratar con un volumen difícil de gestionar de notificaciones se establecen un número máximo de las mismas por mes. Además, los PSSI de Intermediación tienen la potestad de parar temporalmente el proceso de las notificaciones si las demandas en sus sistemas y los recursos de los que disponen resultan insuficientes. Sin embargo, en caso de que esto ocurra, el incidente debe ser comunicado al titular de derechos y deberá hacerse un esfuerzo para recuperar el tiempo perdido.

Las dos primeras alertas no requieren ningún tipo de actuación por parte del suscriptor. En estas alertas se informa al titular de la dirección IP que vulnerar derechos de autor es ilícito, que existen formas lícitas de obtener contenido y que se implementarán sanciones a aquellos suscriptores que persistan en vulnerar derechos de autor. La tercera y cuarta alerta utiliza un lenguaje menos amable y requiere al suscriptor que confirme haber recibido las alertas. Esta confirmación se puede realizar, o bien, haciendo un click sobre una pestaña emergente, o bien, desviándose a una página web indicada en la alerta, y en todos los casos, el suscriptor tiene que indicar que está de acuerdo en dejar de realizar inmediatamente la conducta ilícita y de que informará a los demás usuarios de su suscripción de acceso a Internet que cesen la conducta vulneradora de derechos.

Las sanciones o “medidas de corrección” no se imponen hasta el envío de la quinta alerta, aunque el PSSI de Intermediación también puede decidir implementarlas con la sexta alerta. El *MOU* especifica una serie de medidas de corrección entre las cuales el PSSI de Intermediación de acceso puede escoger y a las que tampoco está obligado a limitarse. Entre ellas pueden consistir en: una reducción temporal de la velocidad de transmisión, una reducción temporal en la calidad del servicio, el redireccionamiento temporal a una página web que requiere completar un cuestionario instructivo sobre derechos de autor, el redireccionamiento temporal a una página web hasta que el suscriptor contacte por teléfono con un representante del departamento de servicio al cliente, o, incluso, una suspensión temporal del acceso a Internet. Según el “*MOU*”, ningún PSSI de Intermediación firmante del acuerdo tendrá que suspender el acceso a Internet de un suscriptor de forma definitiva.³²⁵ Después de la sexta alerta,

³²⁵ En este sentido LESCURE, P., “Acte II de l’exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique” en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, p. 362,

el PSSI de intermediación no tiene que enviar más alertas, sino que simplemente deben controlarse el número de notificaciones adicionales recibidas del titular de derechos. El procedimiento volvería a empezar de nuevo tras un periodo de doce meses sin recibir ninguna notificación de la dirección IP concreta.

Antes de la imposición de una medida de corrección, es decir, después de recibir una quinta o sexta alerta, el titular de la dirección IP con una conexión de banda ancha dispone de catorce días para presentar una apelación ante una vía no judicial descrita en el “MOU” llamada “Programa de Revisión Independiente” (“*Independent Review Program*”) que consiste en un sistema de resolución de disputas no exclusivo administrado por la Asociación Americana de Arbitraje (“*American Arbitration Association*” o “*AAA*”) contratada por el “*Center for Copyright Information*” (CCI)³²⁶. Este proceso de apelación está automatizado al máximo. Los costes de administración se reparten de forma uniforme entre el representante del titular de los derechos de autor y el PSSI de intermediación correspondiente. El usuario tiene que desembolsar una pequeña cuota, la cual le será reembolsada si se le dá la razón. Un solo árbitro, que obligatoriamente ha de ser abogado, escogido por la “AAA” decide cada apelación. Estos árbitros no necesitan tener el nivel de experiencia en casos legales y de gestión empresarial que otros árbitros de la “AAA” tienen, sino que son entrenados por comisionados de la “AAA” y aprobados por expertos en derechos de autor de la CCI que aplicarán los principios legales determinados por los tribunales federales. Según el MOU, estos expertos en derechos de autor deben aceptar recibir información (“*input*”) de los titulares de derechos y los PSSI de intermediación en cuanto a los principios legales a aplicar.

El suscriptor inicia una apelación completando un formulario en línea en el que debe especificar la defensa o defensas a las que se acoge. El MOU limita las mismas a seis: (1) cuenta equivocada, (2) utilización de cuenta no

disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016. Al revisar el autor francés cómo se habían implementado los esquemas de respuesta gradual en otros países, destaca este punto como relevante en relación a los EE.UU. En similares términos, MUELLER, M., KUEHN, A., et SANTOSO, S.M., “Policing the Network: Using DPI for Copyright Infringement” en *Surveillance and Society*, Vol. 9, issue 4, 2012., pp. 348-364, disponible en <http://www.surveillance-and-society.org> Últ. vis. 21/Feb/2016.

³²⁶ Véase en estos términos BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, pp. 53-54, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. La autora destaca que antes de que se le imponga al titular de la dirección IP de banda ancha que supuestamente ha vulnerado derechos de autor medidas que reducirán sus prestaciones de acceso a Internet, tiene la oportunidad de apelar ante un sistema de arbitraje independiente antes de la implementación de la sanción. En el mismo sentido, LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 182-184, disponible en <https://cardosoaelj.com/wp-content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf>, últ. vis. 20/May/2017. Aunque la autora se pregunta si la asociación de árbitros independientes podrá ser imparcial con los usuarios de Internet ante un cliente tan importante y repetitivo como el CAS, lo cual, sin duda, puede llegar a suponer un problema.

autorizada, (3) contenido utilizado con autorización, (4) excepción por “*fair use*” (uso lícito o razonable), (5) contenido mal identificado, y (6) contenido publicado antes de 1923.³²⁷ En nuestra opinión, es un problema que la carga de la prueba esté en el suscriptor, por lo que de forma efectiva se crea una presunción de culpabilidad. Por lo tanto, el PSSI de intermediación de acceso impondrá su sanción, si el suscriptor que ha iniciado la apelación no demuestra su inocencia y muchos casos lícitos reconocidos legalmente no están contemplados, como, por ejemplo, las obras que están en el dominio público posteriores a 1923. Todo el procedimiento está diseñado para que se resuelva en diez días desde que el árbitro recibe el expediente completo y treinta días desde que se inicia la apelación por parte del suscriptor. En su primer año de funcionamiento, el “*Copyright Alert System*” (“*CAS*”) envió 1,3 millones de alertas a suscriptores de banda ancha, de los cuales más del 70% no pasaron de las dos primeras alertas en el proceso y menos de un 3% llegaron a la fase de sanción, de los cuales 265 iniciaron un procedimiento de apelación con el “*AAA*” y 47 tuvieron éxito y no fueron sancionados. Además, el informe señalaba que en el año 2014 esperaban duplicar la cifra de alertas enviadas y que aunque los resultados eran modestos, esperaban que el mensaje llegase a más usuarios de redes P2P.³²⁸

Tras la implementación del esquema privado de respuesta gradual descrito, algunos PSSI de intermediación de acceso como Verizon y Comcast se volvieron a negar a identificar a suscriptores, sobre todo a titulares de derechos que más tarde presentarían demandas civiles colectivas abusivas contra titulares de dirección IP, conocidas como “*Copyright Trolls*” (supra 8.1.4.b)), tal como recoge el “*Memorandum of Understanding*” o “*MOU*”.³²⁹

³²⁷ En el derecho civil estadounidense existen otras defensas, excepciones o limitaciones de derechos de autor exclusivos, descritos en la Ley de Derechos de Autor “*Copyright Act*”, Artículos 107 a 122, que no se encuentran incluidos en el MOU, ni son una opción para aquellos usuarios que deseen emplearlas en caso de recibir alertas. En este sentido, GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 178-180. BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, pp. 57-58, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

³²⁸ Véase CENTER FOR COPYRIGHT INFORMATION, *The Copyright Alert System: Phase One and Beyond*, 2014, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2014/05/Phase-One-And-Beyond.pdf>. Últ. vis. 14/Ene/2017. También véase MOU o “*Memorandum of Understanding*”, 6 de Julio de 2011, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>. Últ. vis. 25/Jul/2016. Después de los resultados del primer año de funcionamiento del esquema, no hemos encontrado más cifras emitidas por el “*CCI*” para poder comparar la evolución de las mismas.

³²⁹ En este sentido véase BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, p. 53, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

c) La Asociación de la Industria de Contenido Audiovisual audiovisual (“*Motion Picture Association of America*” o MPAA) denuncia que el esquema privado de respuesta gradual “*Copyright Alert System*” no es efectivo ante el uso de las redes “*Peer-to-Peer*” (“*P2P*”).

Como ya hemos explicado anteriormente, este sistema de alerta de vulneración de derechos de autor se pensó con la idea de que la mayor parte de usuarios finales dejarán de tener acceso a contenido protegido después de recibir una o dos comunicaciones, ya que se basaba en la idea de que la mayor parte de ellos no eran conscientes de que los títulos que intentaban escuchar o ver a través de las redes P2P estaban protegidos por derechos de autor. Bajo el esquema firmado entre las partes, tras recibir la sexta comunicación, si el usuario sigue utilizando el servicio de descarga, el PSSI de Intermediación toma medidas disuasorias quitando calidad al servicio prestado o haciendo que funcione de forma más lenta, además de enviar un folleto educativo.³³⁰

Sin embargo, no hemos de olvidar que los datos que recibimos directamente de los titulares de derechos de autor de las potentes organizaciones que representan a empresas del sector pueden no ser escrupulosamente ciertos ya que les interesa seguir presionando y tratando de justificar que las redes P2P influyen muy negativamente en su mercado potencial, produciendo, de hecho, un daño. Esto es así porque las copias transmitidas entre usuarios para uso privado y sin ánimo comercial, según la legislación estadounidense, puede considerarse “*fair use*” (uso lícito o razonable) por lo que necesitan justificar que este comportamiento afecta negativamente a sus ingresos potenciales.³³¹

³³⁰ En este sentido véase JOHNSON, T., “Producers’ Coalition Says Copyright Alert System has Failed to Stop Piracy”, disponible en <http://variety.com/2015/biz/news/copyright-alert-system-piracy-expendables-3-120149378/> últ.vis. 30/03/2016.

³³¹ Véase LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, p. 957, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev últ. vis. 15/Jun/2016. En el mismo sentido, LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law o Lock Down Culture and Control Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004, pp. 68-73, disponible en: www.free-culture.cc/ Últ. vis. 12/Dic/2016. Por ello, según los autores no podemos fiarnos de las cifras que nos proporcionan estas organizaciones si no somos capaces de consultar y comprobar las fuentes que, según las mismas, afecta negativamente a su mercado. De hecho, numerosos estudios sobre el daño que pueden producir las redes P2P han llegado a conclusiones equivocadas y conflictivas. Por ejemplo, podemos comparar OBERHOLZER, F., et STRUMP, K., *The Effect of Filesharing on Record Sales: An Empirical Analysis*, 2004, disponible en http://unc.edu/cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf Últ. vis. 7/Abr/2016, en el que los autores destacan que el uso de las redes P2P no sólo no perjudican las ventas sino que su uso por parte de los usuarios las aumenta, con LIEBOWITZ, S.J., “Pitfalls in Measuring the Impact of File Sharing” en *CESifo Economic Studies*,

8.2. Legislación Posterior a la Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” (“DMCA”)

Desde principios del nuevo milenio en Estados Unidos se plantearon varias iniciativas legislativas³³² para intentar atajar los intercambios de archivos directamente entre los usuarios de la Red. Tanto legisladores como tribunales tenían claro que con el uso de las redes P2P, los responsables directos de las posibles vulneraciones de derechos de autor eran los usuarios finales que guardaban copia tanto del protocolo P2P como de los ficheros con los contenidos en sus dispositivos particulares con los que se conectaban a Internet.

8.2.1. La Ley “*Prioritizing Resources & Organization for Intellectual Property Act*” de 2008

Tras varios intentos fallidos de proyectos de ley que no prosperaron, finalmente, en el año 2008, se aprobó la Ley “*Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*”(ProIP)³³³ con el fin de aumentar las sanciones a los infractores de derechos de autor, creándose un organismo de vigilancia de propiedad intelectual, que depende jerárquicamente del Presidente de Estados Unidos. El gobierno de los Estados Unidos está fuertemente preocupado por la vulneración de los derechos de autor de contenidos digitales que se cometen a través de las redes P2P, que afecta a las industrias de la música, las producciones cinematográficas, los programas informáticos, la televisión y las publicaciones. Con esta ley se dispone de un sistema centralizado que monitoriza toda la información al respecto. La preocupación principal del gobierno norteamericano

vol. 51, issue 23, Julio 2004, pp. 439-477, disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=583484>, últ. vis. 10/04/2016, que concluye que el uso de las redes P2P perjudican las ventas de la industria musical.

³³² Se pueden consultar las INICIATIVAS LEGISLATIVAS SOBRE DERECHOS DE AUTOR, disponibles en <http://www.copyright.gov/legislation/archive/> Últ. vis. 12/Abr/2016. La más conocida en contra de los usuarios fue la “*Author, Consumer, and Computer Owner Protection and Security Act*” del año 2003 que preveía por medio de su Artículo 301 reformar el Artículo 506(a) “*Criminal Copyright Infringement*” del Título 17 de la ley de derechos de autor “*Copyright Act*” para convertir en una infracción penal el hecho de “introducir una obra protegida, sin la autorización de su titular, en una red de ordenadores accesible por miembros del público que sean capaces de copiar la obra mediante dicho acceso”. Existía, por tanto, una sanción penal directa para todo usuario que introdujera en una red P2P una obra o prestación protegida, pero afortunadamente no superó el trámite legislativo. Otra iniciativa legislativa no aprobada, esta vez contra los operadores de redes P2P, no los usuarios como en el caso anterior, surgió tras la sentencia de Audiencia en el caso *MGM et al v Grokster et al*. Los titulares de derechos presionaron al legislador surgiendo la iniciativa llamada “*Inducing Infringement Copyright Act*” del año 2004 que hubiese permitido considerar a los desarrolladores de aplicaciones P2P como inductores responsables de las vulneraciones de los derechos de autor que infringen directamente los usuarios. Este trámite se paralizó cuando el Tribunal Supremo de los EE.UU. dictó sentencia en el caso *Grokster*.

³³³ Véase la iniciativa legislativa H.R. 4279 presentada ante el Congreso el 12 de Mayo de 2007 por el representante John Conyers Jr. Esta iniciativa legislativa pasó al Senado el 24 de Julio de 2008 con el número S3325 y se aprobó como *Public Law* el 13 de Octubre de 2008 con el nº 110-403, disponible en <https://beta.congress.gov/bill/110th-congress/senate-bill/3325/> Últ. vis. 2/Feb/2016.

es la pérdida en inversiones y estrategias innovadoras que sufren estos sectores.³³⁴

Las industrias del entretenimiento van a intentar demostrar ante los juzgados que los modelos de diseño de nuevas tecnologías son un intento de inducir al usuario a vulnerar derechos de autor. Los jueces no son los mejor posicionados para cuestionarse decisiones de diseño tecnológico, ni son los profesionales más apropiados para decidir qué modelos de negocio tienen que ser permitidos o no. El concepto de si una tecnología que acaba de nacer tiene un número considerable de usos lícitos es muy positivo y son buenas noticias para la comunidad tecnológica y para el público en general ya que el “puerto seguro” de la sentencia Sony vs. Universal del año 1984 ha sobrevivido su revisión ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por el caso MGM vs. *Grokster* después de más de 20 años.³³⁵

8.2.2. Las Normas de Neutralidad de la Red del 26 de Febrero de 2015 de la Comisión Federal de Comunicaciones o “FCC” (“Federal Communications Commission”) que Equipara el Servicio de Banda Ancha que Ofrecen los Prestadores de Servicio de la Sociedad de

³³⁴ Véase U.S. ACCOUNTABILITY OFFICE, Informe sobre Propiedad Intelectual “*United States Government Accountability Office*”, Abril 2010, disponible en <http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>. Visitado 12/Marzo/2012. En similares términos, PLANAS I SILVA, C., “Visión Jurídica sobre la Propiedad Intelectual”, en AA.VV. *El Copyright en Cuestión*, ed. Deusto, Bilbao, 2011, p. 26. KRAVETS, D., “White House Copyright Czar Jumps to Industry Anti-Piracy Group” en *Wired.com*, 28 Ago 2013, disponible en <https://www.wired.com/2013/08/espinel-becomes-bsa-president> Últ. vis. 9/Feb/2017. Este último autor destaca que la Sra. Victoria Espinel ocupó desde el año 2008 al 2013 la posición más importante como máxima responsable del gobierno de los EE.UU. en asuntos de derechos de autor “*U.S. government’s top intellectual-property enforcement officer*”, dependiendo directamente del Presidente de los EE.UU., posición que como hemos dicho fue creada por el Congreso de los EE.UU. como parte de su reforma de la legislación sobre propiedad intelectual del año 2008. En Agosto de 2013 renunció a este cargo para asumir la Presidencia de la “*Software Alliance*” (incluye Apple, Microsoft y Oracle), con el acrónimo BSA, que se define como “*la organización líder mundial anti-piratería*”. A la Sra. Espinel se la considera la creadora del esquema de respuesta gradual estadounidense al que llegó Hollywood, la industria musical estadounidense y parte de los principales PSSI de intermediación de acceso, conocido como “*six strikes*”, que castiga a los usuarios de Internet en sus domicilios particulares cuando los PSSI de Intermediación de acceso creen que se utilizan las redes P2P para vulnerar derechos de autor, o bien, provocando que los dispositivos conectados a Internet funcionen lentamente, o bien, suspendiendo el acceso al mismo durante cortos periodos de tiempo.

³³⁵ En este sentido, SAMUELSON, P., “Legally Speaking: Did MGM Really Win the Grokster Case?” en *Communications of the ACM – The Digital Society*, vol. 48, ed. ACM, New York, Oct. 2005, pp. 19-24. <http://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/samuels/2005/did> Últ. vis. 17/Mar/2016. En los mismos términos, LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case W. Research Law Review*, Vol. 5, pp. 917-961, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev. Últ. vis. 15/Jun/2016. GINSBURG, J.C., “New from the US – Developments in U.S. Copyright since the Digital Millennium Copyright Act (Part II)”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, n° 197, Julio 2003, pp. 101-103. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid, 2004, pp. 37-38.

la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso a un Servicio de Interés Público.

El “Federal Communications Commission”.³³⁶, comúnmente conocido como FCC, es un organismo federal de carácter independiente del gobierno de Estados Unidos que regula las comunicaciones por radio, televisión, cable y satélite. Cubre distintas áreas de comunicación entre las que se encuentran la libre competencia, la seguridad pública, la modernización de las comunicaciones y la banda ancha, entre otras. Esta agencia también lidera y coopera con otras agencias similares norteamericanas.

El 26 de Febrero del año 2015, en EE.UU. a través del “*Federal Communications Commission*” o FCC (Comisión Federal de Comunicaciones)³³⁷, se han regulado los servicios de ancho de banda de Internet como una utilidad pública, similar a lo que serían los suministros de electricidad, gas o agua, es decir, se ha reclasificado el acceso a la alta velocidad de Internet bajo el Título II de la Ley de Telecomunicaciones (“*Title II of the Telecommunications Act*”) como un servicio de telecomunicaciones en lugar de un servicio de información. Esta nueva norma entró en vigor el 12 de Junio de 2015 con el propósito de que no se pueda poner en peligro la libre competencia, la innovación, la libertad de expresión y el desarrollo del Internet de alta velocidad. El Presidente Obama estaba a favor de mantener la neutralidad de Internet y evitar que se desarrollasen comportamientos anticompetitivos entre empresas privadas, ya que la Red se ha convertido en una parte esencial de las comunicaciones de cada día en todos los momentos de nuestras vidas. Además, han considerado que es imprescindible para proteger a los innovadores y a los consumidores, mantener el control a nivel Federal con esta nueva regulación sobre la Neutralidad de la Red en contra de los intereses de los PSSI de Intermediación de Acceso al Internet de alta velocidad y de ciertas leyes que han sido promulgadas en algunos Estados de los EE.UU.³³⁸

³³⁶ Véase, WIKIPEDIA, “*Federal Communications Commission*”, disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission últ. vis. 18 Enero 2016.

³³⁷ De hecho, hasta este momento, en los EE.UU., Internet se ha desarrollado sin apenas ningún tipo de regulación por parte del FCC en este sentido. Su evolución ha sido el resultado de su arquitectura y de su falta de regulación debido a la experiencia acumulada del FCC en su evolución desde su creación en 1969. El FCC ha evitado imponer antiguos modelos de regulación existentes en nuevas tecnologías, tal como se recomendó en el marco normativo de CLINTON, W., que se formuló en la Casa Blanca. Sin embargo, todos estos años el FCC ha mantenido el ojo atento para evitar que se desarrollen comportamientos anticompetitivos. Véase la definición de sus objetivos en OXMAN, J., “*The FCC and the Unregulation of the Internet*”, OPP Working Paper No. 1, 1999, pp. 24-26, disponible en https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/oppwp31.pdf, Últ.vis. 3/Abril/2016

³³⁸ RUIZ, R.R. y LOHR, S., “F.C.C. Approves Net Neutrality Rules, Classifying Broadband Internet Service as a Utility”, *Technology, New York Times*, 27/Feb/2015 https://www.nytimes.com/2015/02/27/technology/net-neutrality-fcc-vote-internet-utility.html?_r=0 Últ. vis.2/Abril/2016. El discurso de dos minutos grabado en vídeo por el Presidente Obama relativo a que Internet debe mantenerse abierto y libre (“*President Obama’s Statement on Keeping the Internet Open and Free*”) fue publicado por escrito en la página web de la Casa Blanca: “*Statement by the President on Net Neutrality*”. El discurso tuvo un efecto inmediato en el resultado final de la normativa, tal como

Para entender el motivo por el que se ha llegado a implementar esta normativa debemos repasar los hechos históricos, aunque con anterioridad, la posibilidad de que estos comportamientos anticompetitivos ocurrieran, ya lo habían anunciado los académicos³³⁹. En el año 2008 el PSSI de Intermediación de Acceso llamado Comcast Communications, que tenía en ese momento un 20% de la cuota del mercado estadounidense del acceso a Internet de banda ancha y un 40% del servicio de cable (según el Leichtman Research Group), afortunadamente abandonó la práctica de distorsionar el mercado de aplicaciones de Internet. El PSSI de intermediación de acceso Comcast, en lugar de bloquear directamente la aplicación del protocolo P2P BitTorrent, con lo cual se hubiese anunciado públicamente su comportamiento, decidió unilateralmente y de forma no transparente para que sus clientes no se dieran cuenta, discriminar en 2006, a través de la tecnología “*Deep packet inspection*” o “*DPI*” que ya había instalada en sus servicios, el tráfico que realizaban sus suscriptores de la red P2P BitTorrent interfiriendo al enviar paquetes con datos falseados entre los dos usuarios finales, haciendo ver que la orden de paralizar la conexión se la enviaban directamente entre ellos. Esto provocaba que, o bien se retrasaba la efectividad de la conexión, o bien, evitaba que los ficheros fuesen transferidos entre los dos usuarios conectados. Cuando la “*Electronic Frontier Foundation*” preguntó a los representantes de Comcast qué estaba pasando, contestaron que no bloqueaban, degradaban, interferían ni discriminaban ningún protocolo o tipo de tráfico, así como tampoco utilizaban ningún tipo de técnica de gestión de Redes para interrumpir el uso de los protocolos P2P, lo cual no era cierto. El uso de esta modalidad de técnicas de discriminación entre tipos de contenido es una práctica que fortalece la posición en el mercado del PSSI de intermediación de acceso que las implementa porque los clientes no tienen la información completa

declaró el Presidente del Consejo de Administración de la FCC, Sr. Tom Wheeler, sobre todo por la falta de reacción en los mercados de valores de las empresas de los PSSI de Intermediación de acceso tras el discurso y comprobar que la reclasificación del Internet de alta velocidad bajo el Título II de la Ley de Telecomunicaciones no perjudicaría la posible inversión en estas empresas. Por ello, la versión final de la normativa se adaptó a lo propuesto por el Presidente. Además, los ejecutivos de los PSSI de intermediación de acceso repiten continuamente a los inversores que las actuaciones reguladoras por parte de los Estados no influirán en las estrategias de inversión o en los beneficios empresariales a largo plazo. Véase FUNG, B., “How Obama’s Net Neutrality Comments Undid Weeks of FCC Work” en *Washington Post*, 14, Nov. 2014, en <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2014/11/14how-obamas-net-neutrality-comments-undid-weeks-of-fcc-work/> últ. vis. 24/Marzo/2016 y KNUTSON, R., “FCC Chairman Says Obama’s Net Neutrality Statement Influenced Rule” en *Wall Street Journal*, 17 Marzo 2015, disponible en <http://www.wsj.com/articles/fcc-chairman-says-obamas-net-neutrality-statement-influenced-rule-1426616133>. Últ. vis. 28/Marzo/2016.

³³⁹ En este sentido véase SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 260-261. En general, en este Capítulo 6 de su libro, desde la página 215 a la 281, la autora destaca cómo a medida que la habilidad de monitorización y control de las aplicaciones y el contenido en las redes de los PSSI de Intermediación de Acceso aumenta, también pueden aumentar sus beneficios al incidir en sus clientes para que utilicen aplicaciones de las que obtienen un rendimiento económico y desfavoreciendo aquellas que no les interesan. En cuanto al análisis de cómo fortalecer la posición de mercado, véase BAR-GILL, O., “Bundling and Consumer Misperception” en *University of Chicago Law Review*, vol. 73, invierno, 2006, pp. 33-61. En similares términos, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, pp. 45-46, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

de los servicios entre los que podrían escoger. Por ello, la FCC sancionó a Comcast en el año 2008 cuando finalmente reconoció que había gestionado de este modo las transferencias entre sus usuarios, aunque más tarde la sanción fue invalidada por decisión del Tribunal de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia que estableció en el año 2010 que la FCC no tenía autoridad estatutaria para imponerla.³⁴⁰

Ya en el año 2011, la “*Federal Communications Commission*” y el Departamento de Justicia de EE.UU. tuvieron que aprobar la fusión entre Comcast y NBC Universal, una empresa líder como PSSI de intermediación de acceso y otra como titular de derechos de autor de programas de entretenimiento, imponiendo una serie de condiciones estrictas (la más importante era evitar que el nuevo conglomerado pudiese entorpecer las transmisiones de sus competidores de visionado directo de archivos o “*streaming*”) a las partes para asegurar que la unión de ambas corporaciones servirían el interés público. En este país, se creó una gran preocupación de que un “imperio de contenido” fuese propiedad de un PSSI de Intermediación de Acceso, concretamente el segundo mayor proveedor de banda ancha de EE.UU.³⁴¹

Una vez establecida claramente su autoridad en la materia por el Congreso, el Senado y la Presidencia, la Comisión Federal de Comunicaciones de EE.UU. (“*Federal Communications Commission*” o FCC por sus siglas en inglés) adoptó en el año 2015 estas normas de Neutralidad de la Red diseñadas para proteger la libertad de expresión y la innovación en Internet y promocionar la inversión en redes de banda ancha en EE.UU. Estas nuevas reglas aplican tanto a las conexiones fijas como móviles, asegurando que tanto los consumidores finales

³⁴⁰ Véase la sentencia *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642, 644, 661 (District of Columbia Circuit). Decided on 2010, la cual fue confirmada por el Tribunal de Apelación a principios de Enero de 2011. En el mismo sentido, O'TOOLE, J., “Corte de EE.UU. emite sentencia en contra de normativas sobre neutralidad de la Red” en *CNN Money Español*, 15/Ene/2014, disponible en <http://cnnespanol.cnn.com/2014/01/15/corte-de-ee-uu-emite-sentencia-en-contra-de-normativas-sobre-neutralidad-de-la-red.html> Últ. vis. 31/01/2014. En cuanto a la tecnología de control del contenido que atraviesa Internet “*Deep Packet Inspection*” o *DPI*, véase MUELLER, M.L., “DPI Technology from the Standpoint of Internet Governance Studies” en *The Network is Aware*, 2011, disponible en http://dpi.ischool.syr.edu/Papers_Files/WhatisDPI-2.pdf Últ. vis. 14/Feb/2016.

³⁴¹ En este sentido, BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, n° 3, 2011, pp. 573-574. Sin duda, se creará competencia entre la unión de un PSSI de Intermediación de acceso y de un proveedor de contenido ya que dispondrá de un gran poder de negociación con otros proveedores de contenido que necesiten desesperadamente que los usuarios dispongan de acceso a sus contenidos. Por ejemplo, la empresa Netflix no tuvo más remedio que pagar cuotas de interconexión al PSSI de Intermediación de acceso Comcast, a pesar de ser el líder de los proveedores de “*streaming*” en las horas punta para tener acceso a domicilios residenciales de los EE.UU. Por ello llegaron a un acuerdo un año antes de la entrada en vigor de las normas de Neutralidad de la Red por la FCC en el año 2015. Véase también WYATT, E., et COHEN, N., “Comcast and Netflix Reach Deal on Service” en *N.Y. Times*, 23 Feb. 2014, disponible en <http://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-atreaming-agreement.html> últ. vis. 22/Nov/2015 y SANDVINE, “*Global Internet Phenomenon: Latin America & North America 3-4*”, 2015, disponible en <https://www.sandvine.com/downloads/general/global-internet-phenomena/2015/global-internet-phenomena-report-latin-america-and-north-america.pdf>. Últ. vis. 2/Dic/2015.

como los negocios tendrán acceso a un Internet rápido, justo y abierto. Las líneas básicas de estas normas son que los PSSI de Intermediación de Acceso de banda ancha no podrán a) bloquear el acceso a contenido legal, a aplicaciones, a servicios y a otros dispositivos, b) reducir la calidad o velocidad del tráfico en base al tipo de contenido, las aplicaciones, los servicios y los dispositivos utilizados por los usuarios finales, y c) dar prioridad a unos usuarios en relación a otros que hayan pagado un mayor precio. Esta norma también impide que los PSSI de intermediación de acceso puedan priorizar contenidos o servicios de sus propios afiliados³⁴².

Los académicos³⁴³ que se oponen a la regulación de la neutralidad de la red por parte de los gobiernos opinan que el servicio de acceso a Internet sufrirá un incremento de precio y la velocidad a la que se actualicen las redes físicas de conexión de ancho de banda se retrasarán en el tiempo a causa de su alto coste y de las menores posibilidades de recuperar las inversiones realizadas por empresas privadas. Además, argumentan que la discriminación de tráfico por parte de los PSSI de Intermediación de acceso se ha documentado en escasas ocasiones como para que sea necesaria una intervención.³⁴⁴

³⁴² En este sentido véase FCC, *Open Internet, Federal Communications Commission*. <http://www.fcc.gov/general/open-internet> Últ. vis. 30/3/2016. La versión final de la normativa de Febrero de 2015: “*Protecting and Promoting the Open Internet, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*” entró en vigor el 12 de Junio de 2015. De hecho, esta normativa tiene sentido para evitar conductas discriminatorias por parte de los PSSI de intermediación de acceso. Tal como se especifica en la sentencia *Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623 del District of Columbia Circuit del año 2014 los PSSI de intermediación de acceso tienen poderosos incentivos para, o bien, aceptar el pago a cambio de otorgar a proveedores de contenidos que quieren aumentar cuota de mercado accediendo de forma preferente a sus usuarios, o bien, discriminando a competidores a favor de sus propios servicios.

³⁴³ SPETA, J.B., “Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms” en *Yale Journal on Regulation*, vol. 17, n°1, 2000, pp. 39-92. En el mismo sentido, FRIEDEN, R., “Neither Fish nor Fowl: New Strategies for Selective Regulation of Information Services” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, 2008, pp. 373- 423. SPETA, J.B., “The Vertical Dimension of Cable Open Access” en *University of Colorado Law Review*, vol. 71, n°4, 2000, pp. 975-1010. FUNG, B., “Net Neutrality takes effect today. Here’s how it affects you.”, *Washington Post*, 12/6/2015, <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/06/12/net-neutrality-takes-effect-today-heres-how-it-affects-you/> Últ. vis. 2/Abril/2016.

³⁴⁴ BECKER, G.S., et al., “Net Neutrality and Consumer Welfare” en *Journal on Competition Law & Economy*, Vol. 6, 2010, pp. 506-507 (pp.497-535). En el mismo sentido, FRIEDEN, R., “Neither Fish nor Fowl: New Strategies for Selective Regulation of Information Services” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, 2008, pp. 373- 423. FAULHABER, G.R., “Network Neutrality: The Debate Evolves” en *International Journal of Commerce*, Vol. 1, 2007, p. 697 (pp. 680-714). El autor concretamente pregunta: “*Qué necesita ser regulado? De hecho parece que sean problemas potenciales, no problemas reales*”. En cuanto al retraso en el tiempo de la actualización de las redes físicas de conexión en el territorio estadounidense, parecían tener razón en cuanto que la división de Google que pretendía ayudar a que la fibra para conectar Internet de alta velocidad o de banda ancha llegase a todos los hogares, se ha vuelto atrás en marzo de 2017 (cuando se creó en el año 2010, primero se llamaba “*Google Fiber*” y más tarde pasó a llamarse “*Alphabet Access*”) debido al coste, no de los materiales, sino de la mano de obra. Esta división de Google ahora dice que apuesta por soluciones sin cables o “*wireless*”, aunque lo ideal para poder llegar a ser una economía de primera clase sería que el Internet de alta velocidad llegase a todos los barrios a través de la fibra óptica. Véase en este sentido, CRAWFORD, S., “Google Fiber was Doomed from the Start. The Internet access answer won’t come from the private markets, but rather from policies that make for competitive networks” en *BackChannel*,

Sin embargo, la FCC contradice la reducción de inversión en infraestructuras por parte de los PSSI de intermediación de acceso al considerar que sus posibilidades de negocio futuras disminuyen, ya que el valor de cotización de sus acciones en los mercados no varía por el anuncio de cambios en las normativas de neutralidad de la Red, en cambio sí que puede variar si no invierte en alta velocidad para captar a más suscriptores. Tampoco se puede afirmar una falta de documentación de comportamientos no neutrales por parte de los PSSI de intermediación de acceso, ya que existen innumerables constataciones de las mismas. Por ejemplo, en el año 2012, el PSSI de Intermediación de acceso AT&T evitó que sus suscriptores utilizaran la aplicación FaceTime de sus teléfonos móviles Apple y en el año 2009 el mismo PSSI de intermediación de acceso evitó que las llamadas de voz de Skype pudiesen atravesar sus redes. Esta misma empresa discriminó el ancho de banda de la transmisión de programas de video de sus competidores a través de sus redes para darle prioridad a sus propios servicios.³⁴⁵

Varios PSSI de intermediación de acceso ya anunciaron su intención de presentar una demanda en contra de la reclasificación de la alta velocidad de Internet bajo el Título II de la Ley de Telecomunicaciones (*"Title II of the Telecommunications Act"*), es decir, como un servicio de telecomunicaciones en lugar de un servicio de información. Sin embargo, el Tribunal Federal de Apelación del Distrito de Columbia falló el 14 de Junio de 2016 a favor de que la *"Federal Communications Commission"* o FCC tenga jurisdicción sobre la neutralidad en Internet para Regular el medio, permitiendo por tanto que se equipare la banda ancha de la Red como un servicio básico público (supra 1.1.3.) en su disputa con la Asociación Nacional del Cable y las Telecomunicaciones de EE.UU. (NCTA) que agrupa empresas de la industria de los PSSI de Intermediación de Acceso de banda ancha como Verizon o Comcast. Se ha clarificado que la *"Federal Communications Commission"* o FCC sí tenía autoridad reguladora para establecer las normas de Neutralidad de Internet que estableció el 26 de Febrero de 2015. Además, este Tribunal también da autoridad a la FCC para tratar los temas de defensa de la privacidad de los usuarios finales³⁴⁶ Tras la sentencia, varios expertos³⁴⁷ han confirmado que, por fin, se ha

14 de Marzo, 2017, disponible en <https://backchannel.com/google-fiber-was-doomed-from-the-start-a5cdfacdd7f2#.6ttzc969z> últ. vis. 21/Mar/2017.

³⁴⁵ Estos son sólo algunos ejemplos, disponibles en: SINGEL, R., "AT&T Relents, Opens iPhone to Skype, VoIP, Wired (Oct. 6, 2009), <http://wired.com/2009/10/iphone-att-skype> últ. vis. 24/Jun/2015. YOO, C.S., "Network Neutrality and the Need for a Technological Turn in Internet Scholarship" en editores PRICE, M.E., VERHULST, S.G. et MORGAN, L., *Routledge Handbook of Media Law*, 2013, pp. 446-447. Además los autores: KIMMELMAN, G., et COOPER, M., "Antitrust and Economic Regulation: Essential and Complementary Tools to Maximize Consumer Welfare and Freedom of Expression in the Digital Age" en *Harvard Law and Policy Review*, vol. 9, 2015, pp. 434-436 (pp. 403-487), tratan de establecer con otros catorce ejemplos que los PSSI de Intermediación de acceso tienen tanto la habilidad como el incentivo de llevar a cabo este tipo de prácticas.

³⁴⁶ U.S. Telecom v. FCC & U:S:A., No. 15-1063, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, decided on June 14, 2016, disponible en [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-)

esclarecido la autoridad de la FCC para poder resolver de forma transparente los problemas a los que se debe enfrentar cada PSSI de Intermediación de Acceso de banda ancha. La lógica de la neutralidad de la Red es conseguir un entorno con menos riesgos para los innovadores. Ya hacía varios años que el profesor de derecho Kevin Werbach había evidenciado en sus trabajos que un Internet neutral disponible para todos los usuarios finales tiene un coste económico por la conexión entre unos y otros, el cual necesitaba un árbitro imparcial en cuanto a cómo estas empresas deben competir en el mercado. Según el profesor Werbach la batalla en los tribunales ha hecho perder un valioso tiempo para solventar temas tan acuciantes como, en un primer lugar, el “*zero-rating*” que consiste en que los usuarios pueden recibir datos o información gratuitamente subvencionados por sponsors que insertan publicidad, o, en segundo, el establecimiento de un precio del servicio dependiente del uso que el suscriptor desee hacer del mismo, o, por último, las normas de interconexión que gobiernan las redes que se conectan entre sí, entre otras. A partir de ahora, las empresas involucradas que tengan un conflicto tendrán que presentar sus posturas ante el FCC y llegar a un acuerdo mutuo, ya que el caso no pasó a la siguiente instancia, es decir, al Tribunal Supremo.

8.2.3. La Comisión Federal de Comunicaciones o “FCC” (“*Federal Communications Commission*”) Establece el 27 de Octubre de 2016 las Normas de Privacidad de los

1063-1619173.pdf últ. vis. 29/Jun/2016. También en La Vanguardia, 16 Junio 2016, “Sentencia en EE.UU. a favor de la neutralidad en Internet. Un tribunal federal equipara la banda ancha a un servicio básico”. WERBACH, K., “Off the Hook” en *Cornell Law Review*, vol. 95, nº 3, Article 7, Marzo 2010, pp. 535-599, disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3162&context=clr> Últ. vis. 26/Jun/2016. En su artículo el autor identifica los errores judiciales cometidos por la FCC al intentar a partir de Agosto de 2008 que Comcast no continuase con su práctica de degradar el servicio de acceso de banda ancha a sus suscriptores que se conectaban a aplicaciones que usaban protocolos P2P, para favorecer, en cambio, los servicios de video que el PSSI de Intermediación de Acceso ofrecía. Por lo tanto, Comcast tenía tanto el incentivo como la oportunidad para violar la neutralidad de la Red. En similares términos, SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 278-279. La autora también destaca esta práctica como especialmente problemática por parte de los PSSI de Intermediación de acceso para el mantenimiento del potencial innovador de la Red.

³⁴⁷ Al autor le hicieron entrevistas tras la decisión del Tribunal, véase WERBACH, K.D., et HOGENDORN, C., “The Net Neutrality Ruling: A New Era for Broadband?” en *Wharton University Digital Press*, Jun. 23, 2016, disponibles en www.knowledge.wharton.upenn.edu/article/the-net-neutrality-ruling-a-new-era-for-broadband/ Últ. vis. 29/Agosto/2016. Esta indefinición durante tantos años de quien debía decidir sobre si la Red debía de ser neutral o no ha provocado según algunos autores una falta de competencia e inversión provocando un desarrollo mediocre de la banda ancha en los EE.UU. En similares términos, FRIEDEN, R., “Neither Fish nor Fowl: New Strategies for Selective Regulation of Information Services” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, 2008, pp. 373- 423. Aunque según el autor Tim Wu renunciar a un Internet abierto o neutral a cambio de tener un mayor despliegue de ancho de banda sería como vender las pinturas antes de pintar un lienzo para comprar un marco más espectacular.

Usuarios de Internet que los PSSI de Intermediación de Acceso de Banda Ancha Deberán Respetar.

La “FCC” ha aprobado el 27 de Octubre de 2016, tan sólo seis meses después de que la Unión Europea promulgase el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales en Línea (infra 9.1.8.c)), que obliga a todos los Estados Miembro con alcance general en la Unión a que se cumplan las nuevas normas de privacidad para restringir el uso de información digital sobre los usuarios que los PSSI de Intermediación de Acceso como AT&T, Comcast o Verizon tenían costumbre de agrupar y compartir con otras entidades normalmente para dirigir publicidad precisa a un tipo de usuario concreto. Estas informaciones podían comprender desde los hábitos de búsqueda de páginas web, como el tipo de aplicaciones que se utilizan de forma habitual. Esta nueva norma quiere dejar claro que el mantenimiento de la innovación y la privacidad del comportamiento de los usuarios no son incompatibles, ya que los usuarios están preocupados por su privacidad. Los PSSI de Intermediación dispondrán del plazo de un año para realizar los cambios necesarios para adaptarse a la nueva normativa. Por lo tanto, a partir del 27 de Octubre de 2017, los PSSI de Intermediación de Acceso no podrán recoger información considerada sensible de sus usuarios, como datos sobre la salud o los números de afiliación a la Seguridad Social, ni podrán reunir información de sus usuarios sin el consentimiento de estos.³⁴⁸

8.3.Últimas Iniciativas Legislativas Estadounidenses no Aprobadas e Intervención del Gobierno de los EE.UU. para Intentar Acercarse al Propósito de las Asociaciones de las Industrias de Contenido.

³⁴⁸ En este sentido, véase KANG, C., “F.C.C. Proposes Privacy Rules for Internet Providers” en *New York Times*, sección *Technology*, 10/Mar/2016, disponible en <http://www.nytimes.com/2016/03/11/technology/fcc-proposes-privacy-rules-or-internet-providers.html> Últ. vis. 2/Nov2016. KANG, C., “Broadband Providers will Need Permission to Collect Private Data” en *New York Times*, sección *Technology*, 27/Oct/2016, disponible en http://www.nytimes.com/2016/10/28/technology/fcc-tightens-privacy-rules-for-broadband-providers.html?_r=1 Últ. vis. 2/Nov2016. Esta normativa trata de evitar que no se respeten las elecciones de privacidad de los usuarios a través del uso de tecnologías como las “supercookies” que fueron detectadas por la FCC al PSSI de Intermediación de Acceso Verizon. Estas “supercookies” continúan recopilando información de los usos que hace de la Red el usuario a pesar de que este haya tratado de eliminar todas las cookies y haya limpiado las historias de navegación de sus dispositivos. El FCC impuso una multa a Verizon de 1,350,000 Dólares en Marzo de 2016. Véase WIKUIST, W., “FCC Settles Verizon “Supercookie” Probe, Requires Consumer Opt-In for Third Parties” en *FCC News from the Federal Communications Commission*, disponible en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-338091A1.pdf. Últ. vis. 2/Nov/2016. Además, la FCC ha establecido medidas que deben respetar los PSSI de intermediación de acceso en relación a los usuarios: por un lado necesitarán permiso si desean recoger información privada de los usuarios y por otro deberán mantener la privacidad de los datos transmitidos, especialmente datos médicos o de problemas financieros que pueden recoger a pesar de que éstos sean enviados de forma encriptada.

Tras la implementación de los tratados internacionales de Internet sobre derechos de autor de la OMPI a la legislación Estadounidense con la “*Digital Millenium Copyright Act*”, surgieron varias iniciativas legislativas que no llegaron a implementarse, pero que, sin duda, es interesante destacar para entender el efecto que produjo la aparición de la tecnología “*peer-to-peer*” en la sociedad de Estados Unidos.³⁴⁹

Como veremos en los próximos puntos de este apartado, a pesar de que los grupos de presión de la industria de contenido de los EE.UU., la MPAA y la RIAA, no consiguieron sus propósitos en el ámbito legislativo por la fuerte oposición de la opinión pública, sí que lo han conseguido de forma práctica a través de acuerdos privados o de acuerdos de buenas prácticas industriales para que las distintas partes involucradas acepten voluntariamente las mismas a causa de la presión política ejercida por el gobierno y por la amenaza encubierta de posibles cambios legislativos.³⁵⁰

³⁴⁹ Por un lado, el 25 de Julio de 2002, existió una propuesta de ley conocida como “*P2P Act*”, H.R. 5211 (107th Congress), que tenía como objetivo interferir la transferencia de ficheros a través de redes P2P entre usuarios como KaZaa o Gnutella, exonerando de responsabilidad civil y penal a los titulares de derechos que por sus propios medios poniendo trabas a la transferencia de alguna de sus obras en una red P2P, aunque respetando ciertos requisitos establecidos, disponible en www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/5211/text. Por otro lado, el 16 de Julio de 2003, se presentó la iniciativa legislativa más conocida en contra de los usuarios por el Representante John Conyers Jr. llamada “*Author, Consumer, and Computer Owner Protection and Security Act 2003*” disponible en <https://beta.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/2752?q=H.R.+2752+%28108%29>. Este proyecto de ley preveía por medio de su Artículo 301 reformar el Artículo 506(a) “*Criminal Copyright Infringement*” del Título 17 de la Ley de los Derechos de Autor (“*Copyright Act*”) para convertir en una infracción penal el hecho de “...introducir una obra protegida, sin la autorización de su titular, en una red de ordenadores accesible por miembros del público que sean capaces de copiar la obra mediante dicho acceso...”. El gran esfuerzo en implementarlas provenía de la fuerte presión que ejercieron ante el Congreso, los tribunales y los medios de comunicación, la RIAA y la MPAA, en el sentido de que todos aquellas partes que pueden intervenir en que se reduzcan las vulneraciones de derechos de autor, lo hagan (infra 8.3.3. y 8.3.4. donde veremos que lo que no se ha conseguido por la vía legislativa, se ha implementado con acuerdos privados o buenas prácticas empresariales como resultado de presiones políticas y de amenazas encubiertas de regulación legislativa por parte del gobierno de los EE.UU.). Finalmente este proyecto de ley no superó el trámite legislativo aunque intentaba implementar una sanción penal directa contra todos los usuarios que introdujeran en una red “*peer-to-peer*” (“*P2P*”) una obra o prestación protegida, pero afortunadamente no superó el trámite legislativo. En este sentido, vid. en general BRIDY, A., “Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2012, pp. 153-164, disponible en <https://cardozoelj.com/wp-content/uploads/2012/07/Bridy.pdf>. Por otro lado, el 22 de Junio de 2004, se presentó otra iniciativa legislativa esta vez contra los distribuidores de redes “*peer-to-peer*” (“*P2P*”) descentralizadas, no los usuarios, surgió con el nombre “*Inducing Infringement Copyright Act 2004*”, Proyecto de ley S. 2560 presentado por el Senador Hatch, Orrin G., también conocido como INDUCE. <https://beta.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/2560?q=S.+2560+%28108%29>. Este proyecto de ley hubiese permitido considerar a los distribuidores de sistemas “*peer-to-peer*” (“*P2P*”) como inductores responsables de las vulneraciones de los derechos de autor que efectivamente cometen los usuarios. En estos términos, véase GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid, 2004, p. 38. Este trámite legislativo se paralizó cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso *Grokster* (supra 8.1.2.a)).

³⁵⁰ Véase en general, BRIDY, A., “Internet Payment Blockades” en *Florida Law Review*, Vol. 67, No. 3, May 2015, pp. 1523-1568, disponible en [227](https://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/6-</p></div><div data-bbox=)

8.3.1. Los Proyectos Legislativos que han Puesto en Pie de Guerra a las Redes Sociales: “*Stop Online Piracy Act*” (“SOPA”) y “*Protect Intellectual Property Act*” (“PIPA”)

Estos dos proyectos de ley llegaron a tener repercusión mediática mundial el 18 de Enero de 2012 por la fuerte oposición que obtuvieron en las Redes Sociales, ya que hubiesen desanimado a los inversores en la investigación y desarrollo de nuevos dispositivos tecnológicos innovadores, tales como, por ejemplo, los iPad, por miedo a que su uso por parte de los usuarios pudiese quebrantar la ley. Con el fin de permitir el cierre de los sitios web infractores y obtener más herramientas para combatir las vulneraciones en línea de obras con derechos de autor por páginas web ubicadas fuera de su territorio, en el otoño del 2011, el Congreso de EE.UU. consideró seriamente convertir en ley la “*Stop Online Piracy Act*” (SOPA) ³⁵¹ y su homóloga en el Senado la “*Protect Intellectual Property Act*” (PIPA) ³⁵². Cuando estuvieron a punto de aprobarlas, páginas web como la versión en inglés de Wikipedia, Reddit, TwitPic y aproximadamente otras 7000 de todos los puntos del planeta se quedaron completamente a oscuras para demostrar su rechazo a estos proyectos de ley tan controvertidos. ³⁵³

Bridy.pdf , últ. vis. 30/Sep/2016. La autora discute el papel desempeñado por el gobierno en obtener acuerdos voluntarios y la paradoja de la regulación que no está regulada, legislativamente hablando, en cuanto a las medidas anti-piratería y anti-falsificación. En el mismo sentido, ELKIN-KOREN, N., “After Twenty Years: Revisiting Copyright Liability of Online Intermediaries” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, p. 45. La autora denuncia que con frecuencia los acuerdos privados no disponen de las salvaguardas necesarias para asegurar los derechos de los usuarios y que, por tanto, una de las obligaciones de los PSSI de intermediación debería ser proteger los intereses de sus usuarios, por lo que en los casos en que los derechos de autor no funcionan, los titulares de derechos no sólo deberían intentar conseguir más derechos y remedios, sino orientarse a otras áreas de la propiedad intelectual para conseguir remedios, como, por ejemplo, las leyes de marcas.

³⁵¹ Véase el proyecto de ley “*Stop Online Piracy Act*” (SOPA), Stop Online Piracy Act; House Judiciary Committee, 26 de Octubre, 2011, disponible en <https://beta.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/3261?q=hr3261> últ. vis. 18/Dic/2015. Este proyecto de Ley incluía el artículo 201 que convertía en un delito penal el “*streaming*” por Internet. Vid. supra 4.2.

³⁵² Véase la versión para el Senado del proyecto de ley “*Protect Intellectual Property Act*” (PIPA), <https://beta.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/968?q=S.968> Ult. vis. 19/Dic/2015.

³⁵³ En este sentido RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp 390-391. En los mismos términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, p. 97. Incluso apareció en distintos artículos de prensa que en concreto habían sido las asociaciones comerciales de música, películas y editores de libros más importantes de Los EE.UU. los que habían ejercido presión política para que estas leyes fuesen finalmente aprobadas. Véase., por ejemplo, NASAW, D., “Who Backs the Anti-Piracy Laws?” en *BBC News*, 18 de Enero, 2012, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/mobile/world-us-canada-16603870> últ. vis. 28/Sep/2016. VAN DER SAR, E., “MPAA/RIAA Lobbied Extensively in Favor of Domain Seizures” en *TorrentFreak*, 19 Diciembre, 2010, disponible en <https://torrentfreak.com/mpaariaa-lobbied-extensively-in-favor-of-domain-seizures-101219/> Últ. vis. 4/Oct/2016. Este último autor destaca que la RIAA y la MPAA han invertido más de 1,8 millones de Dólares Estadounidenses durante el tercer trimestre del año 2010 para ejercer presión política dirigida a

La estrategia de estos proyectos de ley que estuvieron a punto de ser ley, consistía en destruir el modelo de negocio de las páginas web denunciadas por aquellos que ostentan derechos de autor, posible tanto desde un estamento público, como de forma privada. En su vertiente pública, tras la denuncia de un autor o propietario de contenido, la sección 102 del proyecto de ley le permitía a la oficina del Fiscal General de los EE.UU., tras enviar una notificación, solicitar a (i) un PSSI de intermediación, (ii) un instrumento de búsqueda, (iii) un procesador de pagos o (iv) a una empresa de publicidad online que dejase de prestar sus servicios, es decir, que (i) denegaran el acceso, (ii) eliminasen la referencia al sitio web, (iii) dejaran de cobrar para ellos y (iv) dejaran de publicitar en esas páginas web infractoras. En su vertiente privada, la sección 103 del proyecto de ley le otorgaba poderes similares a la persona física o jurídica con los derechos de autor aunque sólo con los procesadores de pagos y las empresas de publicidad online, no con los buscadores y los PSSI de intermediación. El proceso tenía dos pasos: en el primero se tenía que enviar una notificación por escrito informando de la base legal para dejar de dar servicios a la página web en cuestión que se “*dedica a usurpar propiedades de los EE.UU.*” y, en el segundo, si no se cesaban los servicios o el propietario o registrador del dominio de la página web enviaba una contra-notificación cuestionando la validez de los derechos reclamados, el autor o propietario del contenido podía solicitar medidas cautelares contra el propietario, operador o registrador del dominio de la página web.³⁵⁴

La reacción sin precedentes del público en general en contra y las críticas generalizadas por parte de representantes de todas las ramas profesionales y niveles sociales se basaban específicamente en (i) una total falta de transparencia en su proceso legislativo y la ausencia de participación pública, (ii) un efecto negativo en la seguridad de Internet (provisiones relacionadas con el bloqueo o re-direccionamiento de DNS), (iii) su potencial efecto asfixiante sobre las inversiones e innovaciones en la Industria de Internet (incrementando vertiginosamente los riesgos de litigio y los costes fijos de funcionamiento para los PSSI de intermediación), así como (iv) el potencial efecto paralizador sobre la libertad de expresión de los usuarios e intermediarios (por ejemplo, el bloqueo de una página web completa por la presencia de algún contenido vulnerador de derechos) y el atropello de derechos fundamentales constitucionales (falta de un proceso justo, sanciones desproporcionadas, etc.)³⁵⁵ Esperemos que estos hechos

que se prepare legislación para poder implementar medidas de bloqueo de páginas web a escala internacional.

³⁵⁴ Véase en estos términos MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US approaches” en Stanford-Vienna TTLF Working Papers, No. 14, 2012, pp 151-153. En el mismo sentido, MERGES, R.P., MENELL, P.S., LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 728.

³⁵⁵ En este sentido, LEMLEY, M.A., LEVINE, D.S., et POST, D.G., “Don’t Break the Internet” en *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, 2011, pp. 34-68, disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/slro64&div=8&id=&page=> Últ. vis. 22/Ene/2017. Incluso los autores denunciaban que si se aprobaban estas dos leyes, las autoridades

ayuden a que se perciba la necesidad de emitir leyes coherentes con la Constitución de EE.UU. y que realmente se “*promocione el progreso de la ciencia*”.³⁵⁶

Ante tantas protestas públicas, el Congreso de EE.UU. decidió paralizar los proyectos de ley, pero además, cerró la página de Internet de descargas directas de archivos (supra 4.1.) MegaUpload.com en Nueva Zelanda, lo cual puso más de manifiesto, si cabe, la inutilidad de los nuevos proyectos de ley, ya que si el Departamento de Justicia estadounidense pudo cerrar la página web utilizando la ley ProIP aprobada en el año 2008, que, además, designó a la Sra. Victoria Espinel como responsable del organismo de vigilancia de PI, posición que depende jerárquicamente del Presidente de los Estados Unidos, entonces muchos usuarios se preguntaron ¿para qué eran necesarias la SOPA y la PIPA?.³⁵⁷ En nuestra opinión la descarga directa ilícita desde un servidor propiedad de la empresa “*MegaUpload*” es un problema jurídico penal comparado con la transmisión de ficheros a través de las redes P2P directamente desde un usuario

estadounidenses tendrían que intervenir en el corazón de la infraestructura básica de Internet (en el DNS “*domain name system*” o el sistema de nombres de dominio y en las direcciones IP “*Internet Protocol addresses*”) y se conseguiría un efecto devastador mucho más allá de proteger derechos de autor, se pondría en peligro el principio fundamental de interconexión de la Red, fragmentando Internet, sobre el que depende la integridad global, ya que acabaría provocando que se crearan sistemas alternativos y dejase de existir uno mundial. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US approaches” en Stanford-Vienna TTLF Working Papers, No. 14, 2012, p. 153. VIXIE, P., “On Mandated Content Blocking in the Domain Name System” en *CircleID*, 18 Marzo 2011, en http://www.circleid.com/posts/20110318_on_mandated_content_blocking_in_the_domain_name_system/ Últ. vis. 23/Ene/2017. EFF, Carta Abierta de 83 Ingenieros de Internet dirigida al Congreso de los EE.UU. (“*Open Letter from Internet Engineers to the U.S. Congress*”, 15 Diciembre 2011, disponible en <https://www.eff.org/sites/default/files/Internet-Engineers-Letter.pdf>. Últ. vis. 24/Ene/2017. En esta carta, 83 reconocidos ingenieros informáticos y de redes argumentaban los motivos por los que debían oponerse a la aprobación de estas propuestas de ley, ya que tendrían un efecto de censura sobre la infraestructura de Internet y avisaban de que la implementación de sus cláusulas tendría serias consecuencias técnicas para la estabilidad, la seguridad y el sistema universal DNS (“*Domain Name System*” o Sistema de Nombres de Dominio).

³⁵⁶ Véase SAMUELSON, P., “*Is Copyright Reform Possible?*” en <http://ssrn.com/abstract=2152672> http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html , Últ. vis. 2/Sep/2014, p. 34. La autora cita textualmente la Constitución de los EE.UU. en relación a que los derechos de autor deben promocionar el progreso de la ciencia.

³⁵⁷ En este sentido véase en general , BRADLEY, T., “MegaUpload takedown proves SOPA and PIPA are unnecessary” en *Web & Communication Software, Legal Issues, NETWORK*, January 2012. Sin embargo, este tipo de actuaciones internacionales no tienen éxito en muchos casos. En este concretamente, se dió la circunstancia de que las fuerzas del orden de varios países (Nueva Zelanda, Hong Kong, Holanda, el Reino Unido, Canadá, Australia, Alemania y las Filipinas) colaboraron voluntariamente, de que existía un tratado de extradición entre los EE.UU. y Nueva Zelanda, además de que “*Megaupload*” tenía registros de los actos ilícitos en el territorio estadounidense, sin los cuales la acusación penal contra los responsables, siete personas físicas y dos empresas, no hubiese sido posible. Véase el Caso Megaupload, United States v. Kim Dotcom, et al, Case No. 12-cr-00003-LO, Doc. 34 (F.D. Va. 16 Feb, 2012) disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/documents/megaupload-indictment.pdf>. Últ. vis. 26/May/2013. En similares términos, MERGES, R.P., MENELL, P.S., LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012, p. 728. JONSSON, P., “If feds can bust MegaUpload, why bother with anti-piracy bills?”, en *Christian Science Monitor*, 21 January, 2012, disponible en <http://www.csmonitor.com/USA/2012/0121/If-feds-can-bust-Megaupload-why-bother-with-anti-piracy-bills>, últ. vis. 24/Abr/2016.

a otro sin la intervención de la colaboración de ninguna empresa intermediaria. Además, el cierre inesperado de *MegaUpload* creó incertidumbre entre los usuarios que tenían una cuenta de pago en ella, ya que temían no poder recuperar datos y archivos legítimos personales que guardaban en el servicio de nube. Sin embargo, algún usuario también reconoce que utilizaba su cuenta de pago en *MegaUpload* para realizar todo tipo de descargas vulneradoras de contenido con derechos de autor.³⁵⁸

El nuevo contexto que vivimos tras la globalización de Internet ha potenciado el papel de los agentes no estatales. Se han creado fácilmente todo tipo de redes: sociales, políticas, económicas, culturales, científicas y tecnológicas. El acceso a la información y los conocimientos ha experimentado un giro radical. Internet ha roto el monopolio que ejercían los Estados sobre la información, uno de los fundamentos que les permitía atribuirse la capacidad normativa. El 18 de Enero de 2012, a las 13:30 (hora local en la costa oeste de EE.UU.) 4,5 millones de personas habían firmado la petición en línea de Google en contra de SOPA, que gozaba con el apoyo de los dos grandes partidos en el Congreso estadounidense. Durante las primeras 16 horas de ese mismo día, se enviaron 2,4 millones de tuits relacionados con el proyecto de ley SOPA. Tras el cierre de *MegaUpload*, el grupo pirata “*Anonymous*” declaró que había puesto fuera de servicio las páginas web del FBI, del Departamento de Justicia de los EE.UU, la Asociación de la Industria Discográfica estadounidense (“*RIAA*”), la *Motion Picture Association of America* (“*MPAA*”) y otras páginas web relacionadas con la industria del espectáculo, en el mayor ataque cibernético ejecutado hasta la fecha, en el que participaron 5,635 activistas.³⁵⁹

8.3.2. Ultimo Proyecto Legislativo que las Industrias de Contenidos o Creativas Estadounidenses no aprueban: “*Online Protection and Enforcement of Digital Trade*” (“*OPEN*”).

³⁵⁸ Sin duda, existió un problema para aquellos usuarios que utilizaban el servicio de almacenamiento de archivos de forma lícita. Véase McMILLAN, G., “EFF Launches “*MegaRetrieval*” Site for Megaupload Users” en *Time Tech*, 1 Feb. 2012, disponible en <http://techland.time.com/2012/02/01/eff-launches-megaretrieval-site-for-megaupload-users> Últ. vis. 5/Abril/2015. También véase, ROMERO, P., “¿Qué pasa con mis documentos tras el cierre de MegaUpload?, Descargas: Operación del FBI en *Periódico El Mundo*, 20/1/2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327045000.html>. Últ. vis. 8/Abril/2015.

³⁵⁹ En este sentido véase GURRY, F., “Replantear la Función de la Propiedad Intelectual”, discurso pronunciado en la Universidad de Melbourne, Australia, el 22 de Agosto de 2013. <http://www.wipo.int/about-wipo/dgo/speeches/> Últ. vis. 24/Oct/2015. El autor, Presidente de la OMPI, en otro discurso pronunciado ante el “*Register of Copyrights*” de los EE.UU. tras la no aprobación del Proyecto de Ley “*Stop Online Piracy Act*” (SOPA, H.R. 3261) que había recibido la aprobación de la Sra. M.A. Pallante, como máxima representante del mismo, en su declaración en el Congreso, U.S. House of Representatives, 112th Congress, 1st Session, 16 de Noviembre, 2011, disponible en <http://www.copyright.gov/docs/regstat111611.html>, últ. vis. 23/Oct/2015, el Sr. Gurry les aseguraba que su institución, es decir, la OMPI, no había tenido nada que ver con los hechos ocurridos ese día.

Este proyecto de Ley “OPEN Act” presentado por el Congresista Darrell Issa y la versión para el Senado por el Senador Ron Wyden no ha superado el trámite legislativo ya que el procedimiento que debían seguir los titulares de derechos de autor era presentar reclamaciones por vulneración de sus derechos por sitios de Internet situados en el extranjero ante la Comisión Internacional de Comercio (“*International Trade Commission*”) con oficinas situadas únicamente en la capital de los EE.UU. El coste de presentar un litigio en Washington D.C. ante un foro muy distinto a los procedimientos en tu Estado de origen, que requiere una extensa investigación previa y para la que se tiene que preparar una documentación extensa y voluminosa antes de empezar el proceso, convertía la propuesta en económicamente viable únicamente para grandes empresas con enormes recursos. Además, para seguir adelante con el proceso, era necesario demostrar que el sitio web denunciado se dedicaba de forma primaria y conscientemente a vulnerar derechos de autor y según el proyecto de ley el mejor resultado que se puede conseguir es una orden de cesación, la cual puede ser difícil de implementar en jurisdicciones extranjeras.³⁶⁰

8.3.3. Reciente Análisis por parte del Congreso de los EE.UU. sobre una Posible Modificación del Marco Normativo del Régimen de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación (Sección 512 de la Ley de Derechos de Autor o “*Digital Millenium Copyright Act*”).

La IFPI, como grupo de presión internacional de la industria musical, en su continua batalla buscando, por un lado, la defensa de los derechos de autor de las poderosas empresas musicales a las que representa, y por otro, la colaboración de otras empresas para evitar el uso de redes P2P por parte de los usuarios, declaró en su informe sobre la música digital del año 2013 que las páginas web que ayudan a infringir derechos eran dominantes en los resultados obtenidos cuando los usuarios realizan búsquedas en aquellos PSSI de Intermediación que ofrecen servicios de “*linking*” (búsqueda, recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet) de mayor uso, entre ellos Google, Yahoo! y Bing. Además, declaraban haber encontrado un informe en el que tres cuartas partes de los encuestados habían utilizado instrumentos de búsqueda como herramienta

³⁶⁰ Proyecto legislativo OPEN, disponible en <https://beta.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/3782?q=H.R.3782>. QUINN, G., “OPEN Act Would be Ineffective at Stopping Online Piracy” en *IPWatchDog*, 15/Feb/2012, disponible en <http://www.ipwatchdog.com/2012//02/15/open-act-would-be-ineffective-at-stopping-online-piracy/id=22293/> últ. vis. 25/Oct/2015. También véase en general BRIDY, A., “Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2012, pp. 153-168.

para encontrar servicios para acceder a contenidos sin derechos de licencia.³⁶¹ La Asociación de la Industria de Ordenadores y Comunicaciones (“*Computer and Communications Industry Association*” o “*CCIA*”), un grupo comercial al que pertenece Google así como otros PSSI de intermediación de búsqueda, encontró el informe al que se referían, revisó los resultados y la estadística decía que únicamente el 15% del supuesto tráfico a sitios web “piratas” procedía de instrumentos de búsqueda. Además, existe el problema adicional de que aquellos operadores que distribuyen contenido en línea de forma lícita, es decir, pagando las licencias correspondientes, no hacen ningún esfuerzo en optimizar sus niveles de preferencia (llamados “*ranking*” en inglés) de búsqueda por Internet.³⁶²

Dado que las lanzas estaban en alto por ambos grupos industriales, la industria musical y la industria informática, el Congreso de EE.UU. decidió en el año 2014 realizar una vista para analizar una posible revisión de los “puertos seguros” de la DMCA. Sin duda, el papel que desempeñan los PSSI de intermediación llamados instrumentos de búsqueda estaba siendo cuestionado en el conflicto de los derechos de autor en línea. Por ello, los miembros del Comité sobre lo Jurídico del Congreso (“*House of Commons on the Judiciary*”), en concreto el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, interrogaron a los representantes de Google con preguntas sobre qué más podían hacer en su sistema de búsqueda para luchar voluntariamente contra vulneraciones de derechos de autor en línea.³⁶³

³⁶¹ IFPI, “*Digital Music Report 29, 2013*” (Informe del año 2013 sobre Música Digital), 2014, disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/DRM2013.pdf> últ. vis. 26/Oct/2015 y IFPI, “*Digital Music Report 42, 2014*” (Informe del año 2014 sobre Música Digital), 2015, p. 42, disponible en <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf> últ. vis. 21/Dic/2016. En el segundo informe la IFPI, publicado en el año 2015, reconoce que las empresas de los instrumentos de búsqueda han hecho más para contrarrestar la vulneración de derechos de autor, pero siguen insistiendo en que falta mucho trabajo por hacer

³⁶² En este sentido véase SCHRUERS, M., “The Search Fixation: Infringement, Search Results, and Online Content”, 2013, pp. 2-5, disponible en <http://cdn.cciagnet.org/wp-content/uploads/2013/08/CCIATheSearchFixation.pdf> Últ. vis. 20/Dic/2016.. En nuestra opinión, gracias al análisis de este informe, Google empezó a ayudar a los distribuidores legítimos de contenido en línea tal como aparece al año siguiente en la declaración de la Sra. Oyama ante la comisión del Congreso de los EE.UU., disponible en Google, Sra. Katherine Oyama (“*Senior Copyright Policy Counsel*”) ante la Sección 512 del Título II: Vista ante el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, en el “*House of Commons on the Judiciary*”, 113º Congreso 82, Congreso de los EE.UU., 2014, disponible en <http://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/031314-Testimony-Oyama-1.pdf> Últ. vis. 21/Dic/2016.

³⁶³ Véase: Sección 512 del Título II: Vista ante el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, en el “*House of Commons on the Judiciary*”, 113º Congreso 82, Congreso de los EE.UU., 2014. Sin duda, en nuestra opinión, esta vista representaba una amenaza encubierta del gobierno contra poderosas empresas que se dedican al “*linking*” como Google. En similares términos, BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, p. 132. Donde la autora destaca que en el contexto de las redes P2P, la administración Obama animó a los letrados de los titulares de derechos y los de los PSSI de Intermediación a llegar a acuerdos privados completamente fuera del proceso legislativo público. Además, no podemos olvidar que históricamente el Congreso de los EE.UU. ha formulado cambios en la legislación sobre los derechos de autor revisitando las leyes después de que los intereses privados las

No debemos olvidar que los PSSI de Intermediación que ofrecen servicios de búsqueda o “*linking*” podrían ser declarados responsables potenciales por infracción colaboradora de los derechos de autor o “*contributory copyright infringement*” ya que ayudan a través de sus servicios a conectar a usuarios con páginas web que podrían dedicarse a distribuir o a incitar en el uso de copias ilícitas en el mercado mundial, vulnerando por tanto derechos de autor. Estos PSSI de Intermediación tienen la obligación de cumplir con el protocolo de notificación y retirada de la sección 512(c) de la DMCA para disfrutar de la limitación de responsabilidad que le ofrece la ley. Desde un punto de vista operativo, para obtener una respuesta coherente a una solicitud, un instrumento de búsqueda encuentra índices de todo el contenido existente en la “*www*”. Cuando un usuario realiza la búsqueda de una película, una canción o el nombre del artista, si los índices devueltos son completos, aparecerán inevitablemente sitios web potencialmente vulneradores de derechos. La forma en que estos índices son devueltos al usuario es lo que causa el problema entre ambos grupos industriales. Sin duda, Google es el líder indiscutible del mercado mundial en este sector, por lo que históricamente ha sido el objetivo de las industrias de contenido en sus esfuerzos para luchar contra la vulneración de derechos de autor en línea, además de que es, económicamente hablando, muy solvente para afrontar el pago de sanciones en caso de demanda.³⁶⁴ Estos grupos industriales y algunas de sus empresas más importantes, contratan a empresas especializadas para que realicen búsquedas e identifiquen páginas web infractoras para enviar cuantas más notificaciones mejor, tanto a Google, como a otras empresas que ofrecen sus servicios como instrumentos de búsqueda. El volumen tan inmenso de notificaciones de retirada que recibe Google ha obligado a la empresa a implementar sistemas automatizados de gestión de las mismas, que incluye una herramienta llamada “*Trusted Copyright Removal Program*” que permite a titulares de derechos que tienen una larga tradición de presentar notificaciones de retirada objetivas y ciertas, presentar una gran cantidad de notificaciones a la vez para ser procesadas. El tiempo medio que tarda Google en bloquear un link notificado por un titular de derechos es aproximadamente de seis horas, por lo que en un procedimiento judicial del año 2010 en contra de Google como responsable derivado de la vulneración de derechos de autor por terceras partes, se le ha concedido la limitación de responsabilidad de la DMCA. Además, también realizaron un cambio en su algoritmo de búsqueda llamado “*PageRank*”

hubiesen revisado y este sistema se ha prolongado hasta nuestros días. Véase en este sentido, LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intellectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view...pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001, pp. 22-34, donde la autora explica como tradicionalmente el Congreso de los EE.UU. revisitaba las leyes sobre derechos de autor, práctica que empezó en los años 1920. La autora añade que las modificaciones legislativas no se aprobaban hasta que no las revisaban los interesados privados y asegura que este sistema de funcionamiento ha seguido hasta nuestros días.

³⁶⁴ Véase de forma general SENG, D., “The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices” en *Virginia Journal of Law & Technology*, Vol. 18, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2411915> . Últ. vis. 8 /Oct/2016.

(un sistema no conocido por el público propiedad exclusiva de Google) en Agosto de 2012 para que aquellas páginas web con muchas notificaciones de retirada sean degradadas en cuanto al orden de aparición cuando un usuario realiza una búsqueda. Y, por último, tal como hemos expuesto anteriormente, Google ya colabora con las páginas web que ofrecen servicios de contenido con licencia para que consigan situarse en las primeras posiciones cuando un usuario realiza una búsqueda.³⁶⁵

Sin embargo, la IFPI, la RIAA y la MPAA siguieron insistiendo en que los PSSI de intermediación de Búsqueda, Recopilación de Datos o de Enlaces a otros sitios de Internet (supra 1.4.1.d)) podrían hacer más para ayudar a los titulares de derechos de autor, utilizando como ejemplos, por un lado, un estudio subvencionado por la MPAA donde se compararon los datos de los tres meses antes a la implementación por parte de Google del sistema de degradación de páginas web en su algoritmo de búsqueda “PageRank” con los datos de los tres meses siguientes y los resultados demostraron que la aparición de los dos mil sitios web que más aparecen en las notificaciones de retirada por vulnerar derechos de películas había aumentado ligeramente (aunque sólo un 1%) con lo que la medida no resultaba útil y, por otro lado, un informe publicado por la RIAA que analizó los datos de 6 meses después del cambio realizado en el algoritmo de búsqueda “PageRank” que demostraba que en la primera página de los resultados de búsqueda seguían apareciendo los sitios web más denunciados en las notificaciones de retirada de sus empresas representadas.³⁶⁶

³⁶⁵ Según la declaración de la responsable del departamento de GOOGLE, Sra. Katherine Oyama (“Senior Copyright Policy Counsel”) ante la Sección 512 del Título II: Vista ante el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, en el “House of Commons on the Judiciary”, 113º Congreso 82, Congreso de los EE.UU., 2014, disponible en <http://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/031314-Testimony-Oyama-1.pdf> Últ. vis. 10/Oct/2016, en el año 2013 Google bloqueó 222 millones de links a direcciones de Internet notificadas. También véase GOOGLE, “How Google Fights Piracy”, 2014, disponible en <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en-GB> Últ. vis. 9/Oct/2016. Tal como ya adelantamos en el punto 5.2.4. la sentencia en la que a Google se le reconoce la limitación de responsabilidad en cuanto a sus servicios de búsqueda de páginas web y de imágenes es Perfect 10, Inc. v. Google Inc. (decidido el 26 Julio de 2010).

³⁶⁶ MILLWARD BROWN Digital for the MPAA, *Understanding the Role of Search in Online Piracy*, 2014, informe disponible en <https://mpaa.org/wp-content/uploads/2014/03/Understanding-the-role-of-search-in-online-piracy.pdf> Últ. vis. /Oct/2016 y RIAA Representing Music, *Six Months Later: A Report Card on Google’s Demotion of Pirate Sites*, 21 Feb. 2013, disponible en: https://wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/02/Google-report-card-2013-final.pdf . Últ. vis. 24/Nov/2016. Es más, la RIAA empieza su informe con una cita del Vice Presidente Senior de Ingeniería de Google que había declarado el 10 de Agosto de 2012: “A partir de la semana que viene, empezaremos a tener en cuenta una nueva señal en nuestros rankings: el número de notificaciones de retirada de derechos de autor válidas para una página web determinada, por lo que éstas páginas aparecerán en lugares más bajos de nuestros resultados de búsqueda. Este cambio en los rankings ayudará a los usuarios a encontrar contenido legítimo y de calidad fácilmente, ya sea una canción vista en la página web musical de NPR, como un show televisivo en “Hulu” o una nueva canción que han escuchado en “streaming” a través de Spotify.” Traducción de la autora del original: “Starting next week, we will begin taking into account a new signal in our rankings: the number of valid copyright removal notices we receive for any given site. Sites with high numbers of removal notices may appear lower in our results. This ranking change should help users find legitimate, quality sources of content more easily – whether

En vista de estos resultados, en su informe de 2014, Google anunció la adaptación de un nuevo sistema, en ese momento sólo disponible en los EE.UU. (aunque estaba previsto lanzarlo a escala global en el futuro) de mostrar las búsquedas ofreciendo opciones gratuitas de prueba o de sitios web que pagan las licencias a los titulares de derechos, especialmente cuando los usuarios utilizan en sus búsquedas nombres de canciones, cantantes, actores o películas añadiendo los términos “bajarse” (“download”), “gratis” (“free”), o “visionar” (“watch”).³⁶⁷

En nuestra opinión, el problema que supone esta creciente participación por parte de los PSSI de intermediación es que cada vez el listón es más alto de los mínimos que se espera que cumplan los mismos y, además, la distancia entre lo que la ley obliga a los PSSI de intermediación a hacer y lo que en realidad se han comprometido a cumplir es cada vez mayor, además de que nunca parece suficiente. El que estos acuerdos privados se acuerden entre dos partes, los titulares de derechos y los PSSI de intermediación, añade el problema de que los usuarios y los titulares de páginas web no pueden participar. Todo ello sin definir qué sanciones se deben implementar, qué contenido debe considerarse ilícito y qué páginas web deben ser intervenidas sin que lo decida una instancia judicial.³⁶⁸

8.3.4. Participación de la Casa Blanca en Conseguir Acuerdos Privados entre las Empresas de Titulares de Derechos y las Empresas de Pago Electrónico, por un lado, y las Empresas de Publicidad en Línea, por otro, para Intentar Reducir la Vulneración de Derechos de

it's a song previewed on NPR's music website, a TV show on Hulu or new music streamed from Spotify.” – Amit Singhal, Senior Vice President of Engineering, Google, August 10, 2012.

³⁶⁷ En este sentido véase GOOGLE, “How Google Fights Piracy report” en *Google Public Policy Blog, Updates on Technology Policy Issues*, 17 Oct. 2014, disponible en <https://www.publicpolicy.googleblog.com/2014/10/continued-progress-on-fighting-piracy.html> Últ. vis. 11/Oct/2016. En la fecha de publicación de este informe, Google informó que a través de su servicio llamado “Content ID” en el que los titulares de derechos pueden identificar sus canciones o videos subidos a *YouTube* por usuarios, y optar, o bien, por eliminar el contenido afectado (por ejemplo, si un usuario crea un video propio que utiliza una música con derechos de autor y el titular de derechos desea que su música sea eliminada, el video se mantiene en *YouTube* pero se elimina la parte sonora), o bien, por cobrar la licencia correspondiente por el uso y disfrute de la obra, que habían llegado recientemente a la cifra de mil millones de Dólares Estadounidenses (“one billion en Inglés”) en concepto de pago de licencia por obras con derechos de autor. Además, en su informe Google destaca que a pesar de que intentan ayudar a los titulares de derechos, su objetivo también es luchar contra notificaciones de retirada fabricadas con la intención de censurar a los usuarios y bloquear el acceso a contenido cultural libre de derechos de autor.

³⁶⁸ A favor de esta tesis, ELKIN-KOREN, N., “After Twenty Years: Revisiting Copright Liability of Online Intermediaries” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, pp. 45-66.

Autor en Línea. Incluye el Enfoque de “*Follow the Money*” (Sigue la Pista al Dinero) para Afrontar el Problema de la Vulneración de Derechos de Autor en Línea con Ánimo de Lucro.

Tal como estaba ya previsto en el Proyecto de Ley SOPA mencionado anteriormente (supra 8.3.1.) y con el objetivo de reducir los incentivos financieros asociados con la vulneración de los derechos de autor en línea, en Julio de 2013, la “*U.S. Government’s Top Intellectual Property Enforcement Officer*” (Directora del Programa de Protección de la Propiedad Intelectual del Gobierno de EE.UU.) que dependía directamente del entonces Presidente Barack Obama, la Sra. Victoria Espinel, presentó en el Blog de la Presidencia del Gobierno el acuerdo privado adoptado por las empresas de Publicidad en Línea: Adtegrity, AOL (America on Line), Google, 24/7 Media, Condé Nast, Microsoft, SpotXchange y Yahoo, para reducir los ingresos de aquellas páginas web que se sabe consiguen tráfico de usuarios en las mismas porque se dedican a vulnerar derechos, obteniendo sus ingresos a través de la publicidad. La Sra. Espinel destacaba que era crítico enfocar todos los esfuerzos abarcando un marco empresarial lo más amplio posible para, por un lado, cumplir consistentemente con todas las leyes aplicables y, por otro, cumplir con los amplios principios de la política de Internet de la Administración del Estado que pone especial énfasis en el respeto a la privacidad, la libertad de expresión, los procedimientos judiciales debidos y la libre competencia, a la vez que se fomenta la innovación a través de una Internet abierta a todos los usuarios. Sin duda, las empresas de publicidad en línea no proveen los medios para realizar actos ilícitos y no tienen la habilidad de controlar o supervisar dichos actos, pero si una página web no tiene la posibilidad de insertar publicidad en las mismas, sus rendimientos económicos se ven ampliamente afectados.³⁶⁹

El 20 de Junio de 2013, la misma administración presentó un informe en el que detallaba los logros conseguidos en la implementación del Plan Conjunto Estratégico de 3 años de duración en el que se implementó, en el apartado de fomentación de acuerdos privados entre distintos sectores empresariales, aparte del esquema de respuesta gradual para reducir la vulneración de derechos en las redes P2P (supra 8.1.5.b)), se menciona un acuerdo privado de Buenas Prácticas

³⁶⁹ Véase ESPINEL, V., “Coming Together to Combat Online Piracy and Counterfeiting” en *Home Blog “the White House” President Barack Obama*, 15 Julio, 2013, disponible en <https://www.whitehouse.gov/blog/213/07/15/coming-together-combat-online-piracy-and-counterfeiting> últ. vis. 13/Mar2017. La autora animaba a todas las partes implicadas incluyendo a los creadores, los titulares de derechos, los grupos públicos de interés y a las empresas a implicarse para solucionar de forma lógica y proteger los intereses de las redes de anuncios, los creadores, los editores, los publicistas, los titulares de derechos y sobre todo a los consumidores. Por otro lado, el acuerdo privado de Buenas Prácticas fue firmado entre las partes en el año 2013. Véase AOL (America on Line), “*Best Practices Guidelines for Ad Networks to Address Piracy and Counterfeiting*” (Acuerdo de Buenas Prácticas de Empresas de Publicidad en Línea para Evitar la Piratería y la Falsificación), 15/Jul/2013, disponible en <http://blog.aol.com/2013/07/15/ad-networks-best-practices> últ. vis. 14/Dic/2015.

por parte de American Express, Discover, MasterCard, Paypal y Visa para evitar el procesamiento de pagos en el caso de ventas en línea ilícitas o de falsificaciones.³⁷⁰

Tanto los sistemas de pago en línea con tarjetas de crédito, como la publicidad en línea son intermediarios que no están afectados por la responsabilidad indirecta o derivada de las infracciones de derechos de autor por parte de los usuarios de la Red, ya que la relación con los infractores directos es excesivamente ténue. En cambio, estos intermediarios sí que favorecen la generación de beneficios económicos a aquellos sitios web del entorno del comercio electrónico en Internet que podrían colaborar, ayudar o inducir a vulnerar derechos de autor de terceros. Por ello, se identificó el concepto de "follow the money" ("sigamos al dinero") en el "2013 Green Paper" (*Libro Verde del año 2013*) del Equipo de Trabajo de Política de Internet del Ministerio de Comercio Estadounidense (*Department of Commerce Internet Policy Task Force*) llamado "Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy" (Política de Derechos de Autor, Creatividad e Innovación en la Economía Digital) para compensar los déficits de las herramientas jurídicas disponibles y buscar nuevas herramientas potenciales para encauzar la lucha contra la vulneración de derechos.³⁷¹ Como veremos en el próximo Capítulo V sobre la Unión Europea, el Presidente de la Comisión del Parlamento Europeo y del Consejo, Jean-Claude Juncker, también incorpora el concepto de "follow the

³⁷⁰ Véase WHITE HOUSE (Casa Blanca), "Fact Sheet: Major Accomplishments since the 2010 Joint Strategic Plan" en *Home, The Administration, Office of Management and Budget, the White House President Barack Obama*, 20 Junio 2013, disponible en <https://whitehouse.gov/omb/ipec/factsheet2013> últ. vis. 23/Feb/2016. Sin duda las industrias de contenido nunca se sintieron satisfechas con el regateo que, según, ellos dió lugar a la Ley de los Derechos de Autor o DMCA. Véase los Comentarios de la "Motion Picture Association of America, Inc." o MPAA presentados ante la "U.S. Patent & Trademark Office, Voluntary Best Practices Study" de fecha 21 de Agosto de 2013, Docket No. PTO-C-2013-0036, disponible en <http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/PTO-C-2013-0036.pdf> últ. vis. 23/Feb/2016, en el que declaraban que no cesarán de buscar la manera de mejorar las instituciones jurídicas mal articuladas, como la DMCA, y de intentar obtener promesas de mayor cooperación de aquellas partes que juegan un papel importante en el problema de los derechos de autor en línea. En el mismo sentido, véase los Comentarios de la "Recording Industry Association of America, Inc." o RIAA presentados ante la "U.S. Patent & Trademark Office, Voluntary Best Practices Study" de fecha 19 de Agosto de 2013, Docket No. PTO-C-2013-0036, disponible en <http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/PTO-C-2013-0036.pdf> últ. vis. 26/Feb/2016, en el que afirman que todas las partes existentes en el ecosistema de Internet deberían desempeñar un rol activo en afrontar el problema de la piratería. A medida que el uso de Internet ha aumentado exponencialmente tanto en número de usuarios como en servicios, tanto la MPAA como la RIAA o la IFPI en su faceta internacional han tenido una actitud más agresiva especialmente contra el uso de las redes "peer-to-peer" o P2P.

³⁷¹ En este sentido U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio de 2013, pp. 67-70, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> últ. vis. 15/Oct/2016. De hecho la Unión Europea también ha optado por tomar este enfoque de "Seguir la Pista al Dinero" ("Follow the Money") en cuanto a un mejor acceso a los contenidos digitales al centrarse en la modernización de la observancia de los derechos de propiedad intelectual, aunque únicamente a escala comercial, en su Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa presentada en Bruselas el 6 de Mayo de 2015. Véase Punto 2.4., octavo párrafo, de la COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones, *Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, firmado por su Presidente, Jean Claude Juncker, 6/May/2015, disponible como EUR-Lex-52015DC0192.

money” (“sigue la pista al dinero”) en su Discurso de Futuros Objetivos Políticos de Cambio y Modernización de fecha 6 de Mayo de 2015.

CAPÍTULO V: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR AL INTERCAMBIARSE LOS USUARIOS CONTENIDO DIGITAL PARA USO PRIVADO CON LAS REDES “PEER-TO-PEER” (“P2P”) EN LA UNIÓN EUROPEA TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

9. La Unión Europea

9.1. La Legislación Posterior a la Directiva sobre el Comercio Electrónico 2000/31/CE

La Unión Europea está desempeñando un papel crucial en la forma de regular Internet en los Estados Miembros a través de sus directivas que abarcan amplias áreas como el comercio electrónico, la privacidad y la protección de los derechos de autor, entre otros. También destaca la gran influencia de sus tribunales, especialmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por haber establecido normas originales en el mercado único más extenso del mundo. Globalmente la UE tiene el potencial de mantener una posición única gracias a su estatus casi federal, no exento de problemas a veces, aunque ideal para desarrollar soluciones reguladoras descentralizadas y competitivas. Su deseo de introducir nuevos modelos de gobierno es un activo en la batalla por encontrar la solución correcta de cómo debe regularse Internet, ya que, al contrario que los EE.UU., parece más inclinada a modelos regulatorios públicos que privados. Además, su potencia económica la convierte en un digno rival del histórico omnipresente poder de los EE.UU. en este sector.³⁷²

El Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en relación a la Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa,

³⁷² Véase MARGONI, T., “The Harmonization of EU Copyright Law: The Originality Standard” en Editor, PERRY, M., *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century. Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, New York, 2016, p. 86. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham UK, 2013, p.27. RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, pp. 27-34.

de fecha 6 de Mayo de 2015³⁷³, expuso los objetivos en la lucha contra los contenidos ilícitos en Internet. El Sr. Juncker reconocía que:

“no siempre es fácil definir los límites de lo que pueden hacer los intermediarios con el contenido que transmiten (...) sin perder la posibilidad de beneficiarse de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas en la Directiva sobre el comercio electrónico.”

En ese momento histórico, el Presidente de la Comisión Europea reconocía que las nuevas medidas que se tomen para luchar contra los contenidos ilícitos en Internet, tendrán debidamente en cuenta su efecto sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión y de información de los ciudadanos, harán frente de la mejor manera posible de forma transparente, como, por ejemplo, analizando en los resultados de búsqueda qué entidades de pago por enlaces y/o publicidad se están utilizando. En otras palabras, estaba definiendo el concepto de investigar a quien se beneficia económicamente de las infracciones a “escala comercial” o lo que se ha venido a denominar en inglés *“Follow the Money approach”* o enfoque de “Sigue la Pista al Dinero” para afrontar el problema de la vulneración de derechos de autor en línea y en la que también ha participado en EE.UU. la Administración del gobierno federal consiguiendo acuerdos privados entre las partes implicadas (supra 8.3.4.). Unos meses antes, tras el nombramiento de Juncker como Presidente, la Comisión Europea presentó, a través de una nota de prensa, las medidas a implementar para proteger y aplicar mejor los derechos de propiedad intelectual con un enfoque que definió de internacional y que reorientaría la política para mejorar la observancia de estos derechos por parte del sector privado³⁷⁴. El Comisario de Mercado Interior y

³⁷³ COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6 de Mayo de 2015, Comunicación del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Extracto de las directrices políticas para la próxima Comisión Europea.” Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático de 15 de Julio de 2014. Prioridad nº 2: Un Mercado Único Digital Conectado. Punto 3.3.2.: Crear Condiciones Adecuadas y Equitativas para las Redes Digitales Avanzadas y los Servicios Innovadores. Un marco regulador adecuado para los fines previstos para las plataformas y los Intermediarios. Lucha Contra los Contenidos Ilícitos en Internet, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192&fro> Últ. vis. 10/Nov/2016.

³⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de Prensa, Bruselas/Estrasburgo, 1 de Julio de 2014, “La Comisión presenta medidas para proteger y aplicar mejor los derechos de propiedad intelectual”, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-760_en.htm . Últ. vis. 10/Nov/2016. En esta nota de prensa la Comisión instaba a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) a través del Observatorio Europeo de Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual a contribuir activamente en la labor definida por la Comisión en su plan de acción. En el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 626 final, Bruselas 9/Dic/2015, “*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; Towards a modern, more European copyright framework*”, pp. 1-12. En estas directrices a largo plazo para el futuro de los derechos de autor en la Unión Europea, se definen las medidas que se deben tomar. Tal como ya anunció el Comisario Barnier, esta comunicación indica que el objetivo para mantener la innovación y la creatividad no deben ser los usuarios particulares de Internet, sino dentro del ámbito civil aquellos sitios web que obtengan beneficios comerciales por posibles vulneraciones de los derechos de autor. Véase concretamente las páginas 10-11, en las que se recomienda analizar las empresas de pago electrónico por un lado y las empresas de publicidad en línea por otro.

Servicios, Michel Barnier, esclareció que los usuarios privados no deben ser penalizados, al contrario que los que obtienen un beneficio económico:

“En vez de penalizar al particular por vulnerar derechos de propiedad intelectual, a menudo sin saberlo, las medidas que adoptamos se orientan hacia un enfoque consistente en analizar a quién benefician dichas infracciones, con el objetivo de privar a los infractores a escala comercial de estos ingresos.”

Por su parte, el Comisario de Comercio, Karen De Gucht, afirmaba que:

“las empresas, creadores e inventores deben ser debidamente recompensados (...) para mantener incentivos que impulsen la innovación y la creatividad (...) subrayando los efectos positivos que la propiedad intelectual puede tener sobre el crecimiento, el empleo y los consumidores”.

Este enfoque internacional o multilateral tiene base en el Tratado TRIPS del año 1995 (supra 2.1.3.), cuyo artículo 61 recoge el concepto de explotación a “escala comercial”, que obliga a los miembros de la Organización Mundial de Comercio a tomar medidas en caso de vulneración de derechos de autor, para lo cual en Europa los Estados Miembro tienen libertad para decidir el tipo de medida o medidas que desean implementar. Ahora bien, al no existir una definición clara de qué se considera “escala comercial”, la trasposición a las legislaciones estatales de este concepto dependerá de forma práctica de la interpretación que haga del mismo los tribunales nacionales que juzguen el tema.³⁷⁵

9.1.1. La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Mayo de 2001, relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, DOCE núm. L 167, de 22 de junio de 2001; correcciones de errores en DOCE núm. L 6, de 10 de enero de 2002 y núm. L 314, de 25 de noviembre de 2008 (Directiva de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información o DDASI)

Esta Directiva, aprobada en el año 2001, implementa las disposiciones de los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) del año 1996 relativos a los Derechos de Autor (“*WIPO Copyright Treaty*” o “*WCT*”) y a los Derechos de Ejecución y Fonogramas (“*WIPO Performances and Phonograms Treaty*” o “*WPPT*”), estableciendo los fundamentos de

³⁷⁵ Véase en este sentido SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar, Cheltenham UK, 2013, pp. 97-98. Este concepto de “escala comercial” también está incluido en el Artículo 8 de la Directiva 2004/48/CE que veremos más adelante (infra 9.1.2.).

armonización entre los dispares sistemas de derechos de autor de los Estados Miembro y adaptándose a las necesidades de la economía digital en el contexto del Mercado Único. Tal como destacan los primeros diecinueve Considerandos de esta Directiva, su objetivo es el crecimiento económico de la Unión Europea, ya que la disparidad de legislaciones en sus distintos Miembros entorpecen el desarrollo y la competencia de la misma. Por último, aunque la Directiva armoniza todos los aspectos de los derechos de autor y conexos, hace especial énfasis en la Sociedad de la Información.³⁷⁶

En cuanto a las posibles sanciones o vías de recurso judiciales de las que disponen los titulares de derechos de autor relativo al uso de las redes “peer-to-peer” por parte de los usuarios de la Red que presuntamente vulneran sus derechos, debemos destacar el Considerando nº 59 de esta Directiva que dice textualmente:

“...en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero. Esta posibilidad debe estar abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares.”

En ambos sistemas jurídicos existentes en la Unión Europea, el continental y el anglosajón, siempre han existido los sistemas de excepciones y limitaciones de los derechos de autor, entre ellos la excepción por límite de copia privada, por lo que los Estados miembro tienen la posibilidad de evitar que se vulneren derechos de autor si un usuario copia una obra o prestación digital adquirida legalmente para uso privado en su ordenador o dispositivo, siempre que los derechohabientes sean justamente recompensados y se respeten las medidas tecnológicas de protección. En la Unión Europea, este concepto está recogido en el artículo 5(2)b de esta Directiva que dice textualmente:

“en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra

³⁷⁶ En este sentido véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 124-125.

o prestación y que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;”

y la práctica totalidad de los Estados Miembros que forman la Unión han traspuesto este concepto a sus ordenamientos jurídicos. En concreto se refiere al artículo 6(4) que establece que los Estados Miembro tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de derechos permitan disfrutar de las excepciones o limitaciones de derechos a los beneficiarios a pesar de que las obras o prestaciones estén técnicamente protegidas, siempre y cuando se haya tenido acceso a las mismas legalmente.

Ahora bien, tal y como decíamos en el principio de este trabajo, en un mundo digital este acto que queda excluido del ámbito de monopolio del titular de derechos y que, en principio, no debería perjudicar sus intereses económicos, en este momento histórico y tecnológico con la existencia de protocolos “*peer-to-peer*” de uso totalmente legal, puede convertirse hasta sin conocimiento del usuario privado que lo tiene en sus dispositivos, según los puntos de vista, en una verdadera “explotación” de la obra ajena.³⁷⁷

A través de esta Directiva, la Unión Europea incluyó los artículos 8 de la WCT, y 10 y 14 de la WPPT prácticamente de forma literal en su Artículo 3(1):

“Los Estados Miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”

Los considerandos relacionados con este artículo clarifican que el Artículo se refiere a dos elementos. Concretamente el número 23 se refiere a la

³⁷⁷ En este sentido véase XALABARDER PLANTADA, R., “La Copia Privada Digital, “*Copyright*” y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 35-36. En similares términos, REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 231 y pp 284-289. Estos autores destacan que el Artículo 6(4) de esta Directiva es el mecanismo conceptual adecuado para asegurar la viabilidad de usos privilegiados lícitos a pesar del uso de medidas tecnológicas de protección en los contenidos con derechos de autor digitalizados. En similares términos, SCHULTZ, J., et SAMUELSON, P., “Should Copyright Owners Have to Give Notice of Their Use of Technical Protection Measures?” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 6, 2007, pp. 72-73. SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit. , pp. 138-140. En los países con sistemas jurídicos del “common. law” el concepto que permite el acto de copiar un contenido excluyéndolo del ámbito de monopolio del titular de derechos de autor se conoce como “*fair use*” (véase supra notas 114 y 211) y se encuentra reflejado en la sección 107 de la “*U.S. Copyright Act*” de la norma Norteamericana. En el sistema del “*common law*” del Reino Unido el conjunto de excepciones a los derechos de autor, conocidos como “*fair dealing*”, son algo más limitadas que las estadounidenses. En el Estado Español, el cuerpo normativo que recoge el concepto de excepción por copia privada es el artículo 31(2) de la TRLPI que establece “*las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor (...) para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*”.

armonización en mayor medida del derecho de autor de la comunicación al público, en el que el derecho:

“debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión”.

El segundo elemento está contemplado en el Considerando 25 que trata las transmisiones con derechos de autor por demanda o derecho de autor de puesta a disposición:

*“La inseguridad jurídica en cuanto a la naturaleza y el nivel de protección de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor debe superarse mediante el establecimiento de una protección armonizada a nivel comunitario. Debe precisarse que todos los titulares de derechos reconocidos por la presente Directiva tienen el derecho exclusivo de poner a disposición del público obras protegidas por derechos de autor o cualquier prestación protegida mediante transmisiones interactivas a la carta. Tales transmisiones interactivas se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija.”*³⁷⁸

Asimismo, los considerandos 26 y 27 defienden, por un lado, fomentar acuerdos de licencia colectiva para facilitar el pago de derechos y, por otro, establece que el simple suministro de instalaciones para facilitar una comunicación entre dos usuarios finales no constituye un acto de “comunicación pública” por parte del PSSI (supra nota 145 del punto 3.1.1.).

³⁷⁸ En este sentido véase SCHLESINGER, M., “Legal Issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 48. En cambio los legisladores de los EE.UU. consideraron que no era necesario ampliar el contenido de estos elementos de los Tratados de Internet (WCT y WPPT) en su legislación (véase Supra 2.12., nota 100). En el Estado Español estos conceptos fueron traspuestos a la LPI. Varios autores opinan que no hay duda de que los usuarios que participan en una red P2P están realizando estos dos tipos de actos que la LPI reserva en exclusiva a los titulares de derechos de autor: la reproducción (artículo 18) y la comunicación pública (artículo 20) en su manifestación de puesta a disposición del público. En similares términos, CARBAJO, F., “El Pulso en Torno a la Copia Privada” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, p. 51. MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe. i. (Revista de la Propiedad Intelectual)*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 18-19. GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P)” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid .18, 2004, pp. 51-56. GARROTE, I., “Acciones Civiles contra los Prestadores de Servicios de Intermediación en Relación con la actividad de las Plataformas P2P: su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Industrial” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, 60-61.

El principio de proporcionalidad para el caso de una disputa en relación a derechos de autor está incorporado al derecho de la Unión Europea a través del Artículo 8(1) de esta Directiva, que establece que las sanciones y vías de recurso en las violaciones de los derechos de autor deben ser:

“efectivas proporcionadas y disuasorias”.

Cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza la legislación para determinar si cumple el principio de proporcionalidad, considera tres factores. Uno, que la medida adoptada es necesaria para alcanzar el objetivo deseado. Dos, que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto y tres, que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre.³⁷⁹

En la Unión Europea las medidas cautelares en los casos de vulneración de derechos de autor establece en el Artículo 8(3) de esta Directiva 2001/29/CE (Directiva de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información) que los Estados Miembro deben:

³⁷⁹ Véase HARBO, T.I., “The Function of the Proportionality Principle in the EU Law”, en *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, Marzo 2010, pp. 158-185, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552544 Últ. vis. 8/May/2017. El autor destaca que de acuerdo con el entendimiento convencional sobre este principio, se deben implementar tres exámenes de la medida que se desea implementar para detener las vulneraciones: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad estricta, es decir, si la medida es excesivamente gravosa en el individuo en el que se implementa. En el mismo sentido, QUERALT, A., “Regimen Jurídico de los Derechos y Libertades en la Constitución Española” en Coordinadora GÓMEZ, I., *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3ª Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 263, y la definición del “Principio de Proporcionalidad” también está disponible en la STC, de 20 de mayo de 2002. Westlaw RJ2002\123, el cual especifica que la proporcionalidad está compuesta por tres elementos: “*que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido – idoneidad -; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto – necesidad -; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre – proporcionalidad estricta –*”. En similares términos, véase BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, pp. 59-61, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. Este principio cuyo origen nace en el derecho administrativo germánico se extendió en el ámbito constitucional europeo después de la Segunda Guerra Mundial como medida necesaria para extender el concepto constitucional liberal anglo-americano del “*Bill of Rights*” (“Carta o Declaración de Derechos”). Por ello, el “Principio de Proporcionalidad” ha sido adoptado por Tribunales internacionales o supraestatales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este último sentido, también véase SWEET, A.S., et MATHEWS, J., “Proporcionalidad Balancing and Global Constitutionalism” en editor BONGIOVANNI, G., *Reasonableness and Law*, ed. Springer, New York, 2009, pp.173-214. En cuanto al origen de la escuela de los pandectistas que derivó al derecho germánico (“*mos germanicus*”) véase DAVID, R., *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, ed. Aguilar, Madrid, 1967, pp. 45-54. Este último autor destaca como características del derecho germánico la innovación y la osadía.

“asegurarse que los titulares de derechos tienen la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra aquellos intermediarios cuyos servicios están siendo utilizados por terceros para infringir un derecho de autor o relacionado”.

Este Artículo 8.3. garantiza a los titulares de derechos de autor la posibilidad de pedir medidas cautelares contra aquellos PSSI de intermediación cuyos servicios sean utilizados por los usuarios de Internet para infringir un derecho de autor o un derecho afín y ha sido transcrito a las legislaciones de prácticamente todos los Estados Miembros, así como confirmado por el TJUE (infra 9.4.3. y 9.4.4.). El Artículo 9 de la Directiva 2004/48/CE establece un derecho similar, tal como veremos en el siguiente punto.³⁸⁰.

9.1.2. La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004 relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, DOCE núm. L 157, de 30 de Abril de 2004 (Directiva relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual o “*Copyright Enforcement Directive*” o IPRED).

Tal como recoge su Considerando número 9, la Comisión Europea quiso implementar esta Directiva para evitar la disparidad entre Estados Miembros con medidas efectivas, disuasorias y proporcionadas de acuerdo con la normativa internacional en este ámbito (parte III del Tratado TRIPS y Artículo 14(2) del Tratado de la OMPI WCT). El propósito es la aplicación y el cumplimiento de la normativa de derechos de propiedad intelectual, no los derechos en sí mismos.

Esta Directiva en su Artículo 3 dispone que las medidas, procedimientos y recursos establecidos por los Estados Miembros para que se garanticen de forma justa y equitativa el respeto de los derechos de propiedad intelectual:

“serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo”.

³⁸⁰ Véase MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, en *TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2012., pp. 168-169 y pp. 191-192. La autora destaca que el Artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE mencionado en el punto anterior, junto con el Artículo 11 sobre Mandamientos Judiciales de esta Directiva, al dar la posibilidad de implementar medidas cautelares contra los infractores directos y los intermediarios del servicio a través del cual se vulneran derechos de autor, los Estados Miembros han implementado, a excepción de la obligación general de supervisión de todos los datos (Art. 15, DCE), la posibilidad de bloquear páginas web, u obligaciones de filtrado concretos, entre otras, con el objetivo de prevenir infracciones. En los mismos términos, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, p. 60. SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit. , pp. 119-120

Tampoco serán inútilmente complejos o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.³⁸¹

Tal como hemos mencionado en el punto anterior (supra 9.1.1.), el Artículo 9 de esta Directiva, sobre las medidas provisionales y cautelares, regula un derecho similar al Artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE y dice textualmente:

“...podrá dictarse un mandamiento judicial, en las mismas condiciones, contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derechos de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE”.

Además, esta Directiva en su Artículo 8 relativo al Derecho de Información, también permite en respuesta:

“a una petición justificada y proporcionada”

de información por parte del demandante, que las autoridades judiciales competentes pueden ordenar que se faciliten datos sobre el:

“origen y las redes de distribución”

de los servicios y bienes vulnerados

“a escala comercial”.

El sujeto de esta obligación no es sólo el infractor directo sino también cualquier otra persona física o jurídica:

³⁸¹ En estos términos véase HIFNEY, S.A., “EMI v. UPC: The Decision and Consequences for Irish ISPs and Copyright Holders” en *European Communities Trade Mark Association*, ECTA, Bruselas, Junio 2011, p. 4, disponible en <http://www.ecta.eu>, últ. vis. 2/Feb/2017. Sin duda el juez del Tribunal Supremo de Irlanda, Sr. Justice Carlton, tenía en mente este precepto de la Directiva cuando rechazó la solución de permitir el bloqueo de páginas web que ofrecían a usuarios finales software P2P para compartir ficheros cuando indicaba que el uso de un remedio tan severo “inevitablemente conduciría a la vulneración de los derechos de comunicarse a través de Internet”. El juez concluyó que bloquear la posibilidad de compartir archivos a través de las redes P2P en Internet no sería compatible con la prevención de vulnerar derechos de autor y podría impedir a los usuarios el derecho de comunicarse legalmente a través de la Red. En el mismo sentido, SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp.142-143. Este autor también destaca en la página 97 que durante la elaboración del borrador de esta Directiva en un primer momento se introdujeron condenas penales para aquellos que de forma deliberada vulnerasen derechos de propiedad intelectual, lo cual causó reacciones positivas por parte de la industria del entretenimiento y una fuerte oposición por parte de las empresas de telecomunicaciones, de las industrias informáticas, y de la prensa y el público en general. Sin embargo la versión final introdujo el Artículo 16 que daba la posibilidad de introducir otras “sanciones apropiadas” dentro del ámbito civil o administrativo, convirtiendo esta Directiva en un instrumento de implementación de orden civil.

“proveedor de servicios comerciales utilizados en actividades vulneradoras”

que sea señalado por el infractor principal como:

“implicado en la producción, fabricación o distribución de los mencionados servicios o bienes”.

Cualquiera de las dos posibilidades incluirá a un PSSI de Intermediación que contribuya activamente a que se cometan vulneraciones de derechos de autor, o aunque no las induzca, tenga conocimiento de las mismas y obtenga directamente un beneficio de ellas. En cualquier caso, la salvaguarda incluida en el Artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE sirve para prevenir abusos. Por último, este Artículo en su punto 8(3)(e) especifica que:

“los apartados 8(1) y 8(2) se aplicarán sin perjuicio de otras disposiciones legales que rijan la protección de la confidencialidad de las fuentes de información o el tratamiento de los datos personales”

nos será de utilidad cuando analicemos los casos sobre la ausencia de obligación por parte de los PSSI de Intermediación de acceso de facilitar al titular del derecho de autor información para identificar a los suscriptores que utilizan redes P2P a través de la dirección IP presuntamente vulneradora de derechos de autor (infra 9.4.1., es decir, caso Promusicae y relacionados).³⁸²

9.1.3. El Reglamento (UE) 386/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de Abril de 2012 por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) funciones relacionadas con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, entre otras las de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. DOUE núm. L129/1, de 16 de mayo de 2012.

³⁸² En este sentido véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., pp.120-121. En similares términos, véase Audiencia Provincial, Provincia de Madrid, Sección 28ª, núm. 103/2014, de 31 de Marzo de 2014, Universal Music Spain, S.L., Warner Music Spain, S.L., Sony BMG Music Entertainment Spain, S.A., EMI Music Spain, S.A. et PROMUSICAE v. Optisoft, S.L., Piolet Networks, S.L., M Punto 2 Punto Technologies, S.A. y Don PSB como administrador único de las dos primeras mercantiles. También véase las conclusiones del Abogado General, Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 17 de Noviembre de 2011, Asunto C-461/10, Bonnier Audio AB y otros v. Perfect Communication Sweden AB (“ePhone”), en Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia.

En cuanto a la exención de responsabilidad, comparada con los EE.UU. que posee legislativamente hablando una aproximación vertical cubriendo únicamente los derechos de autor, la Unión Europea tiene una aproximación horizontal porque la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico exime a los PSSI de intermediación de responsabilidades penales, civiles y/o administrativas por infracciones de cualquier tipo por los contenidos transmitidos o almacenados (supra 7.2.), ya que si no fuese así podría:

“entorpecer el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia.”

Sin embargo, en algunos casos, los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales.³⁸³

Este marco normativo tan amplio, obligó a la Unión Europea en relación a los derechos de Propiedad Intelectual a crear un Reglamento específico que ha entrado en vigor en los Estados Miembros en Mayo de 2012. En este Reglamento se le encomienda a la “Oficina de Armonización del Mercado Interior” situado en Alicante (OAMI) las funciones de facilitar y apoyar las actividades de las autoridades nacionales, del sector privado y de la instituciones de la Unión en la lucha contra las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual cubiertos por la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. De cara al desempeño de las funciones asignadas, la OAMI promueve y apoya el valor de la propiedad intelectual (incluyendo los demás aspectos de la misma aparte de los derechos de autor, como por ejemplo, la protección de marcas, dibujos y modelos) organizando, administrando y apoyando la convocatoria de expertos, autoridades e interesados congregados bajo el nombre de “Observatorio Europeo de la Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual”. Recientemente, en concreto el 26 de Marzo de 2016, el nombre ha sido modificado a “Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea” o “*EU IPO*” en sus siglas en inglés (“*European Union Intellectual Property Office*”).³⁸⁴

³⁸³ Véase el Considerando 40º de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Comercio Electrónico, de 8 de junio de 2000. Lo dispuesto en esta Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella, siendo conveniente que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados Miembro.

³⁸⁴ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de PI. Fue traspuesta al Derecho español por la Ley 19/2006, de 5 de junio, que hoy forma parte de la LPI. Esta Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas de carácter procesal, para asegurar las posibilidades de obtención de las pruebas (por ejemplo, de redes de distribución de productos ilícitos) y la eficacia de los pronunciamientos judiciales (medidas cautelares), además de conformar una legitimación activa amplia (que incluye a las entidades de gestión), y determinar el alcance de las indemnizaciones.

9.1.4. La Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Febrero de 2014, relativa a la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Afines y a la Concesión de Licencias Multi-territoriales de Derechos Sobre Obras Musicales para su Utilización en Línea en el Mercado Interior, DOUE núm. L84/72, de 20 de Marzo de 2014.

Con la reciente Directiva 2014/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, cuya trasposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros tenía como límite el 10 de Abril de 2016, la Unión Europea tiene por objeto armonizar el mercado único estableciendo los requisitos relativos a la concesión de licencias multi-territoriales de derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea. En nuestra opinión se desea establecer los requisitos necesarios para garantizar el correcto funcionamiento de la gestión de los derechos de autor y sus derechos afines por parte de las entidades de gestión colectiva y que los PSSI las puedan licenciar en línea de forma rápida y sencilla, lo cual se recoge en la primera parte del Considerando número 37 de dicha Directiva que dice textualmente:

“Los proveedores de servicio en línea que utilicen obras musicales, como los servicios que permiten a los consumidores descargar o escuchar música en modo continuo (“streaming”), así como otros servicios que proporcionan acceso a películas o juegos en los que la música es un elemento importante, deben obtener previamente el derecho a utilizar tales obras. En virtud de la Directiva 2001/29/CE, es necesario obtener una licencia para cada uno de los derechos de la explotación en línea de obras musicales. Con respecto a los autores, dichos derechos son el derecho exclusivo de reproducción y el derecho exclusivo de comunicación pública de obras musicales, que incluye el derecho de puesta a disposición. (...)”

En el Considerando siguiente, el número 38, la Unión Europea confirma que el mercado de servicios de música en línea sigue fragmentado y que el mercado único digital aún no se ha logrado plenamente, creándose una situación incompatible con el rápido crecimiento de la demanda de acceso por parte de los consumidores a contenidos digitales y a los servicios innovadores asociados.³⁸⁵

³⁸⁵ En nuestra opinión, la Unión Europea quiere conciliar la demanda de los consumidores para evitar que busquen caminos alternativos para conseguir aquello que desean con “ la difusión de contenidos protegidos por derechos de autor y derechos afines, incluidos los libros, las producciones audiovisuales y las grabaciones musicales, así como los servicios vinculados a estos, los cuales requieren que los diferentes titulares de derechos de autor y derechos afines, es decir, los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores y editores, concedan una licencia sobre estos derechos.”, o dicho de otro modo,

En su presentación de esta Directiva relativa a la gestión colectiva de derechos, el Comisario Michel Barnier destacaba que permitirá la entrada en el mercado europeo de proveedores innovadores, a la vez que contribuirá a que exista una mayor difusión y una variedad más extensa de elección de obras musicales en línea al favorecer y mejorar la concesión de licencias de las mismas. Asimismo, permitirá modernizar en toda Europa el funcionamiento de las organizaciones de gestión colectiva que gestionan los derechos de autor y derechos conexos de los titulares de derechos, tales como los autores y los intérpretes, con una precisa y ágil fluidez en los pagos de los royalties correspondientes.³⁸⁶

9.1.5. El Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2015 por el que se Establecen Medidas en Relación con el Acceso a una Internet Abierta y se Modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al Servicio Universal y los Derechos de los Usuarios en Relación con las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas y el Reglamento (UE) no. 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, DOUE núm. L310/1 de 26 de Noviembre de 2015.

que los titulares de derechos obtengan un retorno económico justo a través de las licencias, tal como acabamos de especificar con el Considerando número 2 de esta misma Directiva 2014/26/CE. Sin duda creemos que es imperativo, para poder diseminar ampliamente contenido en línea sin vulnerar derechos, eliminar cualquier tipo de trabas para llegar a acuerdos de licencia. Es más, esta Directiva incluso impone la posibilidad de tener acceso a datos de contacto directamente con el músico o artista en cuestión, entendemos que para no tengan la necesidad de utilizar obligatoriamente una empresa intermediaria, para poder llegar a acuerdos comerciales de otro tipo si fuese necesario. Además destaca que si los costes de transacción son demasiado altos, o bien se utilizará el contenido sin la pertinente autorización o el contenido no será utilizado en absoluto. En ambos casos, los músicos o artistas salen perdiendo o bien porque se vulnera su contenido o bien porque pierden la posibilidad de obtener un potencial rendimiento económico. Por último, la Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding declaró en su discurso en la Reunión Informal de Ministros en el Día Audiovisual Europeo del año 2005 que se ha observado en el sector musical una gran pérdida de ingresos económicos del mismo modo que han existido en el mercado audiovisual con la inundación de contenidos protegidos en las redes P2P, véase REDING, V., Discurso de la Comisaria de la UE de Telecomunicaciones en la Reunión Informal de Ministros en el Día Audiovisual Europeo, 16 de Mayo de 2005, disponible sólo en inglés en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-282_n.htm?locale=en últ. vis. 27/Oct/2016.

³⁸⁶ Véase COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de Prensa de la implementación de la Directiva 2014/26/UE relativa a la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Afines y a la Concesión de Licencias Multi-territoriales de Derechos Sobre Obras Musicales para su Utilización en Línea en el Mercado Interior, disponible en https://europa.eu/rapid/pressrelease_MEMO-14-80_en.htm Últ. vis. 28/Oct/2016 (sólo disponible en inglés y en francés). Las organizaciones de gestión colectiva actúan como intermediarias entre los titulares de derechos y una amplia variedad de industrias como la musical, la audiovisual y la editorial, por un lado, y los prestadores de servicios de la sociedad de la información que utilizan sus obras y prestaciones, por otro.

El 25 de Noviembre de 2015, sólo medio año después de que los EE.UU. estableciesen unas normas en relación a la Neutralidad de la Red que deben mantener los PSSI de intermediación de acceso, el Parlamento Europeo y del Consejo aprobó el Reglamento (UE) 2015/2120 por el que se establecían medidas en relación con el acceso a una Internet abierta o neutral, modificando la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, así como el Reglamento (EU) nº531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. Las medidas previstas en el nuevo Reglamento eran aplicables en los 28 Estados Miembro a partir del 30 de Abril de 2016.

En primer lugar, este reglamento establece en su Considerando número 10 y en el segundo párrafo del Artículo 3.3. que:

“la gestión razonable del tráfico no requiere técnicas que supervisen el contenido específico de los datos que se transmiten por el servicio de acceso a Internet”.

Todo ello no impide que los PSSI de Intermediación de acceso apliquen medidas razonables de gestión de tráfico, aunque para ser consideradas razonables:

“dichas medidas deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico. Dichas medidas no supervisarán el contenido específico y no se mantendrán por más tiempo del necesario”.

Excepto para cumplir con requerimientos legislativos o de autoridades pertinentes, o para preservar la integridad, la seguridad o evitar una inminente congestión de la Red, no se podrá bloquear, alterar, restringir, interferir, degradar ni discriminar:

“entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas”.

En otras palabras, deberá respetarse la neutralidad de la Red (supra 1.1.3.).

En segundo lugar, este reglamento también aclara de forma definitiva en su Considerando número 17 y en su Artículo 3.3. que los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de acceso están obligados a garantizar la existencia de una capacidad suficiente a todos sus suscriptores para ofrecer un servicio a Internet abierto y neutral, tratando todo el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, restricciones o interferencias:

“e independiente de quien sea el emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado”.

Este punto no es de extrañar dado que los PSSI de Intermediación utilizan la tecnología “*Deep Packet Inspection*” (DPI) para gestionar el tráfico en sus servicios, así como para estrangular el uso de banda ancha para el tráfico de las redes P2P. Los usuarios están especialmente afectados por las restricciones por el uso de redes P2P en el mercado de teléfonos móviles en las horas punta.³⁸⁷

Además de los servicios de acceso a Internet que estas empresas ya están prestando normalmente, los PSSI de Intermediación de acceso podrán ofrecer otros tipos de servicio denominados “de calidad” y descritos en el Considerando número 16 bajo una estricta verificación por parte de las autoridades de los Estados Miembro.

Por último, en su Artículo 3.4. aclara que:

“las medidas de gestión del tráfico podrán implicar únicamente el tratamiento de datos personales necesario y proporcional para los objetivos contemplados en el Artículo 3.”

Este Reglamento también permite a los PSSI de intermediación de acceso, si les sobra capacidad en sus redes, ofrecer servicios especiales de mayor calidad, lo que renombrados autores denominan “*Quality of Service*” o “*QoS*”, siempre que éstas medidas no comprometan la transparencia en la gestión, la no discriminación de otros suscriptores y sean proporcionadas.³⁸⁸

³⁸⁷ Véase el Informe de la COMISIÓN DE LEGISLADORES EUROPEOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, “Body of European Regulators for Electronic Communication”, “*A view of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe: Findings from BEREC’s and the European Commission’s Joint Investigation*”, 29 de Mayo, 2012, disponible <http://bit.ly/1MOMMhj>. Últ. vis. 25/Jun/2016. En nuestra opinión es preocupante ver como los PSSI de intermediación de acceso pueden también bloquear el uso de VoIP, además del ya sabido uso de tecnologías P2P. Con el uso generalizado de los DPI, la neutralidad de la red deja de existir. No es de extrañar la desconfianza que existe por parte de los usuarios de Internet dada la situación y, sin duda, con este Reglamento de obligado cumplimiento en toda la Unión se desea evitar estos comportamientos.

³⁸⁸ SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, pp. 220-221. En similares términos, LESSIG, L., “El Futuro de Internet” en *Testimonio ante el Senado de los Estados Unidos, Comisión de Comercio, Ciencia y Transportes*, 110 Congreso, Segunda Sesión, 22 de Abril de 2008, pp. 8-9, disponible en <https://gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110shrg74893/html/CHRG-110shrg74893.htm> Últ. vis. 20/Sep/2016. Ambos autores destacan su preocupación de que los PSSI de intermediación de acceso, como empresas privadas con el objetivo de obtener mayores beneficios, puedan llegar favorecer a los suscriptores que pagan mayores cuotas en casos en que exista menor disponibilidad de ancho de banda para navegar por Internet. En el presente Reglamento vemos como la Unión Europea permite ofrecer servicios de mayor calidad siempre y cuando no queden desatendidas las necesidades básicas de los suscriptores que pagan cuotas normales.

9.1.6. El Proyecto “European Copyright Code” (Normas Europeas sobre los Derechos de Autor) que Intenta Minimizar y Hacer Más Comprensibles las Dificultades que Surgen de la Aparente Falta de Transparencia y Uniformidad entre los Intereses de los Usuarios de Internet y los Titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

En su preámbulo³⁸⁹, estas normas del grupo “Wittem” nos ofrecen un mejor entendimiento de la aparente falta de transparencia y uniformidad, especialmente en relación a los aspectos relacionados con el uso de las tecnologías “peer-to-peer” en la Red, ya que explícitamente reconoce:

“los rápidos desarrollos tecnológicos convierten en impredecibles las formas futuras de explotación y uso de las obras y prestaciones con derechos de autor; por ello, es necesario un sistema flexible de derechos y limitaciones de estos derechos”.

Además, en el diseño de estas normas se basa en las principales normas internacionales del ámbito de los derechos de autor firmados y ratificados por la Unión Europea y sus Estados Miembro:

“concretamente la Convención de Berna, el Tratado TRIPS, los Tratados de la OMPI de Derechos de Autor, y la armonización de criterios establecidos por las Directivas de la Unión Europea en relación a los Derechos de Autor y Conexos”.

En sus considerandos, reconoce que las normas de los derechos de autor en la Unión Europea deben reflejar los valores y principios básicos del Derecho de la Unión incluyendo “la libertad de expresión y de información, así como la libertad de competencia”. También reconoce que durante los últimos veinte años sólo se ha conseguido una armonización parcial en ciertos aspectos de la legislación en la Unión y de sus Estados Miembro y que la consistencia y transparencia de los aspectos legislativos podrían mejorarse.

9.1.7. El Conjunto de Regulaciones que Afectan a la Privacidad de los Usuarios de Redes P2P:

En el área del comercio, los usuarios de Internet cada vez damos más por sentado que los servicios que se nos brindan son gratuitos, mientras ignoramos la forma en que funciona desde la perspectiva de los PSSI de Intermediación de

³⁸⁹ En este sentido véase “EUROPEAN COPYRIGHT CODE” (Normas Europeas sobre los Derechos de Autor), disponible en www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3.Últ. vis. 28/Sep/2016.

acceso y de los controladores de aplicaciones. En resumen, si no pagamos por un servicio, no somos los clientes, sino el producto que es vendido tras controlar nuestros actos a aquellos que desean conocer nuestros comportamientos. Utilizarán estos datos los que desean seleccionarnos como objetivos de su publicidad, aunque sea en detrimento de derechos humanos fundamentales como la autonomía, la privacidad, la protección de datos, la no discriminación y la dignidad de la persona.³⁹⁰ Por ello, del mismo modo que se están implementando legislativamente medidas de protección de los usuarios en Los Estados Unidos a través de la “*Federal Communications Commission*” o “*FCC*” imponiendo normas estrictas a los PSSI de Intermediación para proteger la privacidad de las personas, la Unión Europea también ha ido armonizando cada vez más los distintos aspectos de estos derechos fundamentales que afectan a la vida privada de las personas en relación al control que sufren cuando acceden a las aplicaciones que utilizan al conectarse a Internet.

a) La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Julio de 2002 relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas)

El Considerando nº 40 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico ya especificaba en el año 2000: “*Lo dispuesto en la presente Directiva sobre responsabilidad (de los PSSI de Intermediación, se entiende) no supone un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen*

³⁹⁰ En estos términos véase SCHÜTZ, Ph., “The Set Up of Data Protection Authorities as a New Regulatory Approach” en Editores GUTWIRTH, S., et al. *European Data Protection: In Good Health?*, ed. Springer, New York, 2012, p. 134. En el mismo sentido, véase el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de Abril de 2016, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en cuyo Considerando número 6 especifica “*La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.*” Por ello la Unión Europea considera fundamental la ejecución estricta de este nuevo reglamento para generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior, manteniendo las personas físicas el control de sus datos personales. La idea es que los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos aunque han existido divergencias en su ejecución y aplicación creando inseguridad jurídica por la percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación a las actividades en línea. También véase HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 196-197.

de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permite la tecnología digital dentro de los límites trazados por las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE.” Estas dos Directivas, junto con la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas del año 2002 establecieron un marco legislativo detallado comprensible e influyente sobre la recolección, procesamiento y protección de los datos personales en los que se establece que se considerará medida necesaria para la entrega de estos “para la salvaguarda de: a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas; e) un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales; f) una función de control, de inspección o reglamentaria relacionada, aunque sólo sea ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos a que hacen referencia las letras c), d) y e), y g) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas.³⁹¹

Tal como se especifica en el Pronunciamiento del TJUE en el caso PROMUSICAE, esta Directiva no niega a los Estados Miembros que puedan obligar a comunicar datos personales en procedimientos civiles. Contrariamente, el artículo 15, apartado 1, de esta misma directiva,

³⁹¹ En estos términos véase FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, pp. 10-11, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016. El autor añade que la normativa de la Unión Europea es muy estricta comparada con la de los EE.UU. Además destaca la opinión que emite la ETNO (“European Telecommunications Network Operators’ Association” Asociación Europea de Operadores de Redes de Telecomunicación, cuyos miembros son Deutsche Telecom, France Telecom y Telefónica), el grupo de presión política que representa a los PSSI de intermediación de acceso, apoyando el trabajo del “Article 29 Working Party” que asesora al área de Justicia de la Unión Europea, llamado “ETNO RD on article 29 WG working document on data protection issues relating to IPR” de fecha Marzo 2005. La ETNO mostraba su preocupación por la presión ejercida por parte de los titulares de derechos de autor para derogar la DCE e intentar que los PSSI de Intermediación vuelvan a ser responsables por el contenido ilícito que circula por sus redes, así como por la presión ejercida en muchos de sus miembros para desvelar los nombres y direcciones de presuntos infractores. En otras palabras, ETNO está totalmente de acuerdo con la conclusión del Article 29 WG en cuanto que “los datos personales sólo pueden ser entregados en aquellos casos definidos por la ley, a las “Autoridades Públicas responsables de implementar la Ley” (“Public Law Enforcement Authorities”), y no a los titulares de derechos directamente”. Incluso añaden que la UE ya tiene un marco jurídico equilibrado que define la responsabilidad de los intermediarios y no debe ser modificada con la manipulación de las normativas de protección y retención de datos. Véase ETNO o “European Telecommunications Network Operators’ Association” (Asociación Europea de Operadores de Redes de Telecomunicación), *Informe sobre temas relacionados con los Derechos de Autor*, p. 3, disponible en www.etno.eu/datas/positions-papers/2005/rd213-cl-dp-issues-related-to-ipr.pdf, últ. vis. 3/Sep/2016. En el mismo sentido, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 133-136.

tampoco obliga a los Estados Miembros que comunicar datos personales sea una obligación. En concreto, el fallo dice así:

“... (la normativa comunitaria)... relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.”³⁹².

En nuestra opinión, tal como se repite reiteradamente en la legislación y en la jurisprudencia, un juez puede pedir a un PSSI de Intermediación de acceso datos personales de sus suscriptores en un caso civil. Ahora bien, este hecho no debe implicar comunicar los datos a una posible parte demandante privada, un punto claramente recogido tanto en la legislación como en las conclusiones del abogado general Sr. Niilo Jääskinen en el asunto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-461/10 “Bonnier Audio AB et al. v. Perfect Communication Sweden AB” (infra 9.4.1.c). Incluso es interesante ver los casos en Alemania en que los titulares de derechos de autor iniciaban un procedimiento penal para conseguir los datos de los usuarios para más tarde presentar contra ellos una demanda

³⁹² Véase la Sentencia C275/06 de 29 de Enero de 2008 del TJCE para ver toda la normativa europea que se revisa, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0275:ES:HTML> últ. vis. 2/Feb/2015, en concreto los párrafos 54 y 55 de la Sentencia sobre el Asunto Promusicae C-275/06. En cuanto a la definición del “Principio de Proporcionalidad” véase la nota nº 376 en el apartado 9.1.1. También, KÜHLING, J., “Chapter III, Individual Rights: Fundamental Rights” en *Principles of European Constitutional Law*, editores VON BOGDANDY et BAST, col. Modern Studies in European Law, Vol. 8, ed. Hart Publishing, Portland Oregon USA, 2005, pp. 535-538

civil. Tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán ya no se dieron más casos de esta naturaleza (Infra punto 9.4.1.a).³⁹³

- b) **La Reforma de las Telecomunicaciones de la Unión Europea: Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recuos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, OJ L 337/37, 18.12.2009.**

En esta Reforma se recogen 12 puntos que establecerán las bases para un Internet Abierto, con Mayores Derechos para los Consumidores en el que todos los Ciudadanos estén conectados a una Red de Alta Velocidad en un Mercado Único de Telecomunicaciones Europeo. En el Artículo 1(3) a, relativo a la Libertad de Internet y recogido en el Anexo 1, se establece que para que se sancione a un usuario suspendiendo su acceso a Internet, ésta sanción sólo puede ser impuesta si es:

“apropiada, proporcionada y necesaria dentro de una sociedad democrática, y su implementación debe cumplir con salvaguardas adecuadas en su procedimiento de acuerdo con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como los principios generales de las leyes de la Unión, incluyendo una protección judicial efectiva y un debido proceso”.

Además, en este mismo Artículo se añade que los usuarios de Internet tienen derecho a la presunción de inocencia y a que se respeten sus derechos de privacidad en los procedimientos en los que se les acuse de vulnerar derechos de autor, que deben ser justos e imparciales. En el punto tres de este documento de la Unión Europea, la Comisaria de Telecomunicaciones, Sra. Viviane Reding, añade:

“Las leyes “Three Strikes” (o esquemas de respuesta gradual) que pueden suspender el acceso a Internet sin un procedimiento justo e imparcial o sin una revisión judicial efectiva y dentro de unos márgenes de tiempo

³⁹³ En estos términos véase FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, p. 27, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016.

adecuado, ciertamente no se convertirán en una parte de la legislación Europea”.³⁹⁴

El hecho de una hipotética alianza entre los titulares de derechos de autor y los PSSI de Intermediación crearían una opción paralela para identificar a los internautas que utilizan las redes P2P para intercambiar ficheros con derechos de autor, el cual sería independiente del poder judicial de los Estados Miembro. Sin embargo, en Europa esta posibilidad tiene pocas posibilidades de éxito después del acuerdo al que se ha llegado al reformar el grupo de Directivas sobre las Telecomunicaciones que deben incluir una disposición que garantice “*el principio de presunción de inocencia y el derecho a la privacidad*”, así como el respeto a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.³⁹⁵

³⁹⁴ En este sentido véase BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, nº 3, 2011, p. 564. La autora destaca el contraste de la normativa de la UE, comparada con la legislación Estadounidense en la que el Artículo 512 i) de la DMCA permite que sea el PSSI de Intermediación de Acceso el que suspenda la suscripción a Internet de un suscriptor sin un procedimiento justo e imparcial, incluido el derecho a defenderse. Véase también UNIÓN EUROPEA, Nota de Prensa “*EU Telecoms Reform: 12 reforms to pave way for Stronger Consumer Rights, an Open Internet, a Single European Telecoms Market and High-Speed Internet Connections for all Citizens*” en *European Commission Press Release Database, Memo/09/513*, 20/Nov/2009, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-513_en.htm últ. vis 18/Dic/2016 (sólo disponible en inglés, francés y alemán). La Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding (“*European Commission Responsible for Information Society and Media*”) había declarado años antes en la Reunión Informal de Ministros en el Día Audiovisual Europeo que “*la subida y bajada de contenido ilícito ocupa una gran cantidad de ancho de banda provocando que los conductos que dan servicio a las conexiones de Internet vayan sobrecargados*”. En ese momento, 16 de Mayo de 2005, la Comisaria posiblemente tenía en mente que se pudiese llegar a implementar sistemas de respuesta gradual (infra 9.3.) de común acuerdo entre los titulares de derechos cinematográficos y los PSSI de Intermediación de Acceso para contrarrestar la distribución en línea de obras ilícitas disponibles en las redes P2P. Además la Comisaria Reding destacaba en el punto 3 de su discurso, el enorme problema que supone licenciar los derechos de películas porque los titulares de los distintos derechos de autor suelen ser muchas personas físicas y jurídicas a la vez; por lo que el gran desafío para explotar las películas en línea es poder licenciar los derechos de todos los titulares de este nuevo mercado, véase REDING, V., Nota de Prensa del Discurso de la Comisaria de la UE de Telecomunicaciones en la Reunión Informal de Ministros en el Día Audiovisual Europeo, 16 de Mayo de 2005, disponible sólo en inglés en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-282_n.htm?locale=en, últ. vis. 27/Oct/2016.

³⁹⁵ Véase en general HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma: Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012. En el mismo sentido, FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, pp. 56-57, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016. Los autores destacan que tras un acalorado debate, finalmente el 5 de Noviembre de 2009 se llegó a un acuerdo para reformar el paquete de Directivas de Telecomunicaciones sobre las medidas que deberán tomar los Estados Miembro en relación al acceso de los usuarios a los servicios y aplicaciones a través de las redes de comunicación electrónica. Vid. Propuesta de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas: 2002/21/CE sobre el Marco de Regulaciones Comunes para Servicios y Redes de Comunicación Electrónica; 2002/19/CE Sobre el Acceso a, y la Interconexión de, Servicios y Redes de Comunicación Electrónica; y 2002/20/CE sobre la Autorización de Servicios y Redes de Comunicación Electrónica, Documento del Parlamento Europeo (COM 697 rev1) (2007) sobre el Paquete de Reformas de las Telecomunicaciones.

c) El Nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2016 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 y por el que se Deroga la Directiva 95/46/CE (o Reglamento General de Protección de Datos Personales)

El 14 de Abril de 2016 La Unión Europea anunció la adopción de unas nuevas Normas sobre la Protección de Datos Personales en el que se ha creado el nuevo “derecho de portabilidad” en el que los usuarios podrán transferir sus datos e informaciones personales de un PSSI de Intermediación a otro de forma más simple y fácil. En este caso, al contrario que con el Reglamento 2015/2120 y las normas sobre la neutralidad de la Red de la FCC (supra 9.1.5 y 8.2.2.), la Unión Europea se ha adelantado medio año a los EE.UU. (supra 8.2.3.) en implementar una legislación sobre la privacidad de los datos intercambiados entre los usuarios en el ámbito digital. Asimismo, las nuevas regulaciones obligan a utilizar técnicas amigables y que ayuden a proteger la intimidad como, por ejemplo, que las aplicaciones protejan la información y que ésta este encriptada por diseño y por defecto, manteniendo por tanto obligatoriamente el anonimato de las comunicaciones.³⁹⁶

Estas nuevas normas han derogado la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de Octubre de 1995 relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos sustituyéndose por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de Abril de 2016 sobre la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de Esos Datos. Aunque este Reglamento ha entrado en vigor el 24 de Mayo de 2016, no será de aplicación en los Estados miembro hasta el 25 de Mayo de 2018.³⁹⁷

³⁹⁶ Declaración Conjunta de la Comisión Europea: Primer Vice-Presidente Frans Timmermans, Vice-Presidente responsable del Mercado Digital Único Andrus Ansip y del Comisario de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género Vera Jourová sobre la Adopción Final de las Nuevas Normas de Protección de Datos Personales, presentada el 14 de Abril de 2016. Nota de Prensa, disponible en la Base de Datos de las Notas de Prensa de la Comisión Europea, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-1403_en.htm Últ. vis. 3/Sept/2016.

³⁹⁷ Disponible en la página web del área de Justicia de la UE www.ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm últ. vis. 4/Sept/2016. En la misma fecha, también se ha publicado la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de Abril de 2016 relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales por parte de las

En cuanto al ámbito de aplicación material de este nuevo Reglamento que afecta por igual a todos los Estados miembro “*no se aplica al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención*” (Artículo 2, punto 2.d)) y el mismo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico 2000/31/CE, “*en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus artículos 12 a 15*” (Artículo 2, punto 4.). En otras palabras, los principios de exención de responsabilidad condicionada de los PSSI de Intermediación siguen totalmente vigentes y únicamente podrá desvelarse información protegida de datos personales en aquellos casos de índole penal solicitados por las autoridades competentes, no los de índole civil y mucho menos solicitados por partes privadas. Incluso, se crea un Comité Europeo de protección de datos independiente que gozará de personalidad jurídica y que estará compuesto por el director de una autoridad de control de cada Estado miembro y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, a cuyas reuniones y actividades podrá asistir la Comisión Europea aunque sin derecho a voto. Sus funciones serán garantizar la aplicación coherente del nuevo Reglamento.³⁹⁸

9.2. La Repercusión en un Estado Miembro de la Unión Europea de las Demandas Preparadas por las Industrias de Contenido en Contra de Todas las Empresas Tecnológicas que Desarrollaron el Protocolo “Peer-to-Peer” (“P2P”) Descentralizado de Segunda Generación “FastTrack”. Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda a Favor de KaZaA, B.V.

Tal como explicábamos en el punto 8.1.2.1., las industrias del entretenimiento a través de sus asociaciones presentaron demandas contra todas las empresas que utilizaban la nueva tecnología del protocolo P2P “*FastTrack*” y en concreto el 2 de Octubre de 2001 contra la empresa situada en Holanda, KaZaA BV., propiedad de Niklas Zennström, y cofundador de la misma, que más tarde

Autoridades Competentes para Fines de Prevención, Investigación, Detección y Enjuiciamiento de Infracciones Penales o de Ejecución de Sanciones Penales, y a la Libre Circulación de Dichos Datos. Esta Directiva que entró en vigor el 5 de Mayo de 2016, deberá ser traspuesta en las legislaciones de los Estados Miembro el 6 de Mayo de 2018 y además deroga la Decisión Marco 2008/977/JHA del Consejo.

³⁹⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de Abril de 2016, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), disponible en www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:119:TOC. Últ. vis. 2/Oct/2016.

también sería el desarrollador de Skype. En la demanda presentada por las Sociedades Holandesas de derechos musicales BUMA y STEMRA contra KAZAA BV³⁹⁹, el Tribunal Supremo de Holanda confirmó en Diciembre de 2003 la sentencia de Marzo de 2002 del Tribunal de Apelación de Amsterdam⁴⁰⁰ en el sentido de que los creadores de Kazaa no podían ser considerados responsables si los usuarios de la famosa aplicación P2P KaZaA infringían derechos de autor. En su decisión, el Tribunal Supremo Holandés citó sentencias internacionales, incluida la Sentencia “*Sony v. Universal*” del Tribunal Supremo de los EE.UU. de 1984, también conocida como caso Betamax, en la que se decía que los fabricantes de aparatos que también son utilizados para usos lícitos (en este caso Sony fabricaba grabadores de vídeo) no pueden considerarse responsables si los usuarios los utilizan para infringir derechos de autor. En ese momento, la decisión del Tribunal Supremo Holandés fue la primera a escala global que declaraba la legalidad de los protocolos P2P. Por desgracia para Kazaa BV., la confirmación del Tribunal Supremo llegó demasiado tarde, ya que la empresa de Amsterdam que introdujo Kazaa en el mercado ya había vendido una gran proporción de sus activos a la empresa Australiana llamada Sharman Networks que había sido constituida en la isla nación de Vanuatu en el Pacífico del Sur.⁴⁰¹

Sin duda, el desarrollador Niklas Zennström se precipitó al vender sus activos en la empresa Kazaa, aunque todos entendamos que actuase de ese modo después

³⁹⁹ Véase HR 19 December , 2003, NJ 2003, 548, m.nt. DWFV, (BUMA v. KAZAA), Nr. C02/186HR, Holanda, sólo disponible en holandés en <http://www.solv.nl/weblog/kazaa-is-legaal/685> El otro cofundador de KaZaA fue Janus Friis. Tras la sentencia, el abogado de KaZaA, Christiaan Alberdingk Thijm, declaró que el Tribunal Supremo había tomado una gran decisión y que era importante no sólo porque sentaba un precedente en Holanda, sino porque su impacto tendría repercusión internacional, en EVERS, J., “Dutch Supreme Court Rules Kazaa Legal” en *PCWorld.com*, 19 de Diciembre, 2003, disponible en <http://www.pcworld.com/article/113968/article.html> . Últ. vis. 10/Agosto/2016.

⁴⁰⁰ Véase la Sentencia en Apelación de BUMA & STEMRA v. Kazaa, Judgment Amsterdam Court of Appeal, 28 Marzo 2002, disponible en https://w2.eff.org/IP/P2PBUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html , últ. vis. 29/Jul/2016, el Tribunal de Apelación de Amsterdam se opuso a la sentencia de primera instancia y declaró que KaZaA no iba a ser considerada responsable por los actos de sus usuarios.

⁴⁰¹ En este sentido véase VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, pp. 45-46. Los autores destacan que en el año 2002, el tribunal de distrito Holandés ordenó a KaZaA que pusiese un aviso para prevenir a los usuarios de utilizar el protocolo para infringir derechos de autor. Además, dado el antecedente de Napster en el que sólo se intercambiaban obras musicales, no es de extrañar que los titulares de KaZaA tuviesen miedo por si eran condenados ya que no serían capaces de afrontar el pago de una posible condena por daños y perjuicios teniendo en cuenta que los usuarios, aparte de música, también podían intercambiar películas y programas de ordenador. Recordemos los mil millones de Dólares Estadounidenses que no fueron suficientes para llegar a un acuerdo judicial en el caso A&M Records, Inc. (RIAA) et al. v. Napster Inc. que sin duda era de menor escala que las infracciones realizadas con el protocolo FastTrack (KaZaA, Morpheus y Grokster). En similares términos, RIMMER, M. RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, pp- 106-107. También en EVERS, J., “Dutch Supreme Court Rules Kazaa Legal” en *PCWorld.com*, 19 de Diciembre, 2003, disponible en <http://www.pcworld.com/article/113968/article.html> . Últ. vis. 10/Agosto/2016 y WOODY, T., “The Race to Kill Kazaa” en *Wired Magazine*, Feb/01/2003, disponible en <http://www.wired.com/2003/02/kazaa/>. Últ. vis. 10/Agosto/2016.

del riesgo económico al que podía exponerse dependiendo del resultado judicial. Sin embargo, no se rindió y aprovechando los conocimientos adquiridos con el uso de protocolos P2P, los volvió a utilizar esta vez centrándose en una aplicación de video-telefonía a través de Internet. Otros lo habían intentado, también con tecnologías P2P, pero o bien no conseguían cierta calidad de voz o los servicios eran difíciles de usar por parte de los usuarios. Contrató junto con su socio Janus Friis al equipo de programadores de Estonia que ya les ayudó con el desarrollo de Kazaa. Consideraron que eran objetivo básicos conseguir una transmisión de voz de calidad y que fuese fácil de instalar y de usar. Además de conseguirlo, pudieron ofrecer el servicio gratuitamente y cobrar únicamente por servicios especiales, ya que sólo les costaba la octava parte de un céntimo de Euro conectar un nuevo cliente. Enseguida la aplicación se volvió viral y al ser una aplicación de propiedad únicamente funcionaba entre dos usuarios que tuviesen descargada la aplicación. Por tanto, Skype fue un éxito y Niklas Zennström ya no tuvo que preocuparse de las poderosas organizaciones de las industrias de contenido.⁴⁰²

9.3. La Implementación de Esquemas de Respuesta Gradual en Ciertos Estados Miembro de la Unión Europea.

Después de decidir en el año 2008 no llevar a cabo una política de persecución directa contra los usuarios en los EE.UU., las organizaciones de las grandes industrias de contenido musical han intentado a escala global que los PSSI de Intermediación adopten un rol activo en la regulación del comportamiento de sus usuarios y apliquen directamente sanciones cuando existan alegaciones de que los usuarios han infringido derechos de autor. Las actividades de este rol activo por parte de los PSSI de Intermediación pueden consistir desde enviar notificaciones a los suscriptores infractores, hasta realizar un trabajo de control del tráfico que llega o parte de sus usuarios, incluso enlentecer el tráfico de los usuarios infractores o bloquear el acceso a ciertos sitios web y, en algún caso, suspender la conexión del acceso a la Red. Estos regímenes de cooperación llamados genéricamente “esquemas de respuesta gradual” pueden ser llevados a término al menos de tres formas distintas. La primera consiste en que ciertos intermediarios acceden a colaborar de forma voluntaria sin la aparente presión legal de los Estados o los tribunales. Este ha sido el caso Estadounidense, aunque es conocido que las negociaciones se han llevado a cabo bajo

⁴⁰² Véase en estos términos SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010, p. 314-315. Según la autora al disponer los desarrolladores de experiencias más amplias y diversas pueden mejorar la calidad de los resultados ya que Skype no era la primera aplicación de video-telefonía de Internet que se desarrollaba, ni era el primero basado en una arquitectura P2P, pero la experiencia que adquirieron con Kazaa y el enfoque de mejorar la calidad de la voz y la facilidad de uso, les permitió superar la calidad de las otras aplicaciones y ofrecer el servicio gratuitamente. En el mismo sentido, RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007, p. 106.

supervisión de la Casa Blanca (supra 8.1.5.b)). El segundo consiste en un acuerdo extrajudicial tomado cuando ha existido una demanda por parte de una organización que representa a titulares de los derechos de autor, como ha ocurrido en Irlanda, y, el tercero, por imposición legislativa, como el que ha tenido lugar en Francia con la ley HADOPI.⁴⁰³ Todos ellos son ejemplos que analizaremos en profundidad, y además, los dos ejemplos de la Unión Europea representan un interesante contraste de sistemas de implementación dentro del Mercado Único sin establecer un sistema generalizado de filtrado de comunicaciones electrónicas por parte de los PSSI de Intermediación de Acceso que, sin duda, representaría el santo grial para las industrias de contenido y, desde nuestro punto de vista, el desarrollo potencial más problemático para la privacidad de las comunicaciones de los Internautas.

De otra parte, en el año 2009 el Parlamento de la Unión Europea tuvo que establecer en relación a la posible implementación por parte de sus Estados miembro de esquemas de respuesta gradual por parte de PSSI de intermediación que ofrecen servicios de ancho de banda que sólo sería legítimo si se imponen de forma apropiada, proporcionada y de una forma considerada necesaria en una sociedad democrática incluyéndolo en la reforma que realizó de las Directivas sobre las Telecomunicaciones que se llevó a cabo en la fecha indicada (supra 9.1.7.b)).⁴⁰⁴

⁴⁰³ En este sentido véase EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, pp. 25-27. En similares términos, SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en Vol. 126 en *Harvard Law Review*, 2013, p. 753. También véase en general, BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, issue 1, 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059> Últ. vis. 16/Ene/2017. YU, P.K., “The Graduated Response” en *Florida Law Review*, vol. 62, Drake University Law School Research Paper No. 11-19, 2010, pp. 1373-1430. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1579782> Últ. vis. 17/Ene/2017.

⁴⁰⁴ Véase la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de Noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, OJ L 337/37, 18.12.2009, También en este sentido véase en general, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma: Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, en el que la autora realiza una espléndida exposición del crucial debate político que tuvo lugar en el seno del Parlamento de la Unión Europea sobre las responsabilidades que debían asumir los PSSI de intermediación de acceso en relación a la presunta vulneración de los derechos de autor por parte de sus usuarios según los grupos de presión defensores de los intereses de ciertos titulares de derechos. Estos grupos de presión intentaron utilizar la nueva redacción de la Directiva sobre Telecomunicaciones para obligar a los PSSI de intermediación de ancho de banda a desconectar a usuarios de Internet a través de esquemas de respuesta gradual. Los miembros del Parlamento reaccionaron defendiendo el derecho fundamental a un juicio justo. Este libro expone la relación que existió entre las telecomunicaciones, los derechos de autor y los procesos judiciales. Tal como se especifica en la página 131, la asociación “*Creative and Media Business Alliance* (CMBA) donde están representadas asociaciones industriales cinematográficas, musicales y de los medios de comunicación, incluyendo la “*Motion Picture Association*” (MPA) y la “*International Federation of Phonographic Industries* (IFPI), Mediaset, Canal +, Lagardere y Reed Elsevier (las dos últimas editoriales), preparó un documento en el que especificaba que su objetivo era que los PSSI de intermediación que ofrecían servicios de banda ancha debían ser

9.3.1. Ejemplo de Esquema Público de Respuesta Gradual. Francia: La Ley HADOPI o la Intención Política de que los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso Realicen Mil Suspensiones Diarias de Internet a Usuarios de Redes P2P. Obligación de Escrutinio Judicial Tras el Fallo del Tribunal Constitucional.

La evidencia demuestra que el Gobierno Francés y los PSSI de Intermediación de Acceso han asumido prácticamente todo el coste de implementar la Ley HADOPI. A finales del verano del año 2012, se hablaba de un gasto por parte del gobierno de decenas de millones de Euros. No parecen existir cifras del coste por la implementación del esquema por parte de los PSSI de Intermediación de Acceso y parecen existir informaciones de que la Agencia Hadopi tenía la obligación legal de asumir dichos costes. Sin embargo, parece que los PSSI de Intermediación han informado de que nunca se les ha abonado ninguna compensación por este concepto. De otra parte, los propietarios de los derechos de autor, a pesar de no tener ninguna obligación de intervenir en la administración económica del esquema o de enviar notificaciones, sí que pagaban y llevaban a cabo investigaciones sobre las que se basaban las notificaciones enviadas a la agencia Hadopi tal como explicamos más adelante.⁴⁰⁵

La primera mención al esquema de la respuesta gradual en Francia fue realizada por un informe del Alto Consejo de Propiedad Literaria y Artística en el año 2004 en el que recomendaba implementar un sistema en el que los PSSI de

considerados responsables de implementar las normativas de los derechos de autor, suspendiendo el acceso o terminando las suscripciones de los usuarios de Internet que utilizan redes P2P para descargar contenido, por lo que debían de mantener una vigilancia continua sobre todo el contenido que intercambiamos los usuarios. En similares términos, FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, pp. 56-57, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016.

⁴⁰⁵ En este sentido véase GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol, 37, 2014, pp. 155-156. La autora referencia artículos muy reveladores en cuanto a los altos costes de implementación por la administración del esquema de la Ley Hadopi y la completa falta de cooperación económica que reciben los PSSI de Intermediación de acceso, los cuales pueden ser consultados en: BYRNE, S., “French Illegal Downloads Agency Hadopi May be Abolished” en *CNET Australia*, 6 de Agosto, 2012, disponible en <http://m.cnet.com.au/french-illegal-downloads-agency-hadopi-may-be-abolished-339341011.html> ; últ. vis. 23/Jul/2016. LAURENT, A., “Hadopi: 12 Million Euros Budget for 2011” en *Clubic*, 30 de Septiembre, 2010, <http://pro.clubic.com/legislation-loi-internet/hadopi/acualite-369364-hadopi-12-budget-2011.html>; últ. vis. 27/Jun/2016, LAURENT, A., “Battle of the Costs of Strikes New Zealander” en *TECHTEAM*, 2012, disponible en <http://tech.techteam.gr/battle-of-the-costs-of-strikes-new-zealander/1324>; últ. vis. 27/Jun/2016 y LAURENT, A., “French ISPs Demand Compensation for Hadopi Cooperation” en *TELECOMPAPER*, 12 de Agosto, 2010, en <http://www.telecompaper.com/news/french-isps-demand-compensation-for-hadopi-cooperation>. Últ. vis. 27/Jun/2016.

Intermediación mandaran notificaciones a los usuarios sospechosos de infringir derechos de autor, tras los cuales se impondría una multa. Para cumplir con la Directiva sobre los Derechos de Autor 2001/29/CE, el Estado Francés reformó su ley de derechos de autor en el año 2006 y no hizo ninguna mención a este sistema. Los titulares de derechos de autor siguieron insistiendo y encontraron a su mayor aliado en el entonces Presidente de la República, Sr. Nicolás Sarkozy, tras conocer a la que más tarde sería su esposa, Carla Bruni. El Presidente nombró la comisión “*Olivennes*” para desarrollar un esquema de respuesta gradual entre los PSSI de intermediación de acceso y los titulares de derechos en Francia. A finales del año 2007 la Comisión recomendó la creación de una Agencia administrativa para supervisar el sistema de avisos y sanciones para aquellos infractores que persistieran en su conducta. La Ley que implementó el sistema de respuesta gradual en este país se conoce como HADOPI, que son las siglas de “*Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*” (Alta Autoridad para la Diseminación de Obras y la Protección de Derechos en Internet). Este mismo término se utilizó para referir la Ley, así como a la Agencia encargada de implementar su administración. En una primera edición de la Ley, ésta Agencia administrativa debía ser la responsable de emitir las notificaciones a los supuestos infractores y tener la competencia de suspender el acceso a Internet hasta un máximo de 12 meses si la conducta continuaba. Sin embargo, esta primera propuesta fue rechazada por el “*Conseil Constitutionnel*” (Tribunal Constitucional) del país al concluir que únicamente un juez, no una agencia administrativa, podía tener la potestad de suspender y poner fin al acceso a Internet de un usuario, por lo que, de hecho, se implementó una segunda versión de la misma.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ En este sentido véase BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23:1, 2012, pp. 18-20, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. Según la autora la primera versión de la ley HADOPI disponía de muchos detractores, entre ellos la propia Unión Europea sobre todo en relación a la privacidad y a la falta de un procedimiento debido, por lo que se cuestionó su constitucionalidad ante el “*Conseil Constitutionnel*” consultable en REARDON, M., “*France Ignores EU and Passes Antipiracy Law*” en *CNET News*, 12 Mayo 2009, en http://news.cnet.com/8301-1023_3-10238912-93.html, últ. vis. 26/Julio/2016. Véase la misma en “*Conseil Constitutionnel*”, decision No. 2009-508DC, 10 Juin, 2009, J.O. 9675, France, disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf, últ. vis. 14/Jul/2016. Repercusión de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional sobre la precursora a la ley HADOPI definitiva, también conocida como DADVSI En los mismos términos, MARTINET, B., “*Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches*”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 159-161. La autora destaca las reservas sobre la Ley (Ley nº 2009-669 de 12 de Junio de 2009) que alegaban diversas organizaciones de consumidores, de libertad de expresión y los PSSI de Intermediación, entre las que destacan: a) la posibilidad de error técnico al identificar la dirección IP, b) el control generalizado de la actividad de los usuarios representa una seria amenaza a los derechos fundamentales de privacidad y libertad de expresión, c) la suspensión del acceso a Internet contradecía el principio de proporcionalidad y otros derechos fundamentales como el acceso a la información, la inclusión social en un mundo cada vez más digitalizado, d) la utilización de la dirección IP de un suscriptor de forma ilícita por otro internauta, etc. También, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 83-95. GEIGER, C., “*Honourable Attempt but*

En el año 2010 entró en vigor la Ley HADOPI revisada después de emitir su dictamen el “*Conseil Constitutionnel*”. La segunda versión de la Ley funcionaba del siguiente modo. Los titulares de derechos de autor que así lo acreditaban, presentaban ante la Agencia Hadopi las infracciones detectadas con alegaciones. Una vez revisadas tanto la acreditación como las alegaciones por la Comisión de Defensa de Derechos, una entidad autónoma dentro de la Agencia Hadopi que era la encargada de implementar el sistema de respuesta gradual, identificaba al titular de la dirección IP solicitando los datos de los mismos a los PSSI de Intermediación de acceso. Es importante resaltar que la identidad del suscriptor no era comunicada a los titulares de derechos. Dentro de un plazo no superior a dos meses, la Comisión podía decidir ponerse en contacto con el usuario a través de su PSSI de Intermediación informando que el acceso a Internet no puede ser utilizado para infringir derechos de autor, explicando sus consecuencias, informando de las opciones legítimas para obtener los contenidos y alertando al usuario de las consecuencias si continuaba vulnerando derechos de autor. Si en los seis meses siguientes, el mismo usuario realizaba una segunda infracción, entonces la Comisión enviaba una segunda notificación en los mismos términos esta vez por e-mail y por correo certificado. Si en los doce meses siguientes a la segunda notificación, la Agencia Hadopi recibía una nueva alegación por parte de los titulares de derechos, entonces la Comisión investigaba el tema y preparaba un informe para el Fiscal en caso de aconsejar la suspensión del servicio del usuario, y un juez determinaba si se debía imponer una sanción o no, y en caso positivo, de qué tipo debía ser.⁴⁰⁷

(Ultimately) Disproportionately Offensive Against Peer-to-Peer on the Internet (HADOPI). A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France” en 42 (4) *International Review on Intellectual Property & Competition*, 2011, pp. 458-465. En su artículo, el autor menciona la precursora a la ley HADOPI, llamada DADVSI. Se cumplió con la decisión del “*Conseil Constitutionnel*” decisión No. 2009-590DC, 22/Oct/2009 disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf últ. vis. 15/Jul/2016, sin modificar la primera ley, únicamente reconfigurando el sistema para incluir un procedimiento legal acelerado supervisado por un juez que tendrá autoridad de imponer una sanción de acceso a la Red sin un procedimiento, aunque el suscriptor tendrá el derecho de presentar una apelación en el caso de que un juez decida suspender su acceso. Este procedimiento legal acelerado que modificó la Ley HADOPI está disponible en la Ley 2ac009-1311 de 28 de Octubre de 2009 relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet en *Journal Officiel de la République Française* del 29 de Octubre de 2009, p. 18290.

⁴⁰⁷ En este sentido véase STROWEL, A., “The Graduated Response In France: Is it a Good Reply to Online Copyright Infringements?” en editora STAMATOUDI, I.A. *Copyright Enforcement and the Internet*, ed. Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2010, pp. 148-151. En los mismos términos MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, p. 159. BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23:1, 2012, pp. 19-20, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. Este procedimiento también está representado en la página web informativa de Hadopi en http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/images/Schema_Reponse_Graduee_0.png Últ. vis. 12/Jul/2016. Los autores destacan que la agencia Hadopi en realidad actuaba de intermediaria no sólo entre los titulares de derechos y los PSSI de intermediación de acceso, sino también entre los dos primeros y los usuarios de Internet.

Antes de la implementación de la ley HADOPI, el Ministro de Cultura informó del enorme impacto que tendría la nueva Ley sobre las prácticas de intercambio de archivos en las redes P2P, mencionando hasta mil desconexiones diarias. Durante los años que estuvo implementada sólo cuatro casos llegaron a juicio y una proporción muy pequeña de aquellos que recibieron una primera o una segunda notificación, llegaron a recibir la tercera. De los 4 casos que llegaron a juicio después de tres años de funcionamiento de la Ley, a uno de ellos el juez decidió no ponerle ninguna sanción porque el afectado no entendía la naturaleza de las acusaciones, a otro se le puso una multa de 150 Euros por descargarse su ex mujer la canción “Rude Boy” de Rihanna (propiedad de Universal). El tercero fue absuelto por una irregularidad en el procedimiento ya que la notificación fue enviada demasiado tarde después de que la infracción tuviese lugar. El cuarto caso había infringido los derechos de dos canciones, una de Rohff (Warner Music) y otra de Collectif Metissé (Universal), y es el único caso en el que el juez sentenció que el usuario fuese desconectado durante 15 días, además de imponerle 600 Euros de multa, ya que éste acusado no se presentó al juicio. Curiosamente en ninguno de los cuatro casos se pudo demostrar que el actual titular del acceso a Internet fue el que cometiese la infracción.⁴⁰⁸

El 1 de Diciembre de 2011, después de 14 meses de estar en funcionamiento el esquema HADOPI se habían enviado más de 750,000 primeras notificaciones. De aquellos suscriptores que recibieron la primera notificación, un 95% no recibieron la segunda, de aquellos que recibieron la segunda, un 92% no recibieron una tercera y de aquellos que recibieron la tercera, un 98% no volvieron a ser detectados como infractores. Este mismo informe oficial⁴⁰⁹ cita que durante el año 2011 se produjo una reducción del uso en las redes P2P para el intercambio ilícito del 43% en Francia y atribuye este éxito a la implementación del esquema de respuesta gradual. Sin embargo, este argumento pierde fuerza ya que esta variación en las cifras pueden igualmente ser atribuidas a la emigración hacia otras actividades ilícitas como las descargas directas de archivos (Supra 4.1.) y el “streaming” (Supra 4.2), ambas distintas al uso de redes P2P y que el sistema Hadopi no está suficientemente equipado para detectar y mitigar. Otra explicación plausible es que los usuarios de redes P2P han encriptado sus transmisiones

⁴⁰⁸ Véase en este sentido MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp.160-161 y GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 157-158. Ambas autoras llegan a la misma conclusión de que sin duda los casos más severos de infracción no salen a la luz porque los usuarios buscan métodos alternativos para no ser detectados por la tecnología utilizada por los titulares de derechos para identificarlos, aunque utilizando cifras distintas a causa de las diferentes fechas en las que han finalizado sus respectivos trabajos. Las primeras notificaciones a los usuarios tras la implementación de la Ley HADOPI fueron enviadas en Septiembre de 2010.

⁴⁰⁹ Análisis de datos tras un año y medio de implementación, disponible en la página oficial del esquema Hadopi. En concreto esta información está disponible en http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/note17_en.pdf Últ. vis. 12/Jul/2016.

(Supra 1.1.2.4.) o bien se han conectado a redes privadas virtuales a las que no se puede tener acceso si no estás invitado por uno de sus miembros.⁴¹⁰

Al llegar al poder el nuevo Presidente de la República, Sr. François Hollande, solicitó un informe a Pierre Lescure, CEO de Canal+, sobre la política cultural. Este informe debía incluir un análisis del rol que debía seguir desempeñando HADOPI en el futuro. El informe Lescure concluía que la ley HADOPI implementada en el año 2010 no había conseguido sus objetivos. El informe destacaba de que a pesar de que se había conseguido una cierta reducción de las vulneraciones de los derechos de autor y conexos a través de las redes P2P, el tráfico se había desviado hacia otros tipos de fuentes vulneradoras no detectables por las tecnologías utilizadas, como la identificación de la dirección IP infractora que utilizan los titulares de derechos de autor para detectar las descargas de sus obras, por lo que ese segundo grupo de infractores no se podían identificar bajo el actual sistema de control. Por todo ello, el informe recomendaba abolir la agencia Hadopi y trasladar sus responsabilidades a otra institución francesa (CSA) que refuerce los aspectos pedagógicos del esquema para sensibilizar a la población, reducir las posibles multas por infracción a 60 Euros y eliminar la suspensión de la conexión del usuario de Internet como sanción. El 8 de Julio de 2013 el gobierno francés aprobó un nuevo Decreto Ley suprimiendo la sanción adicional de suspender el acceso al servicio de comunicación en el caso de infringir derechos de autor por el intercambio de ficheros entre usuarios sin ánimo comercial, como había solicitado la Unión Europea incluso antes de la implementación de la ley, aunque sí mantenía la multa máxima de 1500 Euros.⁴¹¹

⁴¹⁰ En este sentido véase HORTEN, M., “Hadopi – Has it Massaged the Numbers?” en *IPTEgrity.com Blog*, 31/Mar/2012 disponible en <http://www.iptegrity.com/index.php/france/755-hadopi-has-it-massaged-the-numbers> Últ. vis. 26/Jul/2016. La autora también cita que *France Telecom* notó un notable aumento de tráfico encriptado después del primer envío de notificaciones Hadopi. El periódico *New York Times* también se hace eco de la emigración del sistema de redes P2P en Francia por parte de los usuarios explicando el mayor uso de redes virtuales privadas y de navegación anónima (Supra 1.1.2.3.) tras la implementación de Hadopi, en PFANNER, E., “Copyright Cheats Face the Music in France” en *N.Y: Times*, 19/Feb/2012, https://www.nytimes.com/2012/02/20/technology/20iht-piracy2.html?_r=1. Últ. vis. 26/7/2016.

⁴¹¹ Véase GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 154-156. La autora explica que a pesar de que el esquema HADOPI no se había diseñado para controlar únicamente a los infractores que utilizaban el sistema de redes P2P, lo cierto es que este ha sido el resultado real ya que esta tecnología no puede monitorizar los sitios web de descarga directa y de “streaming” referidos en el Capítulo II de nuestro trabajo (supra 4.1. y 4.2.). Asimismo, es interesante consultar el propio informe, LESCURE, P., “Acte II de l’exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique” en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016. Pierre Lescure especifica claramente en la página 40 de su informe que el objetivo de este sistema de respuesta gradual era eliminar la posibilidad de que los particulares pudiesen descargarse obras a través de las redes P2P con sanciones potencialmente muy elevadas, cuando el objetivo debía ser un proceso pedagógico para los internautas que utilizan los accesos a Internet. Desde la página 373 a la 384 se especifica las recomendaciones en profundidad con el objetivo final de encuadrar la sensibilización de la población a respetar los derechos de autor con otras prácticas culturales en línea como la educación artística, la cultural y la de los medios de comunicación. La Ley que anuló la posibilidad de suprimir el acceso a Internet de los suscriptores fue el “*Decret 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l’accès à un service de communication*” (Decreto

Existía un enorme interés en analizar si el uso de un esquema de respuesta gradual como el de Hadopi podía tener un impacto en cambiar el comportamiento del consumidor aumentando la demanda de contenido musical a través del mercado legítimo. Posiblemente uno de los estudios académicos más serios al respecto, subvencionado por la IFPI y basándose en las ventas de las cuatro grandes marcas musicales (EMI, Sony, Universal y Warner) sea el del economista Norteamericano Brett Danaher y sus colegas⁴¹² que encontró un aumento del 25% entre las ventas de álbumes de música por la vía lícita de iTunes en Francia comparado con un grupo control de países Europeos seleccionados, después de que las primeras notificaciones tras la implementación de la Ley HADOPI fueran enviadas. Sin embargo, la metodología de este estudio ha sido criticada por el periódico “*Le Monde*” que realizó un estudio paralelo en el que reconociendo que iTunes es la fuente dominante para la adquisición de contenido legal para los móviles iPhone, el aumento de las ventas en iTunes fue debida al periodo vacacional y a la venta de nuevos modelos de iPhones. Los autores del artículo en “*Le Monde*” concluyeron que las ventas de iTunes en Francia fueron mayores porque el interés en Francia por los iPhones fue superior que en los otros países seleccionados para el grupo control. Los autores del informe Danaher contestaron, tras realizar su propio análisis, que las búsquedas de la palabra iPhone en Francia no diferían del grupo control Europeo. Sea como fuere, lo cierto es que el Informe Lescure concluyó que a pesar de que el uso de redes P2P había disminuido, el consumo de contenido se desvió hacia otros sistemas ilícitos, en lugar de hacia el mercado legítimo en línea. Por ello, recomendó abandonar el esquema de respuesta gradual en Francia contra los usuarios sin ánimo comercial.⁴¹³

2013-596 de 8 de Julio de 2013 relativa a la supresión de la sanción de suspensión del acceso a un servicio de comunicación) en *Journal Officiel de La République Française*, 9 de Julio de 2013, p. 11428.

⁴¹² DANAHER, B., et al., “The Effect of Graduated Response Anti-Piracy Laws on Music Sales: Evidence from an Event Study in France” en *Journal of Industrial Economics*, 13 de Julio de 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989240 Ult. vis. 18 Julio 2016. Según este estudio el mayor conocimiento de la problemática de intercambio ilícito de archivos entre usuarios a causa de publicidad de Hadopi había influido en los consumidores franceses para comprar más música legalmente a través de iTunes.

⁴¹³ En este sentido véase BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23:1, 2012, p. 22, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 17/Ene/2017. En los mismos términos, GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 194-199. La autora destaca que durante los años de implementación de la ley HADOPI las ventas de música experimentaron reducciones en Francia comparado con años anteriores. Además France Telecom reportó un aumento espectacular del tráfico de “*streaming*” (descrito en Supra 4.2) y un marcado incremento de los niveles de tráfico encriptado (Supra 1.1.2.d) por Internet tras la implementación de la ley HADOPI. En el mismo sentido, un artículo del periódico *Le Figaro* cita un 29% de aumento hacia la descarga directa de archivos y el streaming ilícito desde que la Agencia Hadopi empezó a enviar notificaciones a los usuarios de redes P2P, disponible en: FERRAN, B., “Le Bilan Contrasté de l’Action de Hadopi” en *Le Figaro* 28/Mar/2012, <http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/03/27/01007-20120327ARTFIG00670-le-bilan-contrastee-de-l-action-de-hadopi.php> últ. vis. 30/May/2016. En el mismo sentido que el Informe Lescure, se pronuncia otro estudio: ARNOLD, M., DARMON, E., DEJEAN, S., et PENARD, T., “Graduated Response Policy and the Behaviour of Digital Pirates: Evidence from the French Three-Strike (Hadopi) Law”, 28 Mayo 2014, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2380522> , últ. vis. 24/May/2016, en el que los autores concluyen que la

9.3.2. Ejemplo de Esquema Privado de Respuesta Gradual. Irlanda: El Esquema “Three Strikes” o el Acuerdo Privado entre una Asociación de la Industria Musical y el mayor Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso del País

En el año 2010 se concluyó un acuerdo privado y confidencial entre el mayor PSSI de Intermediación de Acceso del país, llamado EIRCOM, y la Asociación Musical Irlandesa IRMA (“*EMI Records (Ireland)*”) para poner en práctica un sistema de respuesta gradual con sanción después de tres notificaciones, cuyos costes iban a cargo del PSSI de Intermediación de Acceso. Se llegó a este acuerdo porque IRMA había demandado a EIRCOM y después de ocho días de juicio la Asociación de la industria musical intentó que el PSSI de Intermediación de Acceso instalase una tecnología de filtrado para bloquear las infracciones de las cuatro marcas musicales a las que representaba (EMI, Sony, Universal y Warner) que tenían lugar a través de su red. Antes de que el Tribunal emitiese una sentencia, ambas partes decidieron llegar a un acuerdo. Bajo el esquema acordado, la primera sanción sería de un corte en la conexión de acceso durante siete días y, en caso de reincidencia, la segunda sanción consistiría en la suspensión del acceso durante un año. Los demás PSSI de Intermediación del país se negaron a cooperar en este esquema.⁴¹⁴ Sin embargo, a pesar de ser un acuerdo extrajudicial privado, afectando a 2,6 millones de suscriptores del país, en nuestra opinión este acuerdo tiene rango de ley.

implementación del esquema de respuesta gradual Francés no redujo el intercambio de ficheros en las redes P2P, por lo que tampoco están de acuerdo con el informe Danaher estadounidense.

⁴¹⁴ En estos términos BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23:1, 2012, pp. 23-24, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene2017. En otro caso contra otro PSSI de Intermediación de acceso en el que IRMA quería implementar otro sistema de respuesta gradual, concretamente la sentencia *EMI Records (Ireland) v. UPC Communications Ireland*, High Court of Ireland IEHC, 2010, 377, el juez Justice Charleton sentenció que los PSSI de Intermediación Irlandeses, con la legislación del país en ese momento, no tenían la obligación jurídica de implementar un esquema de respuesta gradual similar al aceptado por Eircom, ya que éste era un acuerdo privado entre dos partes. Sin embargo, el 29 de Febrero de 2012, se reformó la ley de los derechos de autor Irlandesa para cumplir con el Artículo 8.3. de la DDASI que asegura a los titulares de derechos de autor la posibilidad de pedir medidas cautelares contra aquellos intermediarios cuyos servicios son utilizados por los usuarios de la Red para vulnerar sus derechos. Esta reforma se llevó a cabo en contra de un clamor popular cuyo proyecto de ley había sido inapropiadamente denominada la “SOPA Irlandesa” en referencia a la tentativa legislativa Estadounidense (Supra 8.3.3.). Véase en el mismo sentido, SUZOR, N., et FITZGERALD, B., “The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law” en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 34, issue 1, 2011, pp. 4-5. McINTYRE, T.J., “Three Strikes for Ireland – Eircom, music industry settle filtering case” en *IT Law in Ireland (blog)*, 29 Enero 2009, disponible en <http://www.tjmcintyre.com/2009/01/three-strikes-for-ireland-eircom-music.html> Últ. vis. 28/May/2016. MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability...”, op.cit., pp. 168-169. GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” ..., op.cit., pp. 171-175.

La implementación de este esquema no estuvo exenta de polémica. Sin embargo, a pesar de ser un acuerdo extrajudicial privado, en principio, tras la oposición del Comisionado de Protección de Datos Irlandés, el Alto Tribunal dio el visto bueno al acuerdo aceptado por EIRCOM en cuanto que, por un lado otorgaba una medida cautelar a EMI de bloqueo permanente de la página web “*The Pirate Bay*”⁴¹⁵ y, por otro, consideraba que los datos de los suscriptores se mantenían protegidos bajo el esquema, además de que el mismo no representaba una medida desproporcionada al desconectar la conexión a Internet de los suscriptores (EMI Records et al. v. Eircom, High Court of England, IEHC, 2010, 108). Sin embargo la privacidad de los usuarios se volvió a poner en duda a causa de un error técnico del reloj que registraba a qué horas se descargaban los contenidos, 391 usuarios fueron incorrectamente identificados como infractores y recibieron una notificación. Por ello, en Enero de 2012, el Comisionado de Protección de Datos Irlandés anunció una investigación tan sólo 6 meses después de la implementación del acuerdo, ordenando a EIRCOM por motivos de privacidad y de protección de datos, a dejar de suspender el acceso a Internet de sus suscriptores. Esta decisión fue revocada por el juez irlandés, Mr. Justice Charleton, en Julio de 2012, por considerar que el Comisionado no había fundamentado razones suficientes determinando qué artículos concretos de la ley eran contradictorios al protocolo empleado, por lo que el esquema se volvió a poner en marcha (EMI Records Ireland v. Data Protection Commissioner, High Court of Ireland IEHC, 2012, 264). Por su parte, en Julio de 2013, el Tribunal Supremo de Irlanda también revocó la decisión del Comisionado de Protección de Datos Irlandés (EMI Records Irlanda v. The Data Protection Commissioner, 2013, IESC).⁴¹⁶

⁴¹⁵ “*The Pirate Bay*” es un sitio de Internet, cuya página web originariamente se alojaba en Suecia, que almacena enlaces que permite que los usuarios intercambien archivos que contienen obras y prestaciones protegidas por derechos de autor a través del protocolo P2P BitTorrent. El usuario que entra en la página únicamente debe buscar la obra que le interesa en la base de datos de enlaces y activar el enlace que la página web ofrece. Una vez activado, comienza la descarga desde varios usuarios de redes P2P que utilizan el protocolo BitTorrent. En este caso Irlandés, el PSSI de Intermediación EIRCOM implementa una medida cautelar, pero en otros países Europeos también se ha solicitado judicialmente a PSSI de Intermediación que bloqueen el acceso de sus Suscriptores a este sitio.

⁴¹⁶ Véase LESCURE, P., “Acte II de l’exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique” en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, p. 362, disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016. En los mismos términos, EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries ...*, op. cit., pp. 32-33, GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response”..., op. cit., pp. 171-175, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability...”, op.cit., pp. 168-169. En la sentencia “EMI Records et al. v. Eircom” del año 2010, el juez Justice Charleton argumentaba que la desconexión de Internet era, sin duda, una “sanción muy seria” aunque consideraba que no aislaría a las personas completamente de tener la posibilidad de utilizarlo ya que todas las localidades Irlandesas tenían en su centro servicios de conexión a Internet por un euro y mediola hora. Esta opción, sin duda, muestra una baja consideración por la posibilidad de disponer de la conexión en el propio domicilio, ya que el ancho de banda permanente ha producido un cambio fundamental en la forma en la que las personas acceden a la información. El obligar a las personas a tenerse que desplazar de su hábitat habitual no sólo modifica la facilidad de acceso sino también la forma en la que se debe acceder a la Red. Tal medida obliga a los estudiantes a desplazarse con sus libros de texto y materiales al lugar donde está la conexión, a aquellas personas que trabajan desde casa a cambiar la ubicación de su oficina, a las familias a trasladar toda la documentación

Los investigadores hemos podido obtener información de cómo funcionaba el protocolo del acuerdo privado entre EMI y Eircom a través de la decisión del Alto Tribunal (EMI Records et al. v. Eircom, High Court of England, IEHC, 2010, 108) y de informaciones publicadas en la página web de Eircom. Bajo el acuerdo, las tres firmas musicales de EMI son las responsables de presentar las alegaciones por infracción, para lo que ha contratado a la empresa DtecNet, responsable de monitorizar las redes P2P en su nombre. Cuando detecta un fichero de música de uno de sus clientes, Sony, Universal o Warner, entonces DtecNet solicita el fichero y lo copia en su ordenador. Es parte integral del proceso obtener la información básica desde donde el fichero es transmitido: el pseudónimo del usuario, su dirección IP, así como la hora, la fecha y la identificación del contenido vulnerado. Si la dirección IP asociada es un usuario de Eircom, el PSSI de Intermediación recibe la alegación y Eircom la envía dentro del mismo sobre en la que envía la factura mensual al cliente. Entonces DtecNet concede un periodo de gracia de 14 días y si después de este periodo, vuelve a detectar otra infracción, repite el proceso y ésta vez Eircom envía una carta formal al respecto. Si después de otro periodo de gracia de 14 días vuelve a existir otra infracción, según el Alto Tribunal, los empleados de Eircom “revisarán todas las pruebas” y entonces enviarán una tercera notificación conforme el acceso será suspendido. Las dos primeras notificaciones se generan automáticamente, mientras que la tercera necesita supervisión humana. Según el Alto Tribunal, el usuario tiene la oportunidad de justificar el motivo por el que no se le debe imponer la sanción o presentar pruebas conforme la infracción no ha sido cometida tal y como se especifica. Por último, desde que el programa se implementó de forma permanente en Octubre de 2010, el máximo representante de EMI en Irlanda le confirmó al Ministro de Investigación e Innovación de Irlanda a finales de Diciembre de 2011 que se habían enviado 29000 notificaciones, a 100 suscriptores se les había suspendido el acceso durante una semana y únicamente 12 clientes iban a ser suspendidos durante un año.⁴¹⁷

financiera y recibos para permitirles completar sus declaraciones de la renta u obliga a los involucrados a consultar información muy personal de resultados médicos en terminales públicas. También en este último sentido, véase SUZOR, N., et FITZGERALD, B., “The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law” en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 34, issue 1, 2011, p. 10.

⁴¹⁷ En este sentido véase GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response”..., op. cit, p. 173. La autora mantuvo una conversación telefónica con Paul Bradley, “Director of Corporate Affairs” (Director de Temas Corporativos) de EIRCOM el 7 de Septiembre de 2012 en la que le confirmó que ellos no investigaban las alegaciones, sino que simplemente tomaban la dirección IP que les transmitían, identificaban al usuario en cuestión y enviaban las notificaciones que correspondían. Por otro lado, el Sr. Bradley también confirmó que no existía posibilidad de réplica por parte del usuario cuando se le informaba que se le iba a suspender el acceso, al contrario que la información recogida por el Alto Tribunal. Por último, confirmó que no habían suspendido el servicio de ningún usuario más de una semana, datos que están más en línea con los datos del Informe LESCURE, P., “Acte II de l’exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique” en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, p. 362, disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016, en el que se indica que únicamente unos cientos de notificaciones habían sido enviadas por Eircom. En nuestra opinión no es casualidad que los representantes de las

9.4. Cuestiones Pre-judiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a lo que Deben y no Deben hacer los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso en Temas Relacionados con los Derechos de Autor Dentro del Ámbito del Derecho Civil.

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea especificadas a continuación son clarificadoras en relación a lo que se espera de los PSSI de Intermediación de acceso en los Estados Miembro.

9.4.1. La ausencia de obligación por parte de los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso de Facilitar Información para Identificar a los Titulares de Direcciones IP directamente a los Titulares de Derechos de Autor Cuyos Contenidos han sido Presuntamente Vulnerados a Través del Uso de Redes “Peer-to-Peer” (P2P)

- a) **La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de Enero de 2008, en el Caso C-275/06 “Productores de Música de España v. Telefónica de España S.A.” (Sentencia PROMUSICAE). Podría Interpretarse de Forma Ambigua. Análisis de la Interpretación en dos Estados Miembro: La República Federal Alemana y el Estado Español.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisó el tema de respetar el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de los datos personales en el caso PROMUSICAE. Este punto es importante ya que para perseguir desde un punto de vista civil las actividades ilícitas de difusión de ficheros que contienen obras protegidas por derechos de autor a través de las redes P2P, únicamente se puede

industrias de contenido musical siempre exageren los datos distorsionando la realidad. O bien el directivo de EIRCOM no dice la verdad, lo cual no tendría mucho sentido. En cuanto al sistema de funcionamiento de la empresa DtecNet hemos complementado la información con datos de EDWARDS, L., “Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright...”, op. cit., p. 27. En los mismos términos en cuanto al proceso de funcionamiento, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal, Vol. 23, issue 1, 2012, pp. 24-27, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059> Últ. vis. 16/Ene/2017.

identificar a los internautas a través de las direcciones IP, la cual normalmente está asignada a un suscriptor concreto (un cabeza de familia, por ejemplo) que tiene contratado el servicio de acceso a Internet con un PSSI de Intermediación. Además, la dirección IP indica qué PSSI de Intermediación concreto ofrece el servicio a ese suscriptor de Internet, y por ello, las entidades de gestión o los titulares de derechos de autor demandantes se dirigen a ellos para obtener dicha información. Como veremos, en este caso, el PSSI de Intermediación de acceso “Telefónica de España” se negó a identificar a sus suscriptores amparándose en la vulneración de derechos fundamentales⁴¹⁸.

La entidad de gestión de derechos de autor “Productores de Música de España”, llamada de forma abreviada PROMUSICAE, empezó a monitorizar las redes P2P de KaZaA, recopilando las direcciones IP que se descargaban los ficheros marcados con medidas tecnológicas de protección por parte de sus representados y que identificaban a través del código “hash” o etiqueta informática de las canciones, con lo que se identifica la obra o prestación de forma concreta. PROMUSICAE afirmaba, en Abril de 2005, haber mandado notificaciones a 10.000 suscriptores con advertencias y amenazas legales, por lo que solicitó vía judicial a Telefónica los datos personales de las direcciones IP recopiladas con el propósito de presentar la denuncia por la vía civil. Telefónica se negó a entregar datos de sus suscriptores alegando que de acuerdo con la legislación española únicamente tenía obligación de entregar los datos “*en el contexto de una investigación penal o con el propósito de proteger la seguridad pública y la defensa nacional*” y no en el caso de un procedimiento civil. PROMUSICAE por su parte alegó que la legislación española debe aplicarse respetando las Directivas 2000/31/CE (supra 6.1.) sobre el Comercio Electrónico, la Directiva 2001/48/CE (supra 9.1.1.) relativa a la Armonización de los Derechos de Autor y la Directiva 2004/48/CE (supra 9.1.2.) relativa al Respeto por los Derechos de Propiedad Intelectual. Por todo ello, el 13 de Junio de 2006 el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid presentó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que fue recibida el día 26 de Junio del mismo año y que preguntaba si:

“El Derecho comunitario y, concretamente, los Artículos 15(2) y 18 de la Directiva 2000/31/CE, los Artículos 8(1) y (2) de la Directiva 2001/29/CE, el Artículo 8 de la Directiva 2004/48/CE y los Artículos 17(2) y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CartaUE) ¿permiten a los Estados Miembro restringir el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional, con exclusión, por tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos

⁴¹⁸ Véase DURÁN RIVACOBA, R. y GARCIA LLERENA, V., “Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 205. En similares términos, SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., p. 119.

de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, que recae sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamientos de datos?”⁴¹⁹

Para llegar a sus conclusiones, en primer lugar, el Tribunal realizó un análisis preliminar de los principios incluidos en la legislación de la Directiva 2002/58/CE (supra 9.1.7.a)) afirmando que ésta “no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil”, aunque el Artículo 15(1) de la misma Directiva tampoco “puede interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a imponer tal deber en las situaciones que enumera”. En segundo lugar, añade que ni la Directiva 2000/31/CE, ni la 2001/29/CE, ni la 2004/48/CE requieren a los Estados Miembro revelar datos personales para proteger derechos de autor⁴²⁰. Es más, las directivas clarifican que la protección efectiva de los derechos de autor no puede afectar la protección de derechos personales en un procedimiento civil. Por último, al revisar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea destaca el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a la vida privada y la protección de datos de carácter personal de los artículos 7 y 8, por un lado, y los derechos a la protección de la propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva de los artículos 17 y 47, por otro. Así que las Directivas deben interpretarse de forma que se mantenga un justo equilibrio entre los derechos fundamentales de la Unión Europea, y las autoridades y tribunales de los Estados miembro deben asegurarse de no realizar interpretaciones que pueden entrar en conflicto con la normativa de la Unión.

El Tribunal, a la vista de todas las consideraciones realizadas, concluye:

“procede responder a la cuestión planteada que las Directivas 2000/31, 2001/29, 2004/48 y 2002/58 no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales

⁴¹⁹ Véase las Cuestiones Prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de Junio de 2006, recibidas el 26 de Junio, disponible en www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/txt/?uri=CELEX%3A62006CJO275 últ. vis. 4/Feb/2016.

⁴²⁰ Véase supra 9.1.7.a) que especifica que el Considerando nº 40 de la Directiva 2000/31/CE permite que las partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permite la tecnología digital, pero siempre dentro de los límites trazados por las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE, las cuales en un tema de protección de derechos de autor no permite revelar datos personales. También véase Supra 9.1.1. y 9.1.2. para el Considerando nº 59 de la Directiva 2001/29/CE y el Artículo 8(3)(e) de la Directiva 2004/48/CE, respectivamente.

*protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho Nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entren conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.”*⁴²¹

Como vemos, la decisión del Tribunal pasa la responsabilidad de decidir a manos de los juzgados de los Estados miembros, ya que las directivas de la Unión Europea no obligan a entregar los datos, pueden hacerlo o no, ahora eso sí, si los entregan no puede ser en contra de derechos fundamentales o de los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad. Volviendo al Artículo 15(2) sobre el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas (supra 6.1.4.), los Estados Miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los PSSI de Intermediación comuniquen a las autoridades presuntos datos ilícitos o actividades ilícitas llevadas a cabo por sus usuarios, así como la obligación, si las autoridades competentes lo solicitan, de identificar a los destinatarios de sus servicios. Sin embargo, este apartado no aplica en el caso de que sean los titulares de derechos de autor los que soliciten los datos personales de aquellos usuarios que presuntamente vulneren derechos de autor como se dijo en esta sentencia. Además, este caso también confirmó que ninguna otra Directiva de la Unión Europea impone obligación alguna en este sentido.⁴²²

⁴²¹ En este sentido véase la Sentencia C-275/06 Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU (29 de Enero de 2008) Rec. P. (ECR) I-271.

⁴²² Véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, p. 118-120, y GONZÁLEZ GONZALO, A., “El Conflicto entre la Propiedad Intelectual y el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en las Redes *Peer To Peer*” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 28, Bercal, Madrid, 2008, 25-38. Antes de la sentencia “*Bonnier Audio AB et al. v. Perfect Communication Sweden AB*” que zanjó de forma definitiva la ausencia de obligación por parte de los PSSI de intermediación de acceso de facilitar información para identificar a los titulares de direcciones IP directamente a los titulares de derechos de autor cuyos contenidos han sido presuntamente vulnerados a través del uso de redes P2P, algunos autores buscaron razones para justificar que la obligación de entregar los datos podía existir. Entre ellos, véase GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, ed. Bercal, Madrid, 2011, pp. 56-58. El autor justificaba que si en el momento de emitirse la sentencia hubiese estado en vigor la nueva regulación de la Directiva 2006/24/CE de Conservación de Datos se habría desplazado en este ámbito la Directiva 2002/58/CE sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas. Explicaba que el mismo magistrado que fue ponente en la sentencia PROMUSICAE manifestó, cuando pudo tener en cuenta la regulación de la Directiva de Conservación de Datos en la sentencia C-103 del TJUE “*caso Tele 2*” de 19 de Febrero de 2009, que el artículo 15.1 de la Directiva sobre la Privacidad no impide que los Estados miembros establezcan en su legislación interna la obligación de cesión de datos para permitir ejercer acciones civiles contra las infracciones al derecho de propiedad intelectual. Ahora bien, desde nuestro punto de vista el error es que se pueden ceder los datos a la administración o a un juzgado, pero no a un titular de derechos de autor que actúa de forma privada. En similares términos, ROBLES LATORRE, P., “La Regulación Legal de Intercambio de Ficheros en las Legislaciones Comunitaria, Europea y Española” en AA.VV., *Los*

En Noviembre de 2005, la “*Creative and Media Business Alliance*” (es decir, una asociación que une los intereses de las industrias cinematográfica, musical y de medios de comunicación que une, entre otras asociaciones, a la IFPI y la MPA, llamada la Alianza de Empresas Creativas y de los Medios) intentó persuadir a los miembros del Parlamento Europeo para que endureciesen el borrador de la Directiva 2006/24/CE relativa a la Retención de Datos, que se había redactado con el objetivo de mejorar aspectos de seguridad pública y evitar el terrorismo, con el propósito de que los PSSI de intermediación de acceso evitasen las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual de los usuarios de Internet. El intento no sólo fracasó, sino que la organización recibió numerosas críticas por su deseo de vulnerar libertades civiles por un lado y por intentar que los costes de proteger derechos de autor se transfiriese de empresas con numerosos recursos a los ciudadanos Europeos que pagan impuestos y a las empresas de telecomunicaciones a través de los cargos a sus suscriptores por otro.⁴²³

Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (o TJUE) parece no obtenerse una decisión contundente en relación a la aplicación de los principios jurídicos de la Unión Europea en el controvertido tema del intercambio de archivos entre usuarios en las redes P2P, por lo que es interesante analizar cómo se ha implementado en su aspecto práctico en ciertos países de la Unión Europea esta Sentencia que debe tener en cuenta la proporcionalidad entre los derechos de privacidad de los internautas y los derechos de autor. Primero veremos cómo lo interpretó el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y, después, cómo se interpretó en España de donde surgió la cuestión prejudicial.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

El 11 de Marzo del año 2008, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana sentenció que un PSSI de intermediación de acceso podía entregar información sobre una dirección IP de sus suscriptores únicamente en un caso serio de investigación penal. El Tribunal permite a las autoridades de una

Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 201. También este autor cuestiona la sentencia PROMUSICAE al opinar que la rápida aceptación por parte de las Directivas europeas y de la legislación del estado Español de que la recopilación y tratamiento de direcciones IP eran “datos de carácter personal” es un error, ya que en realidad deberían ser consideradas “datos de tráfico”. Sin embargo, no nos hemos de extrañar de todo ello, ya que los propios jueces del Tribunal Supremo sueco presentaron una cuestión prejudicial al TJUE precisamente por sus dudas al respecto (véase infra 9.4.1.c)).

⁴²³ En este sentido véase CLARK, Robert, “Sharing out Online Liability: Sharing files, Sharing Risks and Targeting ISPs” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, pp. 221-222. En similares términos, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2012, p. 131 y pp. 72-75. MUELLER, M.L., KUEHN, A., et SANTOSO, S.M., “Policing the Network: Using DPI for Copyright Infringement” en *Surveillance and Society*, Vol. 9, issue 4, 2012, pp. 353-354, disponible en <http://www.surveillance-and-society.org> Últ. vis. 21/Feb/2016.

investigación criminal tener acceso a la información con el permiso de un juez en caso de: asesinato, homicidio, fraude fiscal, fraude de un subsidio económico y/o falsificación de documentos. La vulneración de derechos de autor no está incluida en la lista como una ofensa penal seria.⁴²⁴

Poco después de la sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Distrito de Frankenthal sentenció que no se podía revelar el nombre y la dirección de un acusado por la vía penal por haber compartido un videojuego por una red P2P porque violaría sus derechos de privacidad. La demanda se basaba en pruebas conseguidas por la empresa Suiza *Logistep*, que entregó a los titulares de derechos la dirección IP desde la que presuntamente se registró el hecho. Los titulares de derechos presentaron una demanda penal con la dirección IP. A continuación, el fiscal del caso solicitó los datos del titular de dirección IP a uno de los PSSI de Intermediación más importantes de Alemania y compartió la información con los titulares de derechos, los cuales no tardaron en presentar una demanda civil contra el titular de la dirección IP. El Tribunal sentenció que el PSSI de intermediación de acceso no tenía autorización para dar información sobre el acusado ya que el uso de las redes P2P no estaba considerada una ofensa penal seria. Por lo tanto, el desvelar esta información supuso una violación del derecho constitucional a la privacidad del titular de la dirección IP. Esta sentencia eliminó para siempre la controvertida y ampliamente utilizada práctica por parte de los titulares de derechos Alemanes de utilizar la información obtenida a través de procedimientos penales para presentar procedimientos civiles.⁴²⁵

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional, el Parlamento Alemán aprobó una nueva ley que obligaba a los PSSI de Intermediación a revelar los datos de aquellos suscriptores que presuntamente vulneraban derechos de autor a escala comercial. Sin embargo, los titulares de derechos posiblemente no se sintieron muy apoyados con la nueva ley ya que las multas por daños y perjuicios por infringir derechos de autor fueron reducidas de forma significativa de más de mil Euros a un máximo de cien Euros por obra o prestación vulnerada. Además, los costes de los procedimientos legales siempre debían ser sufragados económicamente por los demandantes titulares de derechos.⁴²⁶

⁴²⁴ Véase Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 11 Marzo, 2008, 1 BvR 256/08 (F.R.G.), disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html. Últ. vis. 18/Feb/2016. En similares términos, LUETGE, C., “The Recent Decision of the German Federal Constitutional Court Concerning Data Retention” en *High International Conference. on Systems and . Science*, 2009, disponible en <http://doi.ieecomputersociety.org/10.1109/HICSS.2009.963> (seleccionar fichero “pdf”). Últ. vis. 14/Feb/2016.

⁴²⁵ Véase Landgericht Frankenthal (LG) (Tribunal de Distrito de Frankenthal), 21 de Mayo, 2008, 6 O 156/08 (F.R.G.), 3 (Alemania)

⁴²⁶ Véase DIGITAL CIVIL RIGHTS, “Changes in the German Copyright Law” en *Digital Civil Rights*, Bruselas, Bélgica, 23 Abril, 2008, disponible en <http://www.edri.org/edriagram/number6.8/german-copyright-change>. Últ. vis. 20/Feb/2016.

ESTADO ESPAÑOL

En España no se puede obligar a un PSSI de intermediación de acceso a revelar directamente a los titulares de derechos la identidad de aquellos suscriptores de sus servicios que presuntamente infringen derechos de autor a través de las redes P2P por dos motivos. El primero consiste en que si al recoger y tratar los datos de las direcciones IP durante la preparación de un proceso civil se está respetando o no el secreto de las comunicaciones del suscriptor y, el segundo, si es necesario el consentimiento del suscriptor o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial para recoger y tratar los datos que corresponden a esas direcciones IP por estar ante un “dato de carácter personal”.⁴²⁷

Los datos personales referidos a la identificación, localización y tráfico de los suscriptores de los servicios de acceso a las redes de comunicaciones, forman el tipo de información que controla el afectado consistente en su derecho fundamental. Si no existe el consentimiento del afectado en ceder estos datos y el PSSI de intermediación de acceso comunica los datos para beneficiar a quien resulta completamente ajeno a la relación bilateral en la que los datos han sido aportados y mantenidos, se elimina la facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona que la legislación defiende. Es necesario buscar la proporcionalidad de las medidas a adoptar y restringir aquellas que aunque cumplen un fin legítimo y estén previstas en la ley, no son razonables ya que rompen el equilibrio entre el derecho y los límites que se podrían exigir. El autor González Gonzalo afirma en relación a esta sentencia del TJUE del 29 de Enero de 2008 que “...el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto. Es preciso ponerlo en relación con otros derechos constitucionales, como los

⁴²⁷ En este sentido véase GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, ed. Bercal, Madrid, 2011, pp. 35-74. Ahora bien, lo cierto es que desde un punto de práctico, lo titulares de derechos de autor no obtienen de los PSSI de intermediación de acceso en España los datos de los suscriptores que están detrás de una dirección IP infractora. En similares términos, ROBLES LATORRE, P., “La Regulación Legal de Intercambio de Ficheros en las Legislaciones Comunitaria, Europea y Española” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 201. GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, Bercal, Madrid, 2005, pp. 109-128. GONZÁLEZ GONZALO, A., “El Conflicto entre la Propiedad Intelectual y el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en las Redes Peer To Peer” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 28, Bercal, Madrid, 2008, 25-38. DURÁN RIVACOBIA, R. y GARCIA LLERENA, V., “Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 227-240. Lo cierto es que desde un punto de práctico, lo titulares de derechos de autor no obtienen de los PSSI de intermediación de acceso en España los datos de los suscriptores que están detrás de una dirección IP infractora. En España el artículo 18 de la Constitución, así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, proclaman el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones como derechos fundamentales.

derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la tutela judicial efectiva...y a la propiedad intelectual.”.⁴²⁸.

b) El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Febrero de 2009, en el caso C-557/07 “*LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH*” (Auto LSG). También Podría Interpretarse de Forma Ambigua.

En nuestra opinión, este Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que debería definir si los PSSI de Intermediación de Acceso pueden entregar información de sus suscriptores a un titular de derechos de autor vuelve a no ser contundente y repite, de algún modo, la Sentencia del caso PROMUSICAE. En este auto el Tribunal afirma que la Directiva 2002/58/CE relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas por un lado y a la Directiva 2004/48/CE relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual por otro, no “*prohíben a los Estados Miembro imponer la obligación de entregar a terceras partes privadas datos personales relativos al tráfico de Internet para permitirles presentar un procedimiento civil por vulnerar derechos de autor*”. Sin embargo, el Tribunal también afirma que al implementar y aplicar ambas Directivas en los Estados Miembro, los tribunales nacionales no deben basarse en una interpretación que entre en conflicto con derechos fundamentales.⁴²⁹

La cuestión prejudicial referente a este caso fue presentada por el Tribunal Supremo de Austria que tras este Auto, en el año 2009, después de cuatro años de proceso, sentenció que los PSSI de Intermediación no tienen que entregar información confidencial sobre sus suscriptores a los titulares de derechos sin el permiso de un juez.⁴³⁰

La demanda inicial la presentó la gestora de derechos LSG en contra del PSSI de Intermediación de acceso Tele2, el cual se negaba a entregar la

⁴²⁸ DURÁN RIVACOBA, R. y GARCIA LLERENA, V., “Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 215-240. En similares términos, GONZÁLEZ GONZALO, A., “El Conflicto entre la Propiedad Intelectual y el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en las Redes P2P” en *Revista de Propiedad Intelectual*, núm 28, marzo-abril de 2008, pp. 66-67.

⁴²⁹ En el mismo sentido véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., pp. 111-121. Además el autor destaca que en este caso el Tribunal confirmó que *Leistungsschutzrechten GmbH* era un PSSI de Intermediación que únicamente ofrece acceso a Internet a sus suscriptores, sin ofrecer otros servicios que puedan implicar relación con el control de contenidos intercambiados.

⁴³⁰ Véase Oberster Gerichtshof (OGH) (Tribunal Supremo), 14 de Julio, 2009, No. 4 Ob 41/09x (Austria), disponible en http://www.internet4jurists.atentscheidungen/ogh4_41_09x.htm. Últ. Vis. 22/Feb/2016.

información basándose en el secreto de las comunicaciones. Tanto el Tribunal de Primera Instancia⁴³¹ como el Tribunal de Apelación⁴³² confirmaron la reclamación de los titulares de derechos. Sin embargo, el Tribunal Supremo Austriaco negó el derecho a dar la información, suspendiendo el procedimiento y planteando una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴³³, el cual simplemente contestó con un Auto, ya que el procedimiento del Tribunal así lo permite cuando ya existe un Pronunciamiento previo (caso PROMUSICAE en Supra 9.3.1.a)) en un caso anterior idéntico al que se plantea y cuyo razonamiento puede deducirse claramente del anterior.⁴³⁴

Las cuestiones prejudiciales eran las siguientes:

“(1) ¿Debe interpretarse el término “intermediario”, utilizado en los artículos 5(1)(a) y 8(3) de la Directiva 2001/29/CE en el sentido de que comprende también a un proveedor de acceso que se limita a facilitar al usuario el acceso a la Red asignándole una dirección IP dinámica, pero no presta por sí mismo servicios a dicho usuario, como los servicios de correo electrónico, de descarga o de intercambio de archivos, ni ejerce tampoco ningún control de hecho o de Derecho sobre el servicio utilizado por el usuario?”

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, habida cuenta de los artículos 6 y 15 de la Directiva 2002/58/CE, ¿debe interpretarse el artículo 8(3) de la Directiva 2004/48/CE en el sentido (restrictivo) de que no permite la transmisión de datos de tráfico personales a terceros particulares con el fin de ejercer acciones civiles contra infracciones acreditadas de derechos exclusivos conferidos por el Derecho de propiedad intelectual (derechos de explotación y de utilización de la obra)?”

⁴³¹ Véase Handelsferichts Wien (HG) (Tribunal Mercantil de Primera Instancia de Viena), June 21, 2006, docket No. 8 Cg 67/05z (Austria)

⁴³² Véase Oberlandesgericht Wein (OLG) (Tribunal de Apelación de Viena), Abril 12, 2007, docket No. 5 R193/06y, (OLG Viena) No. 26 (Austria).

⁴³³ Véase Oberster Gerichtshof (OGH) (Tribunal Supremo), Feb. 19, 2009, C-557/07, Entscheidungen des Osterreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (SZ) (Austria). Para la discusión razonada del TJUE véase el Caso C-557/07 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v Tele2 Telecommunication GmbH, (2009), E.C.R. I-01227, disponible en https://agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencia/tribunal_justicia/common/23_auto_de_19_de_febrero_de_2009._Asunto_C-557-07_petici-oo-n-de-decisi-oo-n_prejudicial_planteada_por_el_Oberster_Gerichtshof_Austria.pdf Últ. vis. 24/Nov/2016.

⁴³⁴ En este sentido véase FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, pp. 21-37, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-p2p-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016. El autor destaca que el Artículo 104(3) de los Procedimientos del TJUE de fecha 1/Dic/2005 pueden consultarse en [www.curia.europa.edu/en/instit/txtdocfr/index.htm](http://www.curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/index.htm). Últ. vis. 23/Oct/2016. En similares términos, CRAIG, P.P., et DE BURCA, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, ed. Oxford University Press, New York, 2007, p. 474.

La respuesta a la primera cuestión fue que los proveedores de acceso o PSSI de intermediación de acceso deben ser considerados “intermediarios” en el sentido del artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE (supra 9.1.1.) basándose en tres motivos. En primer lugar, porque la sentencia *Promusicae* permite que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que se faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de servicios que infringen derechos de acuerdo con el artículo 8(1) de la Directiva 2004/48/CE (supra 9.1.2.) aunque no impone la obligación de comunicar datos personales en el seno de un procedimiento civil para proteger derechos de autor. En segundo lugar, porque los titulares de derechos pueden solicitar medidas cautelares contra aquellos intermediarios cuyos servicios están siendo utilizados por terceras partes para vulnerar derechos de autor o relacionados, de acuerdo con el artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE y, por último, la protección del artículo 8(1) de la Directiva 2001/29/CE se reduciría de forma significativa si el término “intermediarios” no cubriese los PSSI de intermediación de acceso, que son los que disponen de los medios para identificar a los suscriptores que tienen asignada la dirección IP desde la que presuntamente se han vulnerado los derechos protegidos por la Directiva.

La respuesta a la segunda pregunta vuelve a referirse completamente a la sentencia *Promusicae*. Sobre todo, los Estados Miembro deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad para mantener un adecuado equilibrio entre los derechos fundamentales y los principios generales comunitarios por un lado y la interpretación de la propia legislación interna por otro. De nuevo, no se acaba de aclarar en qué circunstancias la obligación de los PSSI de intermediación de acceso de revelar datos de los suscriptores debe anteponerse a los derechos de privacidad de los suscriptores. Es un tema delicado, pero el balance parece indicar que el respeto a derechos fundamentales debe sacrificar el sentido de la lectura de los artículos de las Directivas anteriormente mencionadas.

c) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Abril de 2012, en el Caso C-461/10 “*Bonnier Audio AB et al. v. Perfect Communication Sweden AB*” (Sentencia *Bonnier*). Finalmente Aclara la Ausencia de Obligación, También en Relación a la Sentencia *PROMUSICAE* y al Auto *LSG*.

Las empresas titulares de derechos de autor y derechos afines *Bonnier Audio AB*, *Earbooks AB*, *Norstedts Förlagsgrupp AB*, *Piratförlaget AB* y *Storyside AB* presentan una solicitud de requerimiento judicial de revelación de información con el fin de identificar a un abonado determinado de un PSSI de Intermediación de acceso, en este caso la

empresa sueca Perfect Communications Sweden AB, la cual se opone a la identificación. Al presentar el Tribunal Supremo de Suecia la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este alega que al emitirse la sentencia PROMUSICAE y el auto LSG, no se había tenido en cuenta la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo de 2006, relativa a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE⁴³⁵. En concreto las preguntas planteadas fueron dos:

“¿La Directiva 2006/24/CE ... y en particular sus artículos 3, 4, 5 y 11, se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 CE ..., que permite que, a efectos de identificación de un abonado, se requiera en un procedimiento civil a un proveedor de acceso a Internet para que facilite al titular de un derecho de autor o a su causahabiente información relativa al abonado al que dicho proveedor de acceso asignó una dirección IP concreta, supuestamente utilizada para infringir dicho derecho? La cuestión presupone que el demandante ha aportado la prueba de la infracción de un determinado derecho de autor y que la medida es proporcionada.

¿Influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que el Estado miembro no haya adaptado su Derecho interno a las disposiciones de la Directiva 2006/24 pese a haber vencido el plazo establecido a tal efecto?”

Es cierto que la Directiva 2006/24/CE comporta un profundo cambio de los principios básicos de la protección de datos personales en el que los PSSI de Intermediación de acceso deben conservar los datos durante un periodo determinado que permitan identificar el origen, el destino, la fecha, hora y duración de una comunicación electrónica, el tipo de comunicación realizada, el equipo utilizado y la localización de dicho equipo, para garantizar la disponibilidad de todos estos datos con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Tribunal Supremo sueco desea saber si dicha Directiva junto con la interpretación del Artículo 8 de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual permite, con el objetivo de identificar a

⁴³⁵ Esta afirmación del Tribunal Supremo de Suecia no es cierta, ya que aunque no se menciona la Directiva 2006/24/CE en la sentencia del caso PROMUSICAE, sí que la analiza en los apartados 23 a 26 del epígrafe II.A Marco Jurídico del Derecho Comunitario por parte de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en sus Conclusiones de fecha 18 de Julio de 2007. En resumen, la Sra. Kokott destaca el artículo 4 de la nueva Directiva que establece que los Estados miembro adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados se proporcionen a las autoridades nacionales competentes en casos específicos siempre de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

un abonado de Internet, que se le realice un requerimiento al PSSI de Intermediación de Acceso correspondiente para que facilite al titular de un derecho de autor o a su representante el nombre y la dirección del suscriptor del que los solicitantes disponen de indicios de vulneración de sus derechos desde la dirección IP correspondiente.

El abogado general analiza que los datos que deben ser entregados de acuerdo con el procedimiento principal son el nombre y la dirección del suscriptor que los demandantes han identificado con una dirección IP. Estos datos se encuadran, por tanto, en el ámbito de aplicación de las normas sobre protección de datos personales. Sin embargo, el abogado general Jääskinen advierte que la dirección IP únicamente puede servir como indicio de la identidad de la persona que pudo haber cometido el ilícito civil, pero no para su identificación exacta ya que pueden ser varias personas las que accedan a la Red con una sola dirección IP⁴³⁶.

Una vez esclarecido este punto, pasa a analizar si la Directiva 2006/24/CE es aplicable a esta materia del derecho de autor. El Artículo 1, apartado 1, de la Directiva define claramente que ésta solo se aplica con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves⁴³⁷ y los datos no los solicita una autoridad nacional competente, sino unos particulares. Como el asunto principal se trata de un procedimiento civil y no penal, concluye que la citada Directiva no es de aplicación en este caso, ya que además no contiene ninguna disposición específica relativa a la conservación o utilización de datos de telecomunicaciones en el marco de la lucha contra las infracciones de derechos de propiedad intelectual a iniciativa de particulares. Además haciendo referencia a la Sentencia del caso PROMUSICAE, interpreta que los datos personales conservados existentes en caso de ser utilizados para otros fines a los establecidos por el legislador representaría una actuación contraria a los principios de protección de datos personales.

⁴³⁶ Véase las Conclusiones del Abogado General, Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 17 de Noviembre de 2011, Asunto C-461/10, *Bonnier Audio AB y otros v. Perfect Communication Sweden AB* (“ePhone”), en Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia. El abogado general destaca que diversas personas pueden conectarse a una red inalámbrica carente de protección eficaz. También sucede que no se identifica al usuario que presuntamente ha realizado un ilícito, por ejemplo, con el desvío de ordenadores conectados a Internet y en situaciones en que varias personas pueden utilizar el mismo ordenador, por lo que no se puede afirmar que los datos personales requeridos correspondan con el supuesto vulnerador de derechos de autor.

⁴³⁷ Véase COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe de Evaluación sobre la Directiva de Conservación de Datos (Directiva 2006/24/CE), COM(2011) 225 final, Bruselas 18/Abr/2011, disponible en [https://europa.eu/eurometdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0225_/com_com\(2011\)0225_es.pdf](https://europa.eu/eurometdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0225_/com_com(2011)0225_es.pdf), últ. vis. 14/Abr/2017, en relación a la interpretación el concepto de “delito grave” en los Estados Miembros. La conservación de datos debe respetar el principio de proporcionalidad y debe ser adecuada para lograr el objetivo de la lucha contra el terrorismo y los delitos graves y que no vaya más allá de lo que sea necesario para lograrlo. Además, el acceso a los mismos se limitará a las autoridades competentes.

Sin embargo, la Directiva no excluye la posibilidad de que los Estados Miembros impongan el deber de divulgar en el marco de un procedimiento civil, siempre que un juez nacional lo requiera, a que un PSSI de Intermediación de acceso facilite al titular de un derecho de autor información relativa a la identidad del abonado al que ese operador asignó una dirección IP, supuestamente utilizada para infringir dicho derecho. Ahora bien, la legislación nacional debería establecer de antemano y detalladamente los límites de estas actuaciones, siempre que se adopten respetando el Derecho de la Unión Europea en materia de protección de datos personales y que se observe el principio de proporcionalidad en intereses contrapuestos existentes.⁴³⁸

9.4.2. La ausencia de obligación por parte de los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso de establecer un sistema generalizado de filtrado de Comunicaciones Electrónicas que Circulan a Través de sus Servicios para Controlar el Uso de Redes “Peer-to-peer” (P2P) por Parte de los usuarios.

- a) **La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de Noviembre de 2011 en el Caso C-70/10 “Scarlet Extended SA v Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL” (Sentencia SABAM).**

Tal como hemos mencionado en el punto 9.3., la implementación de un sistema generalizado de filtrado de las comunicaciones electrónicas para controlar el tipo de transmisiones que realizan los usuarios entre sí representaría el santo grial para las potentes industrias de contenido en su lucha contra el uso de las redes P2P por parte de los consumidores, aunque en nuestra opinión supondría un serio revés desde la perspectiva de los derechos de privacidad, de la libertad de expresión de los usuarios y del uso de tecnologías innovadoras en el entorno de Internet.

⁴³⁸ En este sentido véase la Sentencia C-461/10 *Bonnier Audio AB y otros v. Perfect Communication Sweden AB*, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de Abril de 2012, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia, mediante resolución de 25 de Agosto de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de Septiembre de 2010, disponible en www.curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-461/10 Últ. vis. 24/Sep/2016.

En este caso⁴³⁹ se enfrentaban, en primera instancia, la sociedad belga de derechos de autor, SABAM, y un PSSI de Intermediación de Acceso, Scarlet Extended S.A. Los antecedentes del caso son que en el año 2004 SABAM constató que internautas que utilizaban los servicios de Scarlet descargaban por redes P2P en Internet, sin autorización y sin pagar la correspondiente licencia de uso, obras que figuraban en su repertorio. Una vez demostrada la vulneración de derechos de autor, SABAM solicitó a Scarlet la implantación de un sistema general de filtrado que impidiera o bloqueara cualquier forma de envío o recepción por sus clientes de archivos que reprodujera una obra musical de su repertorio que no tuviese la necesaria autorización de sus titulares. Esta pretensión fue estimada en primera instancia⁴⁴⁰, decisión que remarcaba expresamente como contraria a la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico en cuanto a que un PSSI de Intermediación de acceso no tiene la obligación de supervisar el contenido transmitido por sus usuarios (aunque la Directiva no menciona a los jueces que deben imponer sanciones para que cese un comportamiento y el Considerando 40 aprueba específicamente los “instrumentos de vigilancia técnica”). Esta sentencia fue recurrida por Scarlet que se oponía tanto por dificultades de tipo técnicos, ya que los protocolos P2P no permiten la verificación del contenido por terceros, como por motivos de tipo jurídico, ya que implicaba la obligación general de supervisar todas las comunicaciones que pasaban por sus servicios. Todo ello para más tarde implantar dispositivos de bloqueo de las comunicaciones en aquellos clientes cuya dirección IP era detectada como vulneradora de derechos de autor.⁴⁴¹

El Tribunal de Apelación belga, antes de analizar los motivos técnicos expuestos por Scarlet, interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE para determinar si el sistema de filtrado solicitado era o no conforme al Derecho

⁴³⁹ Véase la Sentencia C-70/10 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 November, 2011, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-11/cp110126en.pdf Últ. vis. 29/Sep/2016.

⁴⁴⁰ Sentencia *SABAM (Société Belge des Auteurs Compositeurs et Editeurs) v. Tiscali* en Bélgica, No. 04/8975 del Archivo General (D. Ct. Bruselas 29 de Junio de 2007), disponible en <http://www.juriscom.net/jpt/visuphp?ID=939>, Últ. vis. 30/Sep/2016. Tiscali era el antiguo nombre de Scarlet Extended SA. Ambas son la misma empresa que simplemente cambió de nombre. Tal como incluye el Abogado General P. Cruz Villalón del TJUE en el Apartado 36 de sus Conclusiones, Scarlet fue objeto, en primera instancia, de un mandamiento judicial que ordenaba el cese de la infracción y que venía acompañado de una multa coercitiva.

⁴⁴¹ CLARK, Robert, “Sharing out Online Liability: Sharing files, Sharing Risks and Targeting ISPs” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, p. 226. En el mismo sentido, DIXON, A.N. “Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, pp. 32-33; SCHLESINGER, M., “Legal Issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 70.

comunitario, ya que a Scarlet se le requería: a) instalar un sistema de filtrado que se basaba en la previa identificación de los archivos correspondientes al tráfico a través de las redes P2P de entre el conjunto de comunicaciones electrónicas de todos sus clientes, b) identificar dentro de este tráfico los archivos que contenían obras sobre los que SABAM solicitaba el requerimiento y ostentaba derechos protegidos, c) determinar cuáles de esos archivos se intercambiaban ilícitamente y d) bloquear los intercambios de los archivos considerados ilícitos. Todo ello como medida preventiva, durante un periodo ilimitado de tiempo y cubriendo el PSSI de Intermediación de Acceso todos los gastos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que en su conjunto la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico por su Artículo 15, apartado 1 (supra 6.1.4.), la Directiva 2001/29/CE relativa a la Armonización de los Derechos de Autor por su Artículo 8, apartado 3 (supra 9.1.1.), la Directiva 2004/48/CE relativa al Respeto de los Derechos de PI por su Artículo 9, apartado 1, letra a) (supra 9.1.2.), la Directiva 1995/46/CE de Protección de Datos (1995/46/CE), la Directiva 2002/58/CE sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas (supra 9.1.7.a)) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CartaUE), el sistema de filtrado solicitado implica una supervisión general de todas las comunicaciones de sus clientes, la cual está prohibida por el artículo 15.1 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico o DCE, al no permitir que autoridades estatales puedan adoptar medidas que obliguen a un PSSI de Intermediación de acceso a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de autor.

Además, en el apartado 49 de esta sentencia, el TJUE llega a la conclusión de que la medida del sistema de filtrado no garantizaría un equilibrio adecuado entre los derechos de autor protegidos y la libertad de empresa del PSSI de Intermediación de Acceso. El Artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48/CE relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual (supra 9.1.2.), exige que las medidas que se adopten para garantizar los derechos de PI no sean inútilmente complejas y gravosas, lo cual sería contrario a las medidas propuestas, ya que implicarían una vulneración sustancial de la libertad de empresa del PSSI de Intermediación al obligarle a establecer un sistema informático gravoso, complejo, permanente y exclusivamente a sus expensas.

El derecho de propiedad intelectual es un derecho protegido por el Artículo 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CartaUE), pero no es un derecho absoluto. Siguiendo el “Principio de Proporcionalidad”, su protección cede ante la necesaria protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a la protección de datos

personales, el secreto de las comunicaciones o la libertad de información. Tal como decía la sentencia Promusicae⁴⁴², al adoptar cualquier medida de protección de los derechos de autor se hace imprescindible ponderar su incidencia sobre una eventual restricción de otros derechos fundamentales afectados, tales como la libertad de empresa (Artículo 16 de la CartaUE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (Artículo 8 de la CartaUE) y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas (Artículo 11 de la CartaUE).

En resumen, tal como concluye la parte dispositiva de la Sentencia, todas las directivas 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 por el que se ordena a un PSSI de Intermediación de Acceso a establecer un sistema de filtrado:

- *de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de redes P2P por parte de los usuarios;*
- *que se aplique indiscriminadamente contra todos sus clientes*
- *como medida preventiva;*
- *cubriendo el PSSI de Intermediación en exclusiva todos los gastos; y*
- *sin limitación en el tiempo,*

capaz de identificar en la red de dicho PSSI de Intermediación de Acceso la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual 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 vulnera los derechos de autor.”

Por lo tanto, el importante dilema de si un sistema general de filtrado podía ser instalado por un PSSI de Intermediación de Acceso para evitar ser responsable por el intercambio de contenidos vulneradores de derechos de autor entre los usuarios de la Red quedó solventado con este pronunciamiento del TJUE emitido el 24 de Noviembre de 2011.⁴⁴³

⁴⁴² Véase la Sentencia del 29 de Enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*, C-257/06, Rec. P. I-271.

⁴⁴³ En este sentido véase la Sentencia del TJUE, C-70/10 *Scarlet Extended SA v. Société Belge des Auteurs, Compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 Noviembre de 2011. En similares términos, RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 394. SAVIN, *EU Internet Law*, op. cit., p. 121 y p.146. U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, p. 65, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> Últ. vis. 15/Oct/2016.

9.4.3. La posibilidad de solicitar a los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso a cuyos servicios recurre un tercero para infringir un Derecho de Autor o un Derecho Afín a los Derechos de Autor de implementar Medidas Cautelares de Cierre o Bloqueo del Sitio Web Correspondiente para que no Continúen las Infracciones.

- a) **La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Marzo de 2014, en el Caso C-314/12 “UPC Telekabel Wein GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH” (sentencia UPC).**

Aunque este caso en sí no incumbe directamente una vulneración de derechos de autor por el uso de Redes P2P, sino por descargas directas o visionados directos (Supra 4.1. y 4.2. respectivamente), es interesante ver el análisis que realiza del mismo el TJUE, ya que el razonamiento jurídico aplicado creemos que es perfectamente válido para decidir bloquear páginas web que ofrecen la posibilidad de buscar índices para localizar posibles contenidos sin licencia a través de la utilización gratuita que pueden realizar los usuarios de los protocolos P2P.⁴⁴⁴

La empresa Alemana *Constantin Film Verleih* que ostenta, entre otros, los derechos de películas como “*Vicky the Viking*” o “*Pandorum*”, y la empresa Austríaca *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* que ostenta los derechos de la película “*The White Ribbon*” fueron conecedoras de que sus películas podían ser visionadas e incluso bajadas a los ordenadores de los usuarios desde el sitio web “*kino.to*” sin su consentimiento. Las compañías cinematográficas pidieron al PSSI de Intermediación que boquearan el acceso

⁴⁴⁴ En este sentido véase supra 2º párrafo del punto 9.3.2. donde el Alto Tribunal Irlandés otorgó una medida cautelar al titular de derechos musicales EMI de bloqueo permanente de la página web “*The Pirate Bay*” a través del PSSI de Intermediación de Acceso EIRCOM. y en el caso del Tribunal de Apelación Holandés que eliminó una medida cautelar otorgada anteriormente que obligaba a los PSSI de Intermediación de acceso ZIGGO y XS4ALL, caso IEPT20140128, Tribunal de Apelación de la Haya, Ziggo – XS4ALL v Brein 28-01-2014, a bloquear el acceso a la página web “*The Pirate Bay*” después de que un estudio del “*Institute for Information Law o IviR*” de la Universidad de Amsterdam, disponible en www.ivir.nl/publications, confirmase que la medida no había tenido ningún efecto sobre el número de descargas desde fuentes ilegales, disponible en <https://www.boek9.nl/items/iept20140128-hof-den-haag-ziggo-xs4all-v-brein>.Últ. vis. 11/Ago/2016. En otros Estados Miembro de la Unión Europea también se ha determinado otorgar medidas cautelares de bloqueo de acceso a páginas web que facilitan el intercambio de contenido protegido para prevenir vulneraciones, como en el Tribunal de Apelación de Grecia, caso No.4658/2012, 15 Mar., 2012 disponible en http://cieel.gr/en/eed/2012_2_3-jsp Últ. vis. 28/Ago/2016.

al sitio web, a lo cual UPC se negó. La primera Instancia Austríaca prohibió al PSSI de Intermediación Austríaco *UPC Telekabel Wein* que diese acceso a sus usuarios al sitio web vulnerador de derechos y especificó que los métodos más efectivos para evitar el acceso de sus suscriptores a la página web “*kino.to*” era bloquear la dirección DNS y la dirección IP presente o futuras de la misma, a pesar de que el propio Tribunal reconocía que estos métodos pueden ser fácilmente eludibles. En cambio, el Tribunal de Apelación prefirió no definir exactamente qué medidas podía tomar el PSSI de Intermediación, sino obligarle a utilizar todos los medios a su alcance para conseguir el propósito de que sus usuarios no puedan infringir derechos de autor a través de la página web en cuestión, con una futura revisión judicial para comprobar si las medidas tomadas eran apropiadas o no, y pudiendo ser el PSSI de Intermediación de Acceso a ser condenado por no cumplir adecuadamente con las medidas cautelares impuestas. El PSSI de Intermediación alegó que tales medidas cautelares no confirmaban en ningún momento que sus usuarios actuasen de forma ilícita, además de que, una vez implementadas, podían ser técnicamente alteradas o eliminadas deliberadamente por sus usuarios, por lo que el caso llegó a la última Instancia disponible.

El Tribunal Supremo de Austria paralizó el procedimiento y presentó cuestiones prejudiciales al TJUE pidiendo en la primera pregunta que interpretase el Artículo 8(3) de la Directiva 2001/29, la cual ofrece a los titulares de derechos la posibilidad de presentar medidas cautelares contra aquellos PSSI de Intermediación cuyos servicios son utilizados por los usuarios de la Red para infringir sus derechos, y los demás derechos fundamentales y libertades individuales reconocidos por las leyes de la UE al respecto. La respuesta a esta primera pregunta fue positiva ya que los servicios del PSSI de Intermediación de acceso es el intermediario a través del cual se vulneran derechos de autor. El TJUE no contestó a la segunda pregunta sobre la excepción por límite de copia privada cuando la fuente es ilícita.⁴⁴⁵ (este punto sí se afronta por parte del Tribunal en el pronunciamiento C-435/12 o Caso ACI Adam).

⁴⁴⁵ Los derechos de autor sobre una obra, sean del tipo que sea, no sólo tiene un aspecto moral, sino también económico, ya que se funda en la necesidad de procurar al autor un lucro remunerado de su actividad. Desde un punto de vista jurídico, se justifica el reconocimiento de la producción intelectual como producto de la actividad humana de valor económico. De aquí deriva el concepto de compensación equitativa por límite de copia privada, es decir, es el instrumento que tiende a equilibrar el aprovechamiento económico de la obra por parte del autor o titular legítimo del derecho y el derecho del usuario a obtener copias para su uso privado. Esta cuestión, planteada y no respondida en el presente caso, sí que ha sido abordada en la Sentencia C-435/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 10 de Abril del 2014, *ACI Adam BV et al v. Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*, ECLI:EU:C:2014:254, en el que se trataba un tema de excepción de derechos de autor por límite de copia privada o canon digital. El abogado general, Pedro Cruz Villalón, en sus conclusiones presentadas el 9 de Enero de 2014, como respuesta a si un Estado Miembro puede decidir percibir el canon por límite de copia privada en relación con las reproducciones realizadas a partir de una fuente ilícita, considera que no puede admitirse tal posibilidad ya que representaría un menoscabo del buen funcionamiento del mercado interior. El Artículo 5 de la Directiva

En cuanto a la tercera pregunta, el Tribunal considera que existen tres derechos en conflicto: los derechos de autor y conexos, el derecho de libertad de empresa del PSSI de Intermediación y la libertad de información de los usuarios de Internet. El TJUE considera que la medida cautelar impuesta por el Tribunal de Apelación no infringe sustancialmente el derecho de libertad de empresa del PSSI de Intermediación ya que le permite, por un lado, determinar qué medidas específicas deben tomarse para obtener el objetivo deseado, con la posibilidad de escoger aquellas medidas que mejor se adapten a los recursos y habilidades disponibles que sean compatibles con otras obligaciones o desafíos a las que deba enfrentarse la empresa en el desempeño de su actividad y, por otro lado, evitar la responsabilidad demostrando que ha tomado todas las medidas razonables para evitar las infracciones. Además, el TJUE opina que los derechos fundamentales involucrados no imposibilitan una medida cautelar de este tipo por dos motivos: primero, las medidas tomadas por el PSSI de Intermediación no imposibilita a los usuarios a acceder a información disponible lícita, es decir, la medida respeta la libertad de información de los usuarios y, segundo, las medidas tomadas previenen el acceso no autorizado protegiendo los intereses de los titulares de derechos, los cuales según el Artículo 17(2) de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no sugiere en ningún momento que la protección de los Derechos de PI sean inviolables de una forma absoluta o hermética. De hecho, el pronunciamiento especifica que la protección implementada por el PSSI de Intermediación:

“debe ser lo suficientemente efectiva para asegurar una protección genuina, es decir, debe producir el efecto de prevenir un acceso no autorizado al contenido protegido o, al menos, dificultar que este acceso se consiga, así como desanimar a los usuarios de Internet que utilizan los servicios del intermediario al que le han impuesto las medidas cautelares que accedan al contenido que vulnera dicho derecho.”
(traducción de la autora).

En resumen, podemos afirmar que el bloqueo de una página web que claramente vulnera derechos de autor está permitido por la legislación de la Unión Europea, siempre que los PSSI de Intermediación mantengan un equilibrio con los demás derechos involucrados, aunque es responsabilidad de los tribunales y las autoridades de los Estados Miembro conseguir que tales medidas se lleven a término. Dada la respuesta a la tercera pregunta, la cuarta que específicamente solicitaba la identificación de las medidas que un Tribunal debe imponer a un PSSI de Intermediación para bloquear el acceso a

2001/29/CE establece claramente la aplicación coherente de las limitaciones y excepciones taxativas al derecho exclusivo de reproducción que prevé. Básicamente, se debe mantener un justo equilibrio entre el derecho de reproducción reconocido a los titulares de derechos y los beneficiarios de la excepción por límite de copia privada.

un sitio web que existe con el propósito de vulnerar derechos de autor tampoco es contestada por el TJUE.⁴⁴⁶

9.4.4. Los Profesionales Titulares de Dirección IP que Ofrecen Acceso a la Red por Wi-Fi Gratuitamente en Tiendas, Hoteles o Bares son “*mere conduit*” por lo que No Pueden ser Considerados Responsables Civiles Indirectos o Derivados de las Infracciones de Derechos de Autor Cometidos por los Usuarios, Aunque los Titulares de Derechos de Autor Sí Pueden Solicitar Medidas Cautelares para Proteger el Acceso a Través de Contraseña.

- a) **La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Septiembre de 2016, en el Caso C-484/14 “*Tobias M Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*” (sentencia *Fadden*)**

El Sr. Tobias McFadden es un profesional que tiene una tienda de venta y alquiler de sistemas de luz y sonido cerca de Munich, en el que ofrece un acceso a Internet por Wi-Fi gratuitamente accesible al público para atraer a la clientela. En el año 2010 se hizo accesible a través de una red P2P una canción con derechos de autor de Sony Music para que otros pudieran descargársela. Sony Music presenta la demanda contra McFadden en el Landgericht München I (Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I, Alemania) y el Tribunal se pronuncia en el sentido de que McFadden no es quien directamente infringe los derechos de autor, sino quién pone los medios para cometer la falta al no asegurar su red Wi-Fi. El Tribunal tiene dudas sobre si la DCE le excluye de la responsabilidad derivada o indirecta de las vulneraciones de derechos de autor realizadas

⁴⁴⁶ Véase el Pronunciamiento C-314/12 *UPC Telekabel Wien v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 Marzo, 2014, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140038en.pdf, Últ. vis. 30/Ago/2016. En nuestra opinión, esta sentencia podría haber establecido unas guías para establecer unas medidas proporcionales para bloquear páginas web en todos los Estados Miembro, algo que ya mencionó como deseable el propio Tribunal Supremo Austriaco que planteó la cuestión prejudicial. Claro que el propio TJUE especifica que una completa cesación de vulneraciones puede que no sea posible de conseguir en la práctica. En los mismos términos, ANGELOPOULOS, Ch., “CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order...to do the impossible” en *Kluwer Copyright Blog*, IALS Universidad de Londres, 3 de Abril, 2014, disponible en www.kluwercopyrightblog.com/2014/04/03/upc-telekabel-wien/. Últ. vis. 12/Sep/2016. Opinión a la que también se suman, entre otros, los profesores Martin Husove de la Tilburg Law School, en www.tilburguniversity.edu y Ana Ramalho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht en <http://www.maasrichtuniversity.nl> y <http://www.ivir.nl/medewerkers/ramalho.html>.

por los usuarios de la Red, por lo que plantea cuestiones prejudiciales al TJUE.

El Abogado General Szpunar⁴⁴⁷ agrupa las nueve preguntas, todas ellas relacionadas con el alcance y la interpretación del Artículo 12 de la DCE, en tres categorías que facilitan el entendimiento de los problemas relevantes.

La primera categoría de preguntas plantea si un operador de una red Wi-Fi gratuita que la utiliza únicamente como un servicio adicional a la actividad habitual de su negocio, se le aplican las exenciones de responsabilidad del Artículo 12 de la DCE. Según el Abogado General no hay motivo para que no sea así, ya que el servicio se ofrece como una actividad complementaria en el contexto de una actividad económica, a pesar de que no reciba una remuneración directa (párrafos 44 a 47). Además, el concepto de “facilitar” el acceso a una red es suficiente, no es necesario que exista una relación contractual directa entre el usuario del servicio y el operador que lo ofrece (párrafos 51 a 56).

Al dejar claro que el Artículo 12 aplica en este caso, el Abogado General sigue analizando el alcance de las exenciones, es decir, si el demandante puede reclamar indemnizaciones y otros tipos de pretensiones pecunarias al PSSI de intermediación u operador, qué requerimientos judiciales pueden solicitarse a un PSSI de intermediación de acceso de este tipo y qué sanciones se les puede imponer por su incumplimiento. Sony Music no sólo solicitaba medidas cautelares, sino también daños y perjuicios, así como la recuperación de todos los costes asociados incluidas las costas judiciales. El Sr. Szpunar considera que el Artículo de la ley se opone a que este PSSI de intermediación de acceso “*sea condenado tanto*

⁴⁴⁷ El Abogado General del TJUE, Maciej Szpunar, declaró durante la primera mitad del 2016 que “*el operador de una tienda, un hotel o un bar que ofrece una red de Wi-Fi gratuita no será responsable por las infracciones de derechos de autor realizadas por los usuarios de esa red. A pesar de que se puedan solicitar medidas cautelares contra un operador para terminar con una infracción, no se podrá ni solicitar el cierre de la dirección IP, ni la palabra clave de la conexión a Internet para examinar todas las comunicaciones que se transmiten a través de ella*”. Véase la Opinión del Abogado General en Caso C-484/14 Tobias M Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/uplad/docs/application/pdf/216-03/cp16002en.pdf Últ. vis. 24/Abr/2017. Desde esta sentencia los titulares de una Wi-Fi, ya sea para uso familiar o en un establecimiento como un bar, un café o una tienda, son responsables por todos los actos ilícitos que realicen los que utilizan esa Wi-Fi si un Tribunal les impone una medida cautelar de control distinta a las dos mencionadas anteriormente, aunque no tengan conocimiento de ello, ni se realice una infracción por motivo comercial. Por ello, esta Sentencia del TJUE evitará que aquellos bufetes de abogados que se dedican a monitorizar el uso de las redes P2P de los usuarios privados dejarán de ingresar dinero por el uso de las “*copyright trolls*” (demandas civiles colectivas abusivas contra titulares de dirección IP desconocidos que presuntamente han vulnerado derechos de autor) en estos casos, en los que a través de controlar todas las comunicaciones que se enviaban a través de una Wi-Fi gratuita, aprovechaban para enviar facturas abusivas a usuarios a los que amenazaban con una demanda por vulnerar derechos de autor. Véase SLASHDOT, “Germany Set to End Copyright Liability for Open Wi-Fi Operators” en *Slashdot*, 12 Mayo, 2016, disponible en https://yro.slashdot.org/story/16/05/12143242/germany-set-to-end-copyright_liability_for-open-wi-fi-operators Últ. vis. 24/Nov/2016.

al pago de una indemnización por daños y perjuicios, como al pago de los gastos del requerimiento extrajudicial y de las costas en relación con la infracción de los derechos de autor cometida por un tercero en razón de la información transmitida.” (párrafos 73-80). Además, únicamente se le puede aplicar responsabilidad a un PSSI de intermediación de acceso si una de las obligaciones concretas del Artículo 12(3) ha sido vulnerada (párrafos 81-87). Sin embargo, la situación es distinta en caso de sanción relativa a un requerimiento judicial. El Artículo 8(3) de la Directiva DDASI 2001/29/CE y el Artículo 11 de la Directiva IPRED 2004/48/CE permiten adoptar medidas cautelares contra los PSSI de intermediación. Por ello, el Abogado General afirma que pueden tomarse medidas cautelares, y que, para salvaguardar la eficacia de las mismas, un PSSI de intermediación de acceso puede incurrir en responsabilidad en caso de no poner fin a la infracción o de no tratar de impedirla (párrafos 88-91).

El Abogado General Szpunar dedica el resto de sus conclusiones a la última cuestión prejudicial que trata sobre los límites de los requerimientos judiciales que pueden solicitarse en estos casos. En ellas destaca que el apartado 3 del Artículo 12 de la DCE obliga a que las medidas cautelares tengan el objetivo de prevenir o terminar con las vulneraciones de derechos de autor, aunque sin permitir que el PSSI de intermediación de acceso realice un control generalizado de todas las transmisiones realizadas para cumplir con el Artículo 15(1). Además, estos límites deben buscar el justo equilibrio para cumplir con los principios y derechos fundamentales y las libertades individuales protegidos por el Derecho de la Unión, incluidos los derechos a la libertad de expresión, de información y la libertad de empresa, consagradas respectivamente en los Artículos 11 y 16 de la CartaUE, por un lado, y el derecho a la protección de la propiedad intelectual, consagrada en el Artículo 17(2) de la CartaUE, por otro (párrafos 111 y 112). Por ello, el Abogado General opina que los tribunales de los Estados miembros interpretarán los derechos incluidos en las Directivas y los derechos fundamentales de las legislaciones de cada Estado para encontrar un justo equilibrio adoptando medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias (párrafo 115). Por ello, la desconexión del servicio de acceso a Internet tampoco es una medida que pueda ser adoptada. Finalmente, el Abogado General Szpunar analizó si era apropiado obligar al PSSI de intermediación a proteger el acceso a la red Wi-Fi, la cual opina sería una medida desproporcionada y excesivamente gravosa para un caso como el que nos ocupa, un pequeño comerciante

que se gana la vida con otra actividad distinta, lo que crearía una desventaja para la sociedad en general (párrafos 134-149).⁴⁴⁸

El TJUE finalmente declara en el sexto punto al final de la Sentencia:

“El apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 2000/31, en relación con el apartado 3 del mismo artículo, debe interpretarse, habida cuenta de las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales y de las normas previstas por las Directivas 2001/29 y 2004/48, en el sentido de que no se opone, en principio, a la adopción de un requerimiento judicial, como el que se plantea en el asunto principal, por el que se exija al proveedor de acceso a una red de comunicaciones que permite al público conectarse a Internet, bajo pena de multa coercitiva, que impida a terceros poner a disposición del público, mediante dicha conexión a Internet, una obra determinada o partes de ésta protegidas por derechos de autor, en una plataforma de intercambio de archivos de Internet (peer-to-peer) cuando ese prestador puede elegir las medidas técnicas que hayan de adoptarse para cumplir el citado requerimiento judicial, incluso si esa elección se circunscribe a la medida que consiste en proteger la conexión a Internet mediante contraseña, siempre que los usuarios de esa red estén obligados a revelar su identidad para obtener la contraseña requerida y no puedan, por tanto, actuar anónimamente, lo que corresponde verificar al tribunal remitente.”⁴⁴⁹

En nuestra opinión, el que el dueño de un pequeño negocio tenga el derecho de ofrecer el acceso a una red Wi-Fi de forma gratuita, sin necesidad a obligar a los usuarios a que se registren sus datos personales, con fines publicitarios respecto a los bienes vendidos o los servicios realizados por dicho PSSI de intermediación y no tenga la obligación de controlar toda la información que transmiten los usuarios, favorece los derechos de privacidad y de libertad de expresión. Los usuarios tendrán acceso a la red sin miedo a que sus datos personales estén siendo registrados. Ahora bien, esta sentencia permite a los tribunales nacionales implementar las posibles medidas cautelares teniendo en cuenta la capacidad empresarial del tipo de PSSI de intermediación de acceso del que estemos hablando. Dicho de otro modo, el TJUE no permite de forma general que un PSSI

⁴⁴⁸ Véase las Conclusiones del Abogado General, Maciej Szpunar, en el Caso C-484/14 Tobias McFadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de Marzo de 2016, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Landgericht München I, ECLI:EU:2016:170

⁴⁴⁹ Véase la Sentencia C-484/14 Tobias McFadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de Septiembre de 2016, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Landgericht München I (Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I, Alemania), ECLI:EU:2016:689

de intermediación de acceso que ofrece un servicio Wi-Fi gratuito pueda ser considerado responsable por las vulneraciones de derechos de autor que puedan realizar los usuarios, por lo que los titulares de derechos no pueden reclamar daños y perjuicios a los mismos. Ahora bien, el Tribunal establece un límite permitiendo a los titulares de derechos solicitar un requerimiento judicial para evitar futuras lesiones de derechos de autor que establezcan un equilibrio entre estos derechos y los derechos de libertad de expresión, de información y de libertad de empresa, considerando que una medida cautelar que obligue a los usuarios a revelar su identidad para obtener la clave de acceso a dicha conexión, sería aceptable. Por lo tanto, mientras esto no ocurra, los negocios pueden ofrecer accesos a Wi-Fi gratuitas en la Unión Europea.

CAPÍTULO VI: EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS TRANSMITIDOS ENTRE LOS USUARIOS POR PARTE DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI) DE INTERMEDIACIÓN DE ACCESO.

Como hemos visto hasta ahora, uno de los aspectos más controvertidos desde la aparición de Internet ha sido el papel que deben asumir los PSSI de Intermediación de Acceso cuando los usuarios de los mismos utilizan sus servicios para compartir contenido a través del uso de protocolos P2P que presuntamente pueden transmitir contenido que vulnere derechos de autor. La exclusividad de la que disfrutaban las industrias relacionadas con la distribución de contenido: principalmente la musical, la audiovisual, la de programas informáticos y la de publicaciones, reclaman que durante los últimos veinte años Internet ha creado un menoscabo de su mercado multimillonario creando un intenso debate doctrinal regulatorio, político y económico de primer orden a nivel mundial.⁴⁵⁰

Sin duda, las organizaciones comerciales que explotan los derechos de autor a nivel global como la “*Motion Picture Association*” (“MPA”), la “*Business Software Alliance*” (“BSA”) y la “*International Federation of the Phonographic Industry*” (“IFPI”), que se unieron en la “*International Intellectual Property Association*” (“IIPA”) como grupo de presión en las negociaciones del acuerdo internacional “ACTA”, son estructuras poderosas que representan grupos de interés económico muy bien organizados y que han demostrado la enérgica influencia que pueden llegar a tener sobre legisladores en foros tanto nacionales como internacionales. Sin embargo, los objetivos políticos de estas organizaciones en muchas ocasiones han colisionado frontalmente no sólo con los PSSI de Intermediación de acceso que se han resistido a convertirse en el servicio policial de las mismas, sino además con otras organizaciones que defienden el acceso al conocimiento y que consideran que las nuevas formas digitales de control de la actividad en línea de los derechos de autor son innecesariamente rígidos y no se concibieron para cumplir con los propósitos que

⁴⁵⁰ En general, véase en este sentido, SAMUELSON, P., “Intellectual Property Rights and the Global Information Economy” en *Communications of the ACM*, Vol. 39, issue 1, 1996. LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intellectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view..pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001. LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law o Lock Down Culture and Control Creativity, The Nature and Future of Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004. Disponible en: www.free-culture.cc/ Últ. vis. 12/Dic/2016. GILLESPIE, T., *Wired Shut: Copyright and the Shape of Digital Culture*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2007. HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012. También BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006, pp. 129-355. MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolkers Kluwer, New York, 2012, pp. 684-786.

pretenden imponer, provocando un manifiesto sentimiento de aversión o falta de respeto por los derechos de autor en Internet que escapa al control legislativo.⁴⁵¹

Cuando los políticos y los legisladores se plantearon veinte años atrás cómo debían regularse las responsabilidades de los PSSI de intermediación de acceso, no se pensó que la tecnología avanzase tanto como para poder imaginar que de forma automática se pudiese detectar y paralizar cualquier actividad que jurídicamente pueda parecer inapropiada. Esta tecnología que gestiona las redes y puede supervisar todo el contenido que atraviesa Internet se llama “*Deep Packet Inspection*” o “*DPI*” (“Inspección Profunda de los Paquetes de Datos”), siendo la más avanzada de las tecnologías que genéricamente se conocen como “*packet filtering technology*” o tecnología que filtra el contenido de los paquetes de datos, supra 1.1.2.a). Esta tecnología puede enviar notificaciones de forma automática, así como bloquear contenido si el sistema detecta que se están vulnerando derechos de autor (aunque no distingue usos lícitos legalmente aceptables), optimizar o variar el ancho de banda disponible para los usuarios por una sobrecarga de tráfico en la Red, o bien, bloquear el acceso a un sitio web determinado si existe un mandato judicial al respecto, además de si, por un tema de seguridad nacional o de índole penal, un juez solicita a un PSSI de intermediación de acceso controlar toda la información que envía y recibe una dirección IP determinada. Aparte de las “*Deep Packet Inspection*”, también existen otros tipos de tecnología llamados “*Over The Top*” o “*OTT*” cuya función es introducirse en las redes P2P como, por ejemplo, las que utilizan el protocolo BitTorrent, identificar paquetes de datos presuntamente vulneradores de derechos de autor y acumular direcciones IP que participan en las mismas. Este último sistema es el utilizado por los titulares de derechos actualmente. La diferencia con la anterior consiste en que la “*DPI*” necesita ser instalada por los PSSI de Intermediación de acceso en su sistema, mientras que la “*OTT*” es implementada por agentes contratados por los titulares de derechos u otras organizaciones que buscan un beneficio económico con la presentación de demandas por vulneración de derechos de autor (supra 8.1.4.b)), y una vez tienen identificada la dirección IP presuntamente vulneradora de sus derechos de autor, los primeros envían la notificación al PSSI de

⁴⁵¹ Véase en general GURRY, F., “Discurso del Director General de la OMPI” en la *Facultad de Derecho y Tecnología de la Universidad de Queensland*, 25 de Febrero, 2011, Sydney, Australia, disponible en http://www.wipo.int/about-wipo/es/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html Últ. vis. 25/May/2014. BOHANNAN, C., et HOVENCAMP, H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, ed. Oxford University Press, New York, 2012. VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001. STALLMAN, R.M., *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, ed. Free Software Foundation, Boston, MA, 2002, pp. 127-144, disponible en <https://gnu.org/doc/fsfs3.hardcover.pdf> Últ. vis. 22/Nov/2015. LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law o Lock Down Culture and Control Creativity, The Nature and Future of Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004. Disponible en: www.free-culture.cc/ Últ. vis. 12/Dic/2016. Recordemos que para ejercer presión política en el seno del Parlamento Europeo cuando se estaba redactando la nueva Directiva sobre Telecomunicaciones a principios de esta década, la “*Motion Picture Association*” o MPA (Time Warner, Sony Pictures, Universal y Walt Disney), la “*International Federation of Phonographic Industries*” o IFPI, como empresas de los medios de comunicación Mediaset y Canal + (Vivendi) y como editores Lagardere, y Reed Elsevier, se asociaron con el nombre de “*Creative and Media Business Alliance*” (CMBA). GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid, 2004, pp. 65-66.

Intermediación de acceso para que informen a su usuario en el caso de que tengan implementado un esquema de respuesta gradual como el acuerdo “*MOU*” en EE.UU. con cinco de los principales PSSI de intermediación de acceso o bien los titulares de derechos presentan una demanda en el juzgado correspondiente.⁴⁵²

Toda la legislación que se implementó tanto en EE.UU. en el año 1998 como en la Unión Europea en el año 2000, descrita en el Capítulo III, protegía a los PSSI de intermediación de acceso por la responsabilidad derivada de las vulneraciones de derechos de autor de sus usuarios y se basaba en la premisa de que era o demasiado costoso o técnicamente imposible que pudiesen controlar y actuar sobre las actividades que tenían lugar en las plataformas donde ofrecen sus servicios. Pues bien, en estos momentos la premisa ya no existe y, sin embargo, ni el Congreso estadounidense ni la Comisión Europea han modificado su legislación al respecto. Es más, en la Unión Europea han reafirmado en sendos Reglamentos (supra 9.1.5. y 9.1.7.c)) que los PSSI de intermediación de acceso no deben controlar el contenido que los usuarios intercambian en la Red (norma que ya fue introducida en el marco normativo del régimen de responsabilidad de los PSSI de intermediación de acceso en la Directiva sobre el Comercio Electrónico 2000/31/CE (supra 6.1.4.), a excepción, por supuesto, en relación a temas de índole penal o de seguridad pública solicitadas por la administración o instancias judiciales. Incluso la Comisión Europea dejó claro que la solución a las vulneraciones de derechos de autor consistía en crear nuevos modelos de negocio que fuesen asequibles económicamente y digitalmente atractivos para conseguir contenido por parte de los usuarios de Internet, cuando las asociaciones representantes de los titulares de derechos intentaron a través de la nueva Directiva de Telecomunicaciones obligar a que los PSSI de intermediación de acceso participaran activamente en la desconexión de usuarios privados de Internet a través de esquemas de respuesta gradual

⁴⁵² Véase en este sentido MUELLER, M.L., KUEHN, A., et SANTOSO, S.M., “Policing the Network: Using DPI for Copyright Infringement” en *Surveillance and Society*, Vol. 9, issue 4, 2012, pp. 349-351, disponible en <http://www.surveillance-and-society.org> Últ. vis. 21/Feb/2016. En el mismo sentido, OHM, P., “The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance” en *University of Illinois Law Review*, 2009, pp. 1423-1424, disponible en <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/5/Ohm.pdf> , últ. vis. 26/Mar/2016. El autor destaca la posición envidiable de la que disfrutaban los PSSI de intermediación de acceso en la economía actual gracias a las posibilidades de vigilancia de los usuarios por el uso de la tecnología “*DPI*”. En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, en *TTLF Working Papers*, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 203-204. Las tecnologías más conocidas que se han desarrollado estos últimos años son: “*Dtechnet*” (utilizada por EMI y otros titulares de derechos de autor para identificar a los que suben las canciones u otros tipos de ficheros a las redes P2P), “*CopySense*” (tecnología diseñada por Audible Magic y utilizada por ejemplo por Facebook o Myspace) y “*Content ID*” (utilizada por YouTube). Además, tal como hemos dicho, tecnologías inteligentes como las “*Deep Packet Inspection*” permiten a los PSSI de Intermediación de acceso y a las plataformas sociales a analizar el contenido que hay dentro de los “paquetes de datos” (supra 1.1.2.a)). Estas tecnologías son utilizadas por prácticamente la totalidad de los PSSI de Intermediación de acceso para gestionar sus redes o por motivos de seguridad, aunque evidentemente su uso despierta una considerable preocupación para la privacidad de los usuarios. Por ejemplo, Audible Magic CopySense” analiza con tecnología de huellas “*fingerprints*” de reconocimiento de contenido los pedazos de fichero transmitidos a través de redes P2P para determinar si están protegidos por derechos de autor o no. Según la misma empresa Audible Magic su margen de error era del 1% en el año 2011 y trabajaban en su reducción. Véase el Informe “*Amicus Curiae*” al Tribunal de Audible Magic en el procedimiento Viacom International v. Youtube, nº 471, 27 Septiembre, 2011

(supra 8.1.5.b) y 9.3.).⁴⁵³ Además, en concreto, el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea obliga expresamente a los PSSI de intermediación de acceso a mantener el anonimato de las comunicaciones de los usuarios de Internet.

Como hemos visto en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha establecido claramente que los titulares de derechos no pueden vulnerar derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos de la Unión, permitiéndoles únicamente una serie de procedimientos jurídicos que pueden implementar para defender sus derechos, los cuales como hemos visto en la interpretación del Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no representan un derecho fundamental (supra 2.1.1.). Repasemos, por tanto, qué deben o no hacer los PSSI de Intermediación de acceso ante las demandas relacionadas con los derechos de autor dentro del ámbito del Derecho Civil si no desean vulnerar los derechos constitucionalmente reconocidos a sus suscriptores. Todos ellos, la libertad de expresión, la protección de la privacidad de las personas, la imparcialidad y la legitimidad de las posibles medidas a tomar que incluyen el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, así como el principio de proporcionalidad, son derechos constitucionalmente reconocidos en los Estados democráticos y todos ellos también quedarían afectados en caso de la implementación de esquemas de respuesta gradual que, como ya sabemos, no son aceptados por la Unión Europea y en EE.UU. no están implementados legislativamente, aunque sí existe un acuerdo privado firmado entre determinadas partes con el beneplácito de la Presidencia de los EE.UU., aunque, eso sí, nunca pueden incluir la suspensión definitiva del derecho al acceso a Internet.

Tal como hemos visto en el desarrollo de nuestro trabajo, la Unión Europea ha legislado en el sentido de que no existe obligación por parte de los Prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información (PSSI) de Intermediación de Acceso de Establecer un Sistema Generalizado de Filtrado de las Comunicaciones Electrónicas que Circulan a Través de sus Servicios para Controlar el Presunto Uso Ilícito de las Redes “Peer-to-Peer” (“P2P”) por Parte de sus Suscriptores, lo cual es lógico ya que los dos derechos constitucionales que se vulnerarían en caso contrario serían la Libertad de Expresión y la Privacidad de los usuarios de Internet. En EE.UU. tampoco existe dicha obligación, ya que incluso en el acuerdo privado “MOU” son los titulares de derechos los que han

⁴⁵³ COMISIÓN EUROPEA, “Stakeholders’ Dialogue on Illegal Up- and Downloading” en *Borrador del Resumen de lo Discutido en la Reunión*, (Draft Summary of Meeting Minutes), Bruselas, 2 de Junio de 2010. Esta reunión no era pública y tuvo lugar en un entorno cerrado. Sin embargo, se filtraron ciertas partes de la misma que afectan a nuestro trabajo. En esta reunión la Comisión Europea rechazó las últimas medidas técnicas disponibles por considerarlas ineficaces, contraproducentes para la innovación, así como para el funcionamiento de las redes de alta velocidad. Se justificó que el nivel de conocimientos informáticos necesarios para evitar las medidas técnicas eran muy simples, mientras que los costes asociados a su implementación muy elevados. Además, este tipo de medidas no respetaban el principio de proporcionalidad, la privacidad, la libertad de expresión y eran contrarias a la Agenda Digital Europea. Por otro lado, el TJUE se ha pronunciado también en relación a que un PSSI de intermediación de acceso no debe instalar un sistema general de filtrado para evitar ser civilmente responsable por la conducta de sus suscriptores en la Sentencia TJUE, C-70/10 Scarlet Extended SA v. *Société Belge des Auteurs, Compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 Noviembre de 2011 (supra 9.4.2.a)).

de identificar las presuntas vulneraciones con tecnología “OTT” en lugar de ser los PSSI de intermediación de acceso a través de la tecnología “DPI”⁴⁵⁴, del mismo modo que era el sistema utilizado en los esquemas de respuesta gradual en Francia (de implementación pública) e Irlanda (de implementación privada) en supra 9.3.

En resumen, ambos esquemas jurídicos consideran que una defensa exagerada de los derechos de autor en el ámbito digital por el uso privado de las redes P2P de los usuarios de Internet, no cumpliría con el principio de proporcionalidad que requieren los derechos fundamentales y libertades individuales que defienden las constituciones de los Estados involucrados, tal como analizamos a continuación.⁴⁵⁵

10. La Protección de la Libertad de Expresión e Información de los Usuarios de Internet

⁴⁵⁴ En este sentido véase MUELLER, M.L., KUEHN, A., et SANTOSO, S.M., “Policing the Network: Using DPI for Copyright Infringement” en *Surveillance and Society*, Vol. 9, issue 4, 2012, pp. 359-361, disponible en <http://www.surveillance-and-society.org> Últ. vis. 21/Feb/2016. Los autores destacan que los PSSI de intermediación de acceso han ido variando la intensidad de su oposición en el uso de la tecnología “DPI” como posible remedio de las presuntas vulneraciones de derechos de autor, aunque no se tiene la evidencia de que éstos la hayan adoptado. En similares términos, BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

⁴⁵⁵ Véase en estos términos, MERGES, R.P., et REYNOLDS, G.H., “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power” en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 37, 2000, p. 65. Los autores argumentan que los términos de derechos de autor deben ser declarados como no constitucionales porque representan “privilegios concedidos por interés” (“special interest gifts”). En el mismo sentido en general, LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intellectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view...pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001. SAMUELSON, P., “Intellectual Property Rights and the Global Information Economy” en *Communications of the ACM*, Vol. 39, issue 1, 1996. SAMUELSON, P., et SHEFFNER, B., “Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, 2009, pp. 53-73, versión escrita del debate entre los autores en PENNumbra, disponible en <http://www.scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2946&context=facpubs>. Últ. vis. 25/Nov/2016. NETANEL, N.W., “Impose a Noncommercial Levy To Allow Free Peer-to-Peer File Sharing” en *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 17, issue 1, 2003, 1-84. Este último autor destaca que las innovaciones digitales de la tecnología P2P sin impedimentos permitirá el desarrollo de creaciones más productivas y expresivas en cuanto a los trabajos de autoría. Asimismo véase el Informe del Alto Comisionado de la Naciones Unidas: LA RUE, F., “Imposition of Intermediary Liability” en *Internet & Freedom of Expression*, “Restriction of Content on the Internet” en *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, p. 22, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016, donde destaca que los derechos de anonimato, autonomía personal, privacidad y libertad de expresión, deben equilibrarse con los principios de necesidad y proporcionalidad para proteger a los suscriptores de Internet y a los PSSI de intermediación de acceso, con todas las salvaguardas necesarias para evitar abusos.

Las dos amenazas principales en cuanto al derecho constitucional de la libertad de expresión⁴⁵⁶ que pueden sufrir los usuarios de Internet son básicamente dos: uno, si a los titulares de dirección IP que presuntamente vulneran derechos de autor por el uso de redes P2P a través de sus suscripciones se les suspende el acceso a Internet y, dos, que todo el contenido que envían y reciben sea filtrado independientemente de si intercambian o no contenido que pueda vulnerar derechos de autor. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la libertad de empresa, únicamente permite que se pueda quebrantar la protección del derecho fundamental de expresión e información para salvaguardar los derechos de autor en el caso de que un Tribunal de un Estado Miembro imponga medidas cautelares de protección de acceso a un servicio de Wi-Fi gratuita a través de una contraseña para que los usuarios no puedan actuar de forma anónima (Sentencia Fadden, supra 9.4.4.) y de cierre o bloqueo de un sitio web de Internet concreto que vulnera derechos de autor, para evitar que continúen las infracciones (Sentencia UPC, supra 9.4.3.).

La suspensión del acceso a Internet, que puede ser temporal o definitiva, es la medida tomada por parte de los PSSI de intermediación de acceso con sus suscriptores presuntamente re-incidentes en caso de la presunta vulneración de derechos de autor en los acuerdos privados acordados entre titulares de derechos y los PSSI de intermediación de acceso firmantes de los mismos, como serían el caso de Eircom/IRMA en Irlanda (puede llegar a ser una suspensión definitiva) o del MOU en EE.UU. (sólo puede ser una suspensión temporal y es una entre varias opciones a escoger por el propio PSSI de intermediación de acceso que la implementa). Además, en EE.UU., los PSSI de Intermediación de acceso que no han firmado el acuerdo privado, tras la condena en primera instancia de Cox Communications (supra 8.1.3.b)), están a la expectativa para ver cómo interpreta el Tribunal de Apelación el Artículo 512(i) de la “*Digital Millenium Copyright Act*”. En nuestra opinión, el hecho de que el Congreso de los EE.UU. se esté planteando legislar para implementar condenas monetarias (“*statutory damages*”) más bajas en el caso de ser declarado un PSSI de intermediación de acceso responsable civil extracontractual derivado de las infracciones directas de

⁴⁵⁶ Tal como ya hemos explicado anteriormente, la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense es la que prohíbe que puedan existir comportamientos que reduzcan la Libertad de Expresión. Véase DWORKIN, R., *FREEDOM'S LAW: The Moral Reading of the American Constitution*, ed. Oxford University Press, New York, 1996, pp. 195-213. En la Unión Europea, el Derecho a la Libertad de Expresión y de Infomación está recogido en el artículo 11 del Título II (Libertades Individuales) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza o CartaUE) que forma parte del derecho comunitario originario. Estos Derechos Fundamentales están recogidos en las Constituciones de los Estados Miembro. En este sentido, véase GÓMEZ, I., “Las Normas de Origen Externo: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea” en Coordinadora Itziar Gómez, *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3ª Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 109. Además ninguna de las dos amenazas a este derecho fundamental: la suspensión de acceso de Internet y el filtrado generalizado del contenido transmitido se permite en la Unión Europea. Véase Sentencia C-484/14 Tobias McFadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de Septiembre de 2016, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Landgericht München I (Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I, Alemania), ECLI:EU:2016:689.

sus usuarios por la vulneración de múltiples obras o prestaciones, no elimina el problema de fondo. Una gran parte de los usuarios de nuevas tecnologías no son ni conscientes de que están utilizando las redes P2P, ni tienen forma de saber que un determinado contenido está protegido o no por derechos de autor. El ciudadano normal ni se lo plantea.

Los representantes de la Naciones Unidas consideran que el concepto de un sistema de conexión o desconexión de Internet con esquemas privados de respuesta gradual a escala estatal es alarmante. Además, consideran especialmente preocupantes las presiones a escala internacional en las negociaciones del “*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*” (“ACTA” o Acuerdo Comercial Contra la Falsificación) que se intentó utilizar para establecer un acuerdo internacional para la defensa de derechos de autor, incluyendo una cláusula en el texto final del mismo de fecha Diciembre 2010 que fue finalmente eliminada por la que se podía desconectar de Internet a usuarios que violasen el tratado. Por ello van a mantenerse atentos a futuros intentos de cambios en estos tratados por la implicación que podrían tener en la responsabilidad de los PSSI de intermediación de acceso y los derechos de libertad de expresión de los usuarios de la Red.⁴⁵⁷

A pesar de que el filtrado de contenido que se puede realizar con la tecnología “*Deep Packet Inspection*” o “*DPI*” mencionada anteriormente, ya está instalada en la mayor parte de los PSSI de intermediación de acceso porque es la tecnología que gestiona las redes y la intensidad del tráfico en las mismas, y que, además, podría supervisar todo el contenido, palabra por palabra, fonograma por fonograma e imagen por imagen que atraviesa Internet, ¿cómo van a saber estas empresas técnicas si un contenido identificado con alguna medida tecnológica de gestión de derechos no está siendo utilizada por alguna de las excepciones o usos lícitos o razonables establecidos por ley? La tecnología “*DPI*” está disponible desde principios de la presente década y, sin embargo, ni EE.UU. ni la Unión Europea ha dispuesto legislativamente que los PSSI de intermediación de acceso deban implementarla para buscar activamente presuntas vulneraciones de derechos de autor que atraviesan sus servicios. Por lo tanto, los titulares de derechos únicamente pueden utilizar las tecnologías “*Over the Top*” o “*OTT*” que únicamente les permite identificar direcciones IP, que además no puede interpretarse como una vulneración probada, ya que estas presuntas infracciones podrían ser erróneas.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Véase LA RUE, F., Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, May 2011, Apartado IV., punto D., párrafo 50, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf . Últ. vis. 9/Mayo/2016.

⁴⁵⁸ En este sentido véase BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 103-106. La autora nos especifica los distintos usos que se le pueden dar a la tecnología “*Deep Packet Inspection*” . En similares términos, MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement:

10.1. La Suspensión del Acceso a Internet

La suspensión de acceso a Internet puede ser de dos tipos. O bien se suspende específicamente el acceso a la “www”, dejando los demás servicios como la telefonía o el acceso al e-mail funcionando normalmente, o bien se suspenden todos los servicios contratados en un solo contrato con el proveedor de acceso, por lo que el suscriptor de ancho de banda de Internet y telefonía “Voice over IP” o “VoIP” y los demás usuarios del mismo domicilio perderían durante el período de suspensión, además del acceso a la “www”, las video-conferencias, los servicios de televisión a la carta o “streaming” y la telefonía.

Hasta qué punto la suspensión del acceso a Internet afectará el derecho constitucional de la libertad de expresión, dependerá del tiempo que se implemente y la cantidad de servicios afectados. Por lo tanto, cuanto más tiempo dure y cuantos más servicios suspenda, mayor será su impacto no sólo en la libertad de expresión, sino en la libertad de asociación, en la libertad de recibir información, en la libertad de comunicarse y en la libertad de realizar transacciones comerciales. En un mundo que cada vez depende más de Internet para realizar cualquier actividad social, educativa, cultural, política o comercial, la sanción de suspender el acceso tiene consecuencias anticonstitucionales que van mucho más allá del presunto consumo de un contenido con derechos de autor y la habilidad de compartir ficheros a través de las redes P2P.⁴⁵⁹ Por todo ello, en nuestra opinión, la suspensión temporal de acceso, aunque no definitiva bajo el acuerdo privado “MOU”, y la condena de Cox Communications (supra 8.1.3.b)), parte no firmante de este acuerdo, por no suspender de forma definitiva a usuarios de Internet presuntamente reincidentes de vulnerar derechos de autor, al no existir la posibilidad de que exista un escrutinio judicial como estableció el Tribunal Constitucional en Francia, nos parece totalmente desproporcionada, a

Reconciling the EU and US Approaches”, en *TTLF Working Papers*, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012, pp. 203-208. En cuanto a la falta de fiabilidad de las vulneraciones de derechos de autor notificadas por titulares de derechos véase en general LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 165-186, disponible en <https://cardosoaelj.com/wp.content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf>, últ. vis. 20/May/2017.

⁴⁵⁹ En este sentido véase BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 125-127. En el mismo sentido, SUZOR, N., CHOI, R., et PAPPALARDO, K., “Moments of Flux in Intermediary Liability for Copyright Infringement in Australia” en Editor PERRY, M. *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016.

pesar de que el Artículo 512, apartado (i), de la DMCA (supra 5.2.7.) pudiese interpretarse en este sentido.⁴⁶⁰

Recordemos que en los EE.UU. bajo la “*Section 512(i)*” el PSSI de Intermediación de acceso tiene la obligación de adoptar e implementar de forma razonable un sistema que podrá llegar, en las circunstancias adecuadas, a cortar el acceso de la suscripción a Internet del usuario infractor re-incidente, y todo ello a través de una política de uso del servicio descrita en sus normas escritas y firmadas con el suscriptor. Además, bajo esta sección el PSSI de Intermediación de Acceso tampoco puede interferir con las “medidas técnicas de protección” utilizadas por los titulares de derechos para prevenir la vulneración de los derechos de sus obras o prestaciones. Sin embargo, los PSSI de Intermediación de acceso no tienen que cumplir con la sección 512(c) de notificación y retirada (que consiste en la obligación de actuar cuando tiene conocimiento de una vulneración para poder disfrutar de la protección como “puerto seguro” de la ley “*Digital Millenium Copyright Act*” o DMCA), tal como estableció como jurisprudencia la sentencia *Charter Communications, Inc.* 393 F.3d 771 76 (8th Cir. 2005). En ella el Tribunal de Apelación estableció claramente que los PSSI de Intermediación acceso no tienen que cumplir con la sección 512(c) porque la “*mere conduit*” no controla el contenido que pasa a través de sus servicios. En este mismo sentido se ha pronunciado en la Unión Europea el abogado general de la Sentencia del Caso C-484/14 “*Tobias M. Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*”.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Véase además de la sentencia en el caso de *Cox Communications*, una sentencia anterior que llegaba a la misma conclusión, es decir, de que un PSSI de intermediación que recibe múltiples notificaciones de un titular de derecho conforme un suscriptor vulnera sus derechos y no desconecta al usuario de Internet, no está implementando adecuadamente la sección 512(i) de infractores re-incidentes de la ley DMCA. Véase en este sentido, *Perfect 10 v. CCBill LLC.*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1088, (C.D. of California). Decided on 2004. Sin embargo, en sentido contrario, véase *Corbis Corp. v. Amazon.com*, 351F. Supp. 2d 1090, 1108-09 (W.D. of Washington). Decided on 2004. En esta última sentencia, el juez confirma que una notificación de un titular de derechos sirve para detectar un posible ilícito ante un PSSI de intermediación, aunque en ningún caso deben interpretarse como una vulneración probada, ya que puede ser errónea.

⁴⁶¹ Es importante destacar que un PSSI de Intermediación de acceso ni controla el contenido que pasa a través de sus servicios para detectar posibles usos ilícitos de contenido, ni tiene porque controlarlo. En la legislación de EE.UU, del mismo modo que pasa en la UE, los PSSI no tienen que revisar sus sistemas para buscar vulneraciones de derechos de autor, ya que la sección 512(m) así lo especifica. Sin embargo, y aunque los casos *UMG Recording Inc. v. Veoh Networks Inc.* 665 f. Supp. 2d 1099, 1110, (C.D. Cal. 2009), y *UMG Recording Inc. v. Shelter Capital Partners LLC et al* 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013), sentencia de fecha 14 de Marzo, 2013, disponible en <https://www.eff.org/files/filenode/09-55902.pdf>, últ. vis. 13/Mar/2016, se refieren a servicios de “*hosting*”, los titulares de derechos miembros de la RIAA mantuvieron durante el juicio que una vez el PSSI de intermediación de acceso tiene conocimiento de que hay algún contenido vulnerador de derechos debería tener la obligación de monitorizar todo el servicio. Afortunadamente ningún tribunal ha aceptado esta argumentación, reafirmando que el rol de los PSSI de Intermediación sólo debe ser reactiva, no proactiva. Por otro lado, en estos mismos procedimientos, los titulares de derechos argumentaron que cuando han enviado al PSSI de Intermediación una notificación en la que informan que desde una sola dirección IP se han realizado varias vulneraciones, se debería

La posibilidad de desconexión de Internet temporal o definitiva en la Unión Europea no existe sin escrutinio judicial (recordemos que mientras estuvo implementada la ley Hadopi en Francia el Tribunal Constitucional prohibió la posibilidad de que el PSSI de intermediación de acceso implementasen directamente la medida) excepto en el acuerdo privado de respuesta gradual firmado en Irlanda (supra 9.3.2.), pero el cual tras los Reglamentos implementados (supra 9.1.5. y 9.1.7.c)) posteriormente a su firma, esta posibilidad no es aceptable en el ámbito de la Unión.

10.2. El Filtrado del Contenido Enviado entre Usuarios

Ambos ordenamientos jurídicos incluyen la ausencia de obligación de supervisar los contenidos de los usuarios (supra 5.2.9. y 6.1.4.). Durante el proceso legislativo que tuvo lugar durante la creación de la ley Hadopi en Francia, existieron fuertes presiones por parte de las corporaciones titulares de derechos para obligar legislativamente a los PSSI de intermediación de acceso a que ellos mismos filtrasen los contenidos transmitidos por las redes P2P, posibilidad que no llegó a contemplarse ya que comprometería gravemente la garantía de libertad de expresión que está incluida en el Artículo 10 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que protege de forma explícita la no ingerencia por otras partes en la información que puedan tanto recibir como enviar los usuarios de la Red, especialmente por la posible identificación errónea de contenido que no vulnera derechos por la dificultad de distinguir entre usos lícitos o no lícitos.⁴⁶² Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia “*Scarlet Extended SA v Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL (SABAM)*” (supra 9.4.2.) estableció claramente que obligar a un PSSI de intermediación de acceso a instalar y mantener un sistema de filtrado del contenido transmitido entre usuarios a través de redes P2P violaría las protecciones de libre

cortar el acceso a Internet de ese usuario sin dilación. Lo cierto es que no se especifica en ningún sitio un número determinado de notificaciones a un titular de dirección IP para que el PSSI de Intermediación tenga la obligación de cortar el acceso a Internet del usuario, aunque en el acuerdo privado “*MOU*” firmado en los EE.UU., se menciona específicamente “seis notificaciones” (supra 8.1.5.b)). Como ya hemos mencionado, incluso en los casos en que este sistema no sea efectivo, el acuerdo privado que finalmente se firmó establece que nunca se debe desconectar de forma definitiva a un usuario, aunque el PSSI de intermediación de acceso sí se puede hacerlo escogiendo entre distintas alternativas y únicamente de forma temporal.

⁴⁶² Véase U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, p. 65, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> Últ. vis. 15/Oct/2016. En similares términos, HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 49-51. La autora destaca cómo en la lucha en el seno del Parlamento Europeo por parte de grupos de presión de titulares de derechos para obligar a los PSSI de intermediación de acceso a implementar esquemas de respuesta gradual legislativamente a través de la nueva Directiva de Telecomunicaciones, se destacó este artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos.

flujo de información, ya que estas empresas privadas no pueden determinar que ficheros son lícitos o ilícitos. Es más, la Sentencia Fadden (supra 9.4.4.) sólo permite tras la imposición de unas medidas cautelares en los Estados Miembros que los usuarios deban identificarse para conseguir la contraseña de acceso a un servicio de Wi-Fi gratuito.

El problema que siempre tendrán las tecnologías automáticas de filtrado es que nunca serán capaces de distinguir cuando se está realizando un uso lícito del contenido transmitido, por lo que la consecuencia inevitable de su utilización siempre será que existirá el riesgo de un bloqueo excesivo de las comunicaciones lícitas.⁴⁶³ Tal como ya hemos visto, en EE.UU. el acuerdo “*MOU*” no incluye la posibilidad de que los PSSI de intermediación de acceso que firmaron el acuerdo filtren los contenidos con los “*DPI*”, sino que son los titulares de derechos los que identifican a través de las “*OTT*” las presuntas infracciones e informan a través de una notificación.

La vigilancia de las redes P2P por parte de los titulares de derecho a través de la tecnología “*OTT*” no supone una vulneración de derechos fundamentales ya que las redes P2P son accesibles públicamente y los únicos datos que recogen son las direcciones IP que envían y reciben paquetes de datos marcados con medidas tecnológicas de gestión. Por ello, este sistema es el utilizado en los esquemas de respuesta gradual en Francia, Irlanda y el “*MOU*” estadounidense analizados en este trabajo, además de ser el utilizado en la ofensiva de demandas civiles frente a usuarios de Internet por vulneración directa de los derechos de autor a través de las redes P2P, supra 8.1.4. Asimismo, el Alto Tribunal Irlandés también confirmó que este tipo de comportamientos por parte de los titulares de derechos no vulneran la privacidad de los participantes cuando invalidó la orden de cesación contra Eircom del Comisionado de Protección de Datos (supra 9.3.2.)⁴⁶⁴.

Por tanto, en cuanto a la libertad de expresión, el problema existente en la Unión Europea es el de Eircom/IRMA en Irlanda porque a un usuario reincidente se le puede privar del acceso de forma definitiva a Internet después de tres notificaciones, aunque como hemos dicho este acuerdo privado vulnera los presentes Reglamentos de la Unión Europea. En EE.UU, cuando el público estadounidense se puso en pie de guerra a través de las redes sociales en contra de los proyectos legislativos

⁴⁶³ GRIMMELMANN, J., “Regulation by Software” en *Yale Law Review*, Vol. 14, 2005, pp. 1752-1753. En similares términos, en general BURK, D., et COHEN, J., “Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems” en *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 15, 2001. Estos autores además comentan las prohibiciones legales de eliminar los sistemas de protección tecnológica de los contenidos con derechos.

⁴⁶⁴ Véase el párrafo 7.2 de la Sentencia Irlandesa EMI Records Ireland v. Data Protection Commissioner, High Court of Ireland IEHC, 2012, 264, en supra 9.3.2.

“SOPA” y “PIPA” (supra 8.3.1.) declaró claramente al Congreso de EE.UU. que no permitirían que la libertad de expresión pudiese llegar a ser un daño colateral en el intento de controlar la transferencia de contenidos con derechos de autor entre usuarios para uso privado, destruyendo todo aquello que Internet representa en la sociedad.⁴⁶⁵

11. La Protección de la Privacidad de los Usuarios

En nuestra opinión la posibilidad de que los PSSI de intermediación de acceso filtren el contenido que circula por sus servicios durante las transmisiones privadas de sus usuarios está en contra del concepto de neutralidad de la Red impuesto por el Reglamento (UE) 2015/2120 (supra 9.1.5.) en la Unión Europea y las Normas de Privacidad de los Usuarios establecidas por la “*Federal Communications Commission*” en los EE.UU. (supra 8.2.3.). Además también comprometería gravemente la garantía del respeto a la vida privada y el derecho a la privacidad de la correspondencia que está incluida en el Artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales y Convenio de Derechos Humanos de la Unión Europea, tal como resaltamos en el análisis de la Sentencia PROMUSICAE (supra 9.4.1.a)) El problema era que para perseguir desde un punto de vista civil las actividades ilícitas de difusión de ficheros que contienen obras protegidas por derechos de autor a través de las redes P2P, únicamente se puede identificar a los internautas a través de las direcciones IP, la cual normalmente está asignada a un suscriptor concreto como, por ejemplo, a un cabeza de familia, que tiene contratado el servicio de acceso a Internet con un PSSI de Intermediación. Además, la dirección IP indica qué PSSI de Intermediación concreto ofrece el servicio a ese suscriptor de Internet, y por ello, las entidades de gestión o los titulares de derechos de autor demandantes se dirigen a ellos para obtener dicha información.⁴⁶⁶ Al contrario que en Europa donde la institución del principio del secreto de las comunicaciones está incluido en varias constituciones (Alemania: “*Briefgeheimnis*” o Francia “*Secret de la Correspondance*”), en EE.UU. la palabra “*privacy*” no está directamente

⁴⁶⁵ En este sentido véase BRIDY, A., “Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2012, p. 159, disponible en <https://cardozoelj.com/wp-content/uploads/2012/07/Bridy.pdf> últ. vis. 13/Mar/2016. En cuanto a la defensa de la libertad de expresión y la no ingerencia en las comunicaciones privadas entre particulares, véase DWORKIN, R., *FREEDOM’S LAW: The Moral Reading of the American Constitution*, ed. Oxford University Press, New York, 1996, p. 7 y pp. 195-204.

⁴⁶⁶ HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012, pp. 49-51. La autora destaca cómo en la lucha en el seno del Parlamento Europeo por parte de grupos de presión de titulares de derechos para obligar a los PSSI de intermediación de acceso a implementar esquemas de respuesta gradual legislativamente a través de la nueva Directiva de Telecomunicaciones, se destacó este artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos. En similares términos, DURÁN RIVACOBA, R. y GARCIA LLERENA, V., “Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 205. Y SAVIN, A., *EU Internet Law*, op. cit., p. 119.

recogida en la Constitución, aunque en su jurisprudencia es el Tribunal Supremo el que la defiende por primera vez en un caso del año 1877. Además, tal como funciona el sistema jurídico estadounidense, contrariamente al poder judicial de otros estados democráticos, permite que las interpretaciones del Tribunal Supremo tengan el poder de invalidar leyes aprobadas por el Congreso.⁴⁶⁷

En el plano internacional, la privacidad de las comunicaciones está protegido por el Artículo 37 de la Unión Internacional de Comunicaciones que, sin embargo, permite que autoridades competentes nacionales tengan acceso a ellas, sin escrutinio judicial y sin necesidad de respetar el principio de proporcionalidad.⁴⁶⁸ Curiosamente, poco antes del depósito de este trabajo, el Consejo de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en su 56ª Reunión una nueva Resolución sobre el derecho a la privacidad en la era digital que recordaba a los Estados firmantes que cualquier interferencia con el derecho a la privacidad debe cumplir los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por ello, el Consejo insta a los Estados que: a) desarrollen o mantengan sus actuales legislaciones para proteger a los individuos de los abusos y violaciones que puedan sufrir sus derechos de privacidad a través de la recolección, procesamiento, retención o uso arbitrario e ilegal de sus datos personales por parte de otros individuos, gobiernos, negocios u organizaciones privadas; b) no obliguen a empresas como los PSSI de intermediación de acceso a interferir en los derechos privados de los individuos de forma arbitraria o ilegal; c) desarrollen o mantengan sus actuales legislaciones, así como que implementen

⁴⁶⁷ En este sentido véase, DWORKIN, R., *FREEDOM'S LAW: The Moral Reading of the American Constitution*, ed. Oxford University Press, New York, 1996, pp. 262-264.

⁴⁶⁸ Véase WIKIPEDIA, "Secrecy of Correspondence" (el secreto de la correspondencia), disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Secrecy_of_Correspondence Últ. vis. 20/Nov/2016. También véase en el mismo sentido, HEAD, T., "Where Did the Right to Privacy Come From" en *AboutNews*, disponible en <https://civilliberty.about.com/od/equalrights/tp/Where-Did-the-Right-to-Privacy-Origins-Come-From.htm> últ. vis. 20/Nov/2016. En el plano internacional, ver INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU), "Collection of the Basic Texts of the ITU adopted by the Plenipotentiary Conference", Edición del año 2015, Artículo 37, p. 45, disponible en <http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.21.61.en.100.pdf> Últ. vis. 20/Nov/2016. Esta institución colabora estrechamente con la OMPI y la UNESCO. En nuestra opinión, estamos de acuerdo con la APIG o "Asociación para el Correcto Gobierno de Internet", "A Concrete Proposal to Enshrine the Necessary and Proportionate Principles Thus Ending Mass Surveillance" en *Association for Proper Internet Governance* que le envió la siguiente comunicación al Alto Comisionado de las Naciones Unidas, disponible en <http://apig.ch/proposal.htm>, donde se denuncia que las excepciones son demasiado amplias. Nos parecería más coherente cómo se estableció la privacidad de los telegramas, que sólo podían comunicarse al emisor y al receptor, después de una comprobación exhaustiva de su identidad. En este sentido, véase INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU), "1865 International Telegraph Convention", Artículo 22, disponible en <http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.1.61.fr.200.pdf> Últ. vis. 20/Nov/2016. En la misma línea véase PFANNER, E., "Regulating the Internet in a Multifaceted World" en *Internet Section, The New York Times*, 26 Junio 2011, disponible en <https://www.nytimes.com/2011/06/27/technology/internet/27iht-internet27.html> Últ. vis. 23/Abril/2017. El autor destaca que el Sr. Putin le dijo al Sr. Touré, Secretario General de la ITU, "Estamos muy agradecidos por las ideas que ha propuesto para discutir. Una de ellas es establecer un control internacional sobre Internet utilizando las capacidades de monitorización y supervisión de la Unión Internacional de Comunicaciones."

medidas preventivas y remedios que eviten el daño que pudiese producir la venta o múltiple re-venta de informaciones personales sin el consentimiento informado, libre y explícito del individuo. Por último, la Resolución anima a las empresas competentes a desarrollar soluciones técnicas que protejan y aseguren la confidencialidad de las comunicaciones digitales, que podrían incluir medidas de encriptación y del mantenimiento del anonimato, instando a los Estados a no interferir en el uso de este tipo de soluciones técnicas, de acuerdo con las obligaciones internacionales legislativas de defensa de los derechos humanos.⁴⁶⁹

11.1. La Vigilancia de los Usuarios

Los PSSI de intermediación de acceso tienen la facultad de tener control sobre un punto único y crítico del uso de Internet, es decir, el cuello de botella por el que obligatoriamente han de pasar todas las comunicaciones que se producen desde el dispositivo de sus usuarios y el resto de usuarios conectados a la Red y viceversa. Esta circunstancia los convierte en el punto más importante de Internet, ya que los sitúa en una posición privilegiada para vigilar y controlar todo lo que hacemos y decimos.⁴⁷⁰

Tal como hemos mencionado al principio de este capítulo VI, existen dos tipos de tecnología que pueden identificar los paquetes de datos (descritos también en supra 1.1.2.a)) marcados con medidas tecnológicas de protección que atraviesan la Red, la “*Deep Packet Inspection*” o DPI y la “*Over The Top*” o OTT. La primera o DPI otorga a los PSSI de intermediación de acceso la habilidad de invadir por completo las transmisiones, poniendo gravemente en peligro la privacidad de los usuarios, la cual pueden variar desde implementar medidas extensas como bloquear cualquier transmisión a través del protocolo P2P BitTorrent, a medidas que comparan bases de datos que identifican marcas en los ficheros transmitidos que puedan corresponder con contenido protegido por derechos de autor (marcas de agua, códigos “*hash*” u otros tipos de identificadores). La segunda o OTT, al ser externa al PSSI de intermediación de acceso es menos intrusiva y es la

⁴⁶⁹ Véase CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “*General Comment No. 34: The right to privacy in the digital age*”, punto 3 de la agenda de la reunión 56, A/HRC/34/L.7/Rev.1, aprobado el 23 de Marzo de 2017, disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/34/L.7/Rev.1 . Últ. vis. 3/Abr/2017.

⁴⁷⁰ En este sentido, OHM, P., “The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance” en *University of Illinois Law Review*, 2009, p. 1423, disponible en <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/5/Ohm.pdf> últ. vis. 26/Mar/2016. El autor destaca que es comprensible que los Estados con regímenes totalitarios deseen tener un único PSSI de intermediación de acceso en su territorio controlado por el gobierno y al que todo los ciudadanos tengan que dirigirse si desean tener conexión a Internet, ya que representa la herramienta perfecta de control sobre sus ciudadanos.

que se ha utilizado en los esquemas de respuesta gradual analizados en este trabajo.

En los Estados Unidos la posible utilización de la tecnología DPI por parte de los PSSI de intermediación de acceso para vigilar el comportamiento de los usuarios de la Red incumpliría la legislación, ya que la aceptación de los términos de uso del servicio no sería suficiente para que el PSSI de intermediación de acceso pudiese adoptar este comportamiento, sino que sería necesario un consentimiento informado del usuario para que este tipo de vigilancia pudiese llevarse a cabo.⁴⁷¹

La Unión Europea establece una alta prioridad en mantener la privacidad de sus ciudadanos, protegiéndola a través de las Constituciones de sus Estados Miembro, así como garantizándose a través de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.⁴⁷² Además, el Reglamento 2016/679 lo prohíbe expresamente en todos los Estados Miembros de la Unión (supra 9.1.7.c)).

11.2. La Pérdida del Anonimato

Con la tecnología OTT los titulares de derechos pueden identificar direcciones IP a través de las cuales se ha compartido un contenido presuntamente protegido por derechos de autor, aunque esto no es lo mismo que conocer la identidad del suscriptor de la dirección IP identificada, ni identificar al usuario de Internet que ha podido cometer el presunto ilícito. Como ya sabemos, en relación al uso de las redes P2P los tribunales estadounidenses crearon jurisprudencia (supra 8.1.5.a)) en el caso Verizon (planteó la inconstitucionalidad de las normas relativas a la “subpoena” de la sección 512(h) de la DMCA en el caso de los PSSI de intermediación de acceso) en el sentido de que los PSSI de intermediación de acceso no están obligados a entregar esta información a los titulares de derecho. Sin embargo los titulares de derechos pueden presentar una demanda “*John Doe*” y el juez es el encargado de solicitar la información sobre el presunto usuario que infringe derechos de autor

⁴⁷¹ Véase en estos términos, OHM, P., “The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance” en *University of Illinois Law Review*, 2009, pp. 1423-1486, disponible en <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/5/Ohm.pdf>, últ. vis. 26/Mar/2016. El autor, académico experto en temas de privacidad, opina que si esta tecnología se utilizase para estos propósitos se violaría la Ley “*WireTap Act*” (“*Electronic Communications Privacy Act*” de 1986, comúnmente conocida como “*Wiretap Act*”, Public Law 99-508, firmada por el Presidente Ronald Reagan el 21 de Octubre de 1986). Otro tema es que los PSSI de intermediación de acceso utilicen esta tecnología para propósitos como gestionar el tráfico de la Red, atender peticiones judiciales o de autoridades, o filtrar virus o “*spam*” en la Red.

⁴⁷² En este sentido véase SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013, pp. 193-194.

(supra 8.1.4.), por lo que la información será entregada dentro del contexto de un procedimiento judicial respetando las normas de un debido proceso.

En cuanto a la Unión Europea, el Reglamento 2016/679 UE obliga expresamente a los PSSI de Intermediación de acceso a mantener el anonimato de las comunicaciones, y en caso de vulneración de derechos de autor con ánimo comercial, los titulares de derechos pueden reclamar ante la administración y las instancias judiciales (supra 9.1.7.c)). Asimismo, únicamente permite a través de la Sentencia Fadden del TJUE que se vulnere el anonimato de los usuarios a través de escrutinio judicial, tras la implementación de unas medidas cautelares por parte de un Tribunal de un Estado Miembro que obligue a revelar la identidad del mismo para conseguir la contraseña de acceso a un servicio de Wi-Fi gratuito (supra 9.4.4.). Además, en el caso concreto del Estado español los PSSI de intermediación de acceso tampoco entregan los datos de sus suscriptores directamente a titulares de derechos de autor desde la Sentencia PROMUSICAE del TJUE del año 2008.⁴⁷³

12. La Imparcialidad y La Legitimidad de las Posibles Medidas a Adoptar

Tanto en los EE.UU. a través de la Sentencia del PSSI de intermediación de acceso Verizon que sentó jurisprudencia (supra 8.1.5.a), como en la Unión Europea con la Sentencia del caso Bonnier que aclara, de una vez por todas, las distintas interpretaciones de la Sentencia Promusicae y el Auto LSG (supra 9.4.1.), desde un punto de vista legislativo los PSSI de Intermediación no tienen ninguna obligación de entregar directamente a los titulares de derechos información para identificar a los titulares de direcciones IP. El esquema privado de respuesta gradual “*Copyright Alert System*” estadounidense a través del acuerdo “*MOU*” tampoco lo permite. En EE.UU., si un titular de derechos desea presentar una demanda por vulneración de sus derechos, puede presentar una demanda civil frente a un presunto infractor desconocido, conocidas como “*John Doe Actions*” (supra 8.1.4.a)), ya que los únicos datos de los que dispone son las direcciones IP a través de las cuales algún usuario, conocido por el titular de la suscripción o no, ha compartido un contenido marcado con medidas tecnológicas de protección. En Europa, las autoridades pueden solicitar a los PSSI de intermediación de acceso los datos del suscriptor de una dirección IP concreta en el caso de producirse la

⁴⁷³ En este sentido véase DURÁN RIVACOBA, R. y GARCIA LLERENA, V., “Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 229 y ss. Los autores reconocen que comunicar datos personales de suscriptores sin autorización no es constitucionalmente legítimo.

explotación comercial de contenido con derechos de autor sin la correspondiente licencia.

El el caso de una hipotética alianza entre los titulares de derechos de autor y los PSSI de Intermediación de acceso, se crearía una opción paralela para identificar a los internautas que utilizan las redes P2P para intercambiar ficheros con derechos de autor, el cual sería independiente del poder judicial. Sin embargo, en Europa esta posibilidad tiene pocas posibilidades de éxito ya que únicamente es denunciabile el intercambio de contenido con derechos de autor con ánimo comercial y en EE.UU. el “*Federal Communications Commission*” o “FCC” controla junto con las instancias judiciales que estos tipos de alianzas se produzcan.

Tal como ya hemos visto en supra 9.1.7.b), la Comisaria de la Unión Europea estableció, cuando se estaba llevando a cabo la reforma de las Telecomunicaciones, que los procedimientos en los que se acusa a suscriptores de Internet por vulnerar derechos de autor deben ser justos e imparciales. Estos procedimientos deben cumplir con las salvaguardas de una sociedad democrática e implementarse de acuerdo con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como cumplir con los principios generales de las leyes de la Unión, incluyendo una protección judicial efectiva y un debido proceso.

Otro problema de legitimidad jurídica es el esquema privado “*Six Strikes*” estadounidense de respuesta gradual. En el “*Memorandum of Understanding*” o MOU firmado entre las partes no se contempla la presunción de inocencia de los suscriptores acusados de vulnerar derechos de autor. Además, dentro de este acuerdo debería incluirse: a) que las bases de usos lícitos y razonables sean ampliadas a las que realmente están contempladas en la legislación estadounidense; b) que deben hacerse públicos los datos de aquellos titulares de derechos que han demostrado hacer acusaciones falsas o reclaman ser titulares de derechos sin que realmente lo sean, y c) el valor educacional para la población del sistema “*six strikes*” implementado desaparece al mantenerse el secretismo alrededor de los resultados obtenidos en su implementación.⁴⁷⁴

12.1. La Presunción de Inocencia y la Carga de la Prueba en el Derecho a la Defensa

⁴⁷⁴ En estos términos, véase LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 165-186, disponible en <https://cardosoaelj.com/wp-content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf> , últ. vis. 20/May/2017. Según la autora, el CCI debería revisar el MOU, dado que no deberían aceptarse las notificaciones de vulneraciones por parte de los titulares de derechos, ya que se ha probado que las tecnologías de detección no son fiables y es altamente probable que se obtengan falsos positivos.

En la Unión Europea, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa está recogido en el Artículo 48 del Título VI de la Carta de los Derechos Fundamentales o CartaUE. Por ello, en el grupo de Directivas que se promulgaron cuando se realizó la reforma de las Telecomunicaciones (supra 9.1.7.b)) se incluían disposiciones que garantizaban que los usuarios de Internet tendrían derecho a la presunción de inocencia y a que se respeten sus derechos de privacidad en los procedimientos en los que se les acuse de vulnerar derechos de autor, que deben ser justos e imparciales.⁴⁷⁵

En cambio en EEUU cuando un suscriptor de dirección IP inicia una apelación ante el “*American Arbitration Association*” o “*AAA*” la presunción de inocencia no existe, ya que las sanciones serán impuestas a menos que el suscriptor gane la apelación. En los casos civiles ordinarios, la carga de la prueba recae en el demandante que es quien debe demostrar la culpabilidad del demandado. En cambio, este sistema privado de respuesta gradual tiene un efecto negativo en el demandado que es quien debe demostrar su inocencia, transfiriéndole por tanto la carga de la prueba.⁴⁷⁶

Otro aspecto preocupante de la implementación de esquemas privados de respuesta gradual es que en un procedimiento civil normal es el demandante el que debe probar que se vulneran derechos de autor. En cambio, en estos esquemas privados la carga de la prueba recae sobre los usuarios detectados como vulneradores de derechos, ya que automáticamente los PSSI de intermediación de acceso toman medidas contra el usuario acusado, excepto en el caso Irlandés en el que no se les dá ni la oportunidad de defenderse. Este cambio en la carga de la prueba

⁴⁷⁵ Véase UNION EUROPEA, “*EU Telecoms Reform: 12 reforms to pave way for Stronger Consumer Rights, an Open Internet, a Single European Telecoms Market and High-Speed Internet Connections for all Citizens*” en *European Commission Press Release Database, Memo/09/513*, 20/Nov/2009, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-513_en.htm (sólo disponible en inglés, francés y alemán). Nota de Prensa publicada por la Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding (“*European Commission Responsible for Information Society and Media*”).

⁴⁷⁶ “*Memorandum of Understanding*”, 6 de Julio de 2011, o “*MOU*”, pp. 25-29, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf> Últ. vis. 25/Jul/2016. En los mismos términos, BRIDY, A., “*Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms*” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, p. 53, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017. SUZOR, N., CHOI, R., et PAPPALARDO, K., “*Moments of Flux in Intermediary Liability for Copyright Infringement in Australia*” en Editor PERRY, M. *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, p. 135. Asimismo, BRIDY, A., “*ACTA and the Specter of Graduated Response*” en *American University International Law Review*, Vol. 26, nº 3, 2011, p. 564. Esta última autora destaca el contraste de la normativa de la UE, comparada con la Estadounidense en la que el Artículo 512 i) de la DMCA permite que sea el PSSI de Intermediación de Acceso el que suspenda la suscripción a Internet de un suscriptor sin un procedimiento justo e imparcial, incluido el derecho a defenderse.

genera preocupación en cuanto a la legitimidad de estos esquemas por no respetar un debido proceso. Por ejemplo, en el esquema de EE.UU., los usuarios están limitados únicamente a seis “defensas” que pueden presentar como alegaciones en contra de la acusación de infracción y estas defensas no cubren todo el espectro de limitaciones y excepciones cubiertas en la Ley de Derechos de Autor Estadounidense. Por tanto, los usuarios pueden sufrir medidas sancionadoras en su contra por usos que, de hecho, no son vulneradores de derechos, como, por ejemplo, las obras que están en el dominio público posteriores a 1923.⁴⁷⁷

En caso de una hipotética alianza entre los titulares de derechos de autor y los PSSI de intermediación de acceso, se crearía una opción paralela para identificar a los internautas que utilizan las redes P2P para intercambiar ficheros con derechos de autor, el cual sería independiente del poder judicial. Sin embargo, en Europa esta posibilidad tiene pocas posibilidades de éxito ya que únicamente puede denunciarse el intercambio de contenido con derechos de autor con ánimo comercial y en EE.UU. la “FCC” o “*Federal Communications Commission*” controla junto con las instancias judiciales que estos casos no se produzcan. Además, en la Unión Europea, esta posibilidad no podrá producirse en el intercambio de obras para uso privado por las redes P2P después del acuerdo al que se ha llegado al reformar el grupo de Directivas sobre las Telecomunicaciones que deben incluir una disposición que garantice “*el principio de presunción de inocencia y el derecho a la privacidad*”, así como el respeto a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

12.2. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Juez Imparcial

En la Unión Europea, el derecho de tener un juicio justo y un juez imparcial está contemplado en el Artículo 47 del Título VI referente a la Justicia de la Carta de Derechos Fundamentales o CartaUE, en el que la primera parte del segundo párrafo dice textualmente:

⁴⁷⁷ Véase BRIDY, A., “Graduated Response American Style...”, op. cit., 2012, pp. 53-58. La autora argumenta que las defensas cubiertas en las secciones desde la 107 a la 122 de la Ley estadounidense, a excepción de la 109 que cubre el “fair use”, y tampoco se permite exponer que el contenido en cuestión es de dominio público, excepto si ha sido publicado anteriormente al año 1923. En el mismo sentido, GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 178-180. También REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 229-304.

*“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley.”*⁴⁷⁸

La implementación de acuerdos privados de respuesta gradual entre los titulares de derechos y los PSSI de Intermediación como en el caso de EE.UU. e Irlanda pueden convertirse en una legislación impuesta a los suscriptores de Internet sin que esos esquemas hayan sido o vayan a ser nunca la Legislación aplicable en los países donde se están implementando.⁴⁷⁹ Prueba de ello es que el Tribunal Constitucional francés en el sistema público de respuesta gradual que se implementó en Francia sólo permitía la suspensión del acceso a Internet tras un escrutinio judicial (supra 9.3.1.). Otro problema asociado con los esquemas privados de respuesta gradual es la transparencia ya que la propia naturaleza privada de estos esquemas hace que estén envueltos en el secretismo, especialmente en los procesos específicos utilizados para recoger y evaluar la información para ser utilizada contra los suscriptores. Además, existe el problema del abuso potencial cuando los datos de los suscriptores son revelados a los titulares de derechos, ya que se han dado casos de “facturación especulativa”, por lo que se ha comenzado a ejercer un mayor control judicial en las formas en las que los titulares de derechos comunican con los usuarios para intentar limitar este tipo de prácticas.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Véase HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2012, p. 200. También GÓMEZ, I., “Las Normas de Origen Externo: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea” en Coordinadora Itziar Gómez, *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3ª Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 109.

⁴⁷⁹ BRIDY, A., “ACTA and the Specter ...”, 2011, op. cit., pp. 572-577. La autora destaca que más de medio millón de suscriptores de Eircom en Irlanda, un país miembro de la Unión Europea, están expuestos a un esquema de respuesta gradual sin que éste haya pasado el escrutinio de un proceso parlamentario cómo el que ha tenido lugar en Francia donde la oposición al gobierno del Presidente Sarkozy consiguió que se revisase la Ley Hadopi y el “*Conseil Constitutionnel*” dictaminó que únicamente un juez puede decidir un tema tan sensible como suspender el acceso a Internet. En similares términos, GIBLIN, R., “Beyond Graduated Response” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, pp. 81-112. ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ Últ. vis. 1/Sep/2016. Este último autor destaca que el punto positivo del esquema de respuesta gradual CAS estadounidense evita que puedan actuar las firmas legales especulativas de los derechos de autor, también conocidas como “*copyright trolls*”.

⁴⁸⁰ Véase sentencias como Patrick Collins v. John Doe, 2012, E.D.N.Y. (EE.UU.), Golden Eye v. Telefónica UK, 2010, E.W.H.C. 723 (137) (Reino Unido), o Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2014 FC 161 (Canada). Los titulares de derechos pueden aprovechar un proceso judicial para conseguir los datos identificativos de los usuarios supuestamente infractores y coaccionar a suscriptores inocentes a llegar a un acuerdo y realizar pagos para evitar ir a juicio. Las restricciones que se realizan en el proceso judicial son: 1) el demandante paga por adelantado los gastos razonables en los que va a incurrir el PSSI de Intermediación al aportar la información necesaria, 2) la información entregada debe limitarse al nombre y a la dirección de la dirección IP infractora, 3) la orden debe ser entregada con una carta de demanda,

Los distintos esquemas de respuesta gradual analizados en este trabajo, el estadounidense, el irlandés y el francés son totalmente distintos y tienen formas distintas de enfocar temas como la transparencia en su implementación, quién debe pagar los costes, si debe llevarse a cabo con un debido proceso y la implicación judicial necesaria. Al desarrollarse estos conceptos en profundidad, se llega a la conclusión de que existen pocas evidencias de que estos esquemas tan variados hayan conseguido reducir los niveles de vulneración de derechos de autor o bien que haya aumentado el uso de mercados legítimos en línea. Por tanto, debemos llegar a la conclusión de que la llave para reducir las vulneraciones es que las obras o prestaciones con derechos de autor sean disponibles a través de opciones legítimas profesionales y efectivas, y evitar la implementación de los esquemas de respuesta gradual por ser inefectivos.⁴⁸¹

12.3. Los principios de legalidad y proporcionalidad de los ilícitos y las condenas, que deberían ser determinados y aplicados, respectivamente, a través de escrutinio judicial

En la Unión Europea, el derecho a que se respeten los principios de legalidad y de proporcionalidad de los ilícitos y las condenas está contemplado en el Artículo 49 del Título VI referente a la Justicia de la Carta de Derechos Fundamentales o CartaUE. Especial relevancia para nuestro trabajo tiene el último apartado del mismo que dice textualmente:

aprobada por el tribunal y que explica que ningún receptor de la carta es responsable por vulneración de derechos y que los receptores deben obtener consejo legal y 4) el caso debe ser especialmente gestionado por un juez gestor de casos que monitoriza los tratos del demandante con los supuestos infractores de derechos. Estos casos causan dos tipos de problemas a los demandados: que las cantidades reclamadas no se corresponden con el daño que se haya podido causar y que los consumidores dudan en seguir adelante con el proceso por los gastos judiciales en los que tendrían que incurrir.

⁴⁸¹ En este sentido véase GIBLIN, R., “Beyond Graduated Response” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, pp. 81-112. La autora argumenta que, de forma práctica, los esquemas de respuesta gradual exigen a los PSSI de intermediación de acceso que actúen como policías de las vulneraciones de los derechos de autor. Además, los distintos esquemas de respuesta gradual que han aparecido en distintos Estados son totalmente diferentes y tienen formas distintas de enfocar temas como la transparencia, quién debe pagar los costes, un debido proceso y la implicación judicial. Al desarrollar estos conceptos, llega a la conclusión que existen pocas evidencias de que estos esquemas tan variados hayan conseguido reducir los niveles de vulneración o bien aumentado el uso de mercados legítimos en línea. Por lo tanto, la llave para reducir las vulneraciones es que las obras o prestaciones con derechos de autor sean disponibles a través de opciones legítimas profesionales y efectivas, y evitar la implementación de los esquemas de respuesta gradual por ser inefectivos. En similares términos, YU, P.K., “The Graduated Response” en *Florida Law Review*, vol. 62, Drake University Law School Research Paper No. 11-19, 2010, pp. 1373-1430. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1579782> Últ. vis. 17/Ene/2017.

“3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”⁴⁸²

Este mismo concepto está contemplado en el derecho estadounidense ya que numerosos expertos estadounidenses han llegado a la conclusión de que en EE.UU. no debería aceptarse ninguna demanda por vulneración de derechos de autor sin que se pruebe que el titular de derechos demandante haya sufrido de forma efectiva un daño comercial.⁴⁸³

Además, en todo sistema jurídico democrático, los preceptos legales deben ser aplicados de forma predecible. Como se ha demostrado empíricamente en la implementación del esquema público de respuesta gradual en el Estado Francés de la Unión Europea, una persecución del uso de los protocolos P2P es jurídicamente inaceptable ya que la falta de certeza de que el titular de una dirección IP coincida con el presunto infractor de derechos de autor a través de una red P2P convierten en una herramienta de defensa potencialmente disfuncional a los sistemas de respuesta gradual que podrían provocar la desconexión de Internet de suscriptores inocentes por parte de los PSSI de Intermediación de acceso, una función que no corresponde a una empresa privada, ya que la pérdida de derechos civiles fundamentales es un tema muy sensible comparado con intereses económicos privados triviales y cuyos daños efectivos no han sido demostrados.⁴⁸⁴

⁴⁸² En estos términos véase MARTÍNEZ, M., *Bases Constitucionales de la Unión Europea, Derechos fundamentales, Tratados, Elecciones*, ed. Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, Consejería de Presidencia, Comunidad de Madrid, 2002, p. 120. GÓMEZ, I., “Las Normas de Origen Externo: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea” en Coordinadora Itziar Gómez, *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3ª Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 109.

⁴⁸³ Véase SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, p. 771 <http://ssrn.com/abstract=2152672> o http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014. En este artículo, la profesora Samuelson explora las conclusiones a las que han llegado más de una veintena de expertos en la materia durante reuniones mantenidas a lo largo de dos años relativas a decidir cómo modificar la legislación Estadounidense en relación a los Derechos de Autor en el Ámbito Digital. En similares términos, BOHANNAN, C., et HOVENCAMP, H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, ed. Oxford University Press, New York, 2012, pp. 161-199. Los autores destacan que para que las leyes sobre derechos de autor sean consistentes junto con las políticas innovadoras, de libre competencia y la libertad de expresión, deberían obligar a demostrar en los casos de demandas presentadas por titulares de derechos que éstos han sufrido daños comerciales en la explotación de sus obras o prestaciones por la transmisión a través de las redes P2P.

⁴⁸⁴ Véase ZITTRAIN, J.L., *The Future of the Internet – And How to Stop It*, ed. Penguin, London, 2008, p. 32, disponible en Creative Commons www.futureoftheinternet.org/download. Últ. vis. 5/Ago/2016. El autor destaca que representa un problema la identificación como presunta vulneradora de derechos una dirección IP de BitTorrent por parte de los titulares de derechos, ya que pueden ser múltiples los responsables y varios de ellos sin ninguna relación con el titular de la suscripción. En similares términos, GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 178-180. Así como, FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, p. 57, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016.

En los últimos años, Internet ha moldeado la jurisprudencia estadounidense y son múltiples las discusiones en torno a los conceptos jurídicos “*direct infringement*” y “*secondary infringement*”. Para establecer que ha existido vulneración de derechos de autor, debe demostrarse, por un lado, que el demandado ha copiado el trabajo del demandante y por otro, que la copia es ilegal al existir una gran similitud entre el trabajo del demandado y los elementos protegidos⁴⁸⁵ de la creación del demandante. En la actualidad la legislación federal de los Estados Unidos reconoce cuatro tipos de vulneraciones de los derechos de autor: “*direct copyright infringement*”, “*contributory copyright infringement*”, “*vicarious copyright infringement*” e “*inducement to commit infringement*”⁴⁸⁶, los cuales son doctrinas bien establecidas, que se han desarrollado a través de la jurisprudencia, a excepción de la primera que está recogida en la “*U.S. Copyright Act*”.⁴⁸⁷

Al contrario que las leyes sobre patentes y marcas, la ley de los derechos de autor de los EE.UU. no establece cuando una persona física o jurídica debe ser considerado responsable indirecto o derivado de las infracciones directas que realiza un usuario al utilizar sus servicios para uso privado. Por ello, la industria de contenidos sigue presionando y creando polémica al respecto para que se amplíen estas responsabilidades. Si la industria musical hubiese percibido el poder del Instrumento de Búsqueda o Sistema de Enlaces a través de índices centralizado Napster y su Sistema de índices centralizado, en el año 2004 ya hubiese conseguido recaudar unos ingresos económicos de 12.500 millones de dólares estadounidenses anualmente, lo que hubiese compensado con creces todas las posibles pérdidas de ventas de CDs. El autor también argumenta que la industria tiene muchos motivos para aceptar las redes P2P entre otros porque no va a conseguir detenerlas.⁴⁸⁸ En la actualidad el Congreso de EE.UU. quiere realizar una modificación de la Ley de Derechos de Autor (o “*Copyright*

⁴⁸⁵ “El derecho de reproducción, de distribución, de realizar versiones derivadas de la obra original, y en ciertos casos el derecho de representar, enseñar o reproducir la obra en público” en PALLANTE M.A., “Promoting Investment and Protecting Commerce Online: Legitimate Sites v. Parasites, Part I.”. *Statement Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet. Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives*, 112th Congress, 1st Session, March 14, 2011, p. 3.

⁴⁸⁶ En este sentido véase RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2^a Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013, p. 360.

⁴⁸⁷ En estos términos, PALLANTE, M.A., “Promoting Investment and Protecting Commerce Online: Legitimate Sites v. Internet. Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 112th Congress, 1st Session, March 14, 2011, p. 1.

⁴⁸⁸ En este sentido véase en general GERVAIS, D.J., “The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing” en *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 12, issue 1, article 3, 2004, pp. 39-73 disponible en <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1330&context=jipl> últ. vis. 23/Mar/2017. Este autor ya argumentaba en el año 2004 que las industrias de contenido tenían muchos motivos para aceptar las redes P2P, entre otros, porque no iban a conseguir detener una tecnología tan adictiva por parte de la población, aunque el motivo de tan férrea oposición es más profundo, simplemente quieren mantener el máximo tiempo posible su antiguo modelo de negocio, además de tener estudios de mercado muchísimo más amplios que los que obtenían en la era analógica.

Act”), analizando una posible variación de la forma de valorar los “*statutory damages*” o los pagos establecidos por ley para compensar ciertos daños y perjuicios. La solución que se está barajando es establecer un sistema que ayude a los jueces a establecer una cantidad global como condena monetaria en el caso de responsabilidad civil extracontractual de los PSSI de intermediación de acceso por la vulneración de derechos de autor por parte de los usuarios de la Red de forma masiva en lugar de tener que valorar cada obra o prestación vulnerada independientemente, así como establecer una valoración más justa cuando la vulneración es realizada por usuarios de Internet inocentes que no entienden el funcionamiento tecnológico de sus dispositivos para comprender que pueden estar vulnerando derechos de terceros.⁴⁸⁹

12.4. La Aplicación de Excepciones y Usos Lícitos o Razonables

Uno de los principales problemas de las acusaciones en contra de suscriptores privados de Internet es que normalmente no se acomodan al régimen de excepciones existentes tanto en el derecho continental; limitaciones y excepciones por límite de copia privada, como en el “*common law*” estadounidense, las excepciones del “*fair use*” (en el Reino Unido, un concepto similar conocido como “*fair dealing*”) u otros usos privilegiados presentes como excepciones o limitaciones de los

⁴⁸⁹ Véase SAMUELSON, P., et WHEATLAND, T., “Copyright Statutory Damages: A Remedy in Need of Reform” en *Wm & Mary Law Review*, Vol. 51, 2009, pp. 509-511, disponible en https://www.wmlawreview.org/sites/default/files/Samuelson-Wheatland_final.pdf Últ. vis. 19/Ene/2017. Las autoras destacan que el importe que puede establecer un juez puede ser cualquier cantidad entre 750 y 30.000 Dólares estadounidenses por obra vulnerada y hasta 150.000 Dólares si la vulneración de la obra o prestación se ha hecho de forma voluntaria. Por ello, en este artículo las autoras llegan a la conclusión de que históricamente estos daños y perjuicios estatutarios o “*statutory damages*”, que se conceden solo en derecho civil, se han impuesto de forma poco consistente, arbitraria, sin seguir unos principios coherentes e, incluso, de forma exagerada excesiva en varias ocasiones. En similares términos, STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millenium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, pp.320-322. SAMUELSON, P., et SHEFFNER, B., “Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, 2009, p. 63, version escrita del debate entre los autores en PENNumbra, disponible en <http://www.scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2946&context=facpubs>. Últ. vis. 25/Nov/2016. Todos estos autores coinciden en las condenas erráticas y desproporcionadas que se han producido en los casos de intercambio de obras musicales en redes P2P para uso privado y no commercial: los casos de Jammie Tomas-Rasset y Joel Tenenbaum . También es interesante destacar, SAMUELSON, P., HILL, P., et WHEATLAND, T., “Statutory Damages: a Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?” en *Journal on Copyright Society U.S.A.*, Vol. 60, 2013, pp. 1-14, disponible en cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Samuelson_SDs_2013.pdf y en SSRN No. 2240569, Últ. vis. 20/Ene/2017, artículo en el que los autores concluyen que para que los EE.UU. tome medidas jurídicas proporcionadas debe analizar cuando es necesario ofrecer una compensación a aquel demandante cuyos derechos han sido vulnerados y cuando se debe imponer un castigo para evitar que la conducta se repita en el futuro, posiblemente siguiendo soluciones más ponderadas como aquellas implementadas en otros estados internacionales.

derechos de autor como para estudio o investigación personal, crítica o revisión, para informar noticias, para parodias o sátiras y/o para propósitos relacionados con procedimientos judiciales.⁴⁹⁰

Ante la dificultad de distinguir entre las excepciones legalmente reconocidas y/o los usos lícitos o razonables, existe, por tanto, en ambos ordenamientos jurídicos la preocupación de que, en el caso de detectar contenido protegido por derechos de autor, no se respeten libertades individuales firmemente arraigadas en nuestras sociedades que puedan conducir a la identificación errónea de contenido que no vulnera derechos y que, sin embargo, representarían una intromisión en los derechos de privacidad y de libertad de expresión de los usuarios de Internet. Este extremo fue claramente expuesto en la Sentencia SABAM del TJUE (supra 9.4.2.a)) que no permite el filtrado generalizado del contenido transmitido entre usuarios de Internet por los PSSI de intermediación de acceso para respetar el principio de proporcionalidad.⁴⁹¹

13. El Principio de Proporcionalidad: Elementos.

El uso del principio de proporcionalidad ha dado distintos resultados dentro de la Unión Europea en el tema que nos ocupa. El Supervisor de Protección de Datos de la Unión consideró que este precepto sería violado si se implementasen esquemas de respuesta gradual tras un hipotético acuerdo en este sentido en las negociaciones del tratado internacional ACTA⁴⁹². El Supervisor en su opinión

⁴⁹⁰ Véase el Informe del Alto Comisionado de la Naciones Unidas: LA RUE, F., “Imposition of Intermediary Liability” en *Internet & Freedom of Expression*, “Restriction of Content on the Internet” en *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, Apartado IV. punto D., párrafo 50, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016.

⁴⁹¹ U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, p. 65, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> Últ. vis. 15/Oct/2016.

⁴⁹² UNIÓN EUROPEA, “Opinión del Supervisor de Protección de Datos Europeo en relación a las negociaciones por parte de la Unión Europea en el acuerdo ACTA” (“*Opinion of the European Data Protection Supervisor on the current negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*”), Official Journal of the European Union, 2010/C 147/01, disponible en https://www.secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2010/10-02-22_ACTA_EN.pdf pp. 4-6. En similares términos véase, LA RUE, F., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, p. 22, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016. Según el Alto Comisionado de la Naciones Unidas, las libertades individuales de los usuarios como el derecho a mantener el anonimato, la autonomía personal, la protección de la privacidad y derechos fundamentales como la libertad de expresión, deben mantener un equilibrio con los derechos de los PSSI de intermediación de acceso, respetándose salvaguardas adecuadas contra posibles abusos y los principios de necesidad y proporcionalidad estricta, que analizamos más adelante.

formal señaló que la medida sería desproporcionada y excesivamente intrusiva. En su opinión, tal medida controlaría el comportamiento de millones de individuos, independientemente de que sean sospechosos o no; porque registraría información sobre los usuarios a los que se les podría demandar civilmente o incluso penalmente, vulnerando, por tanto, la protección del Artículo 8 de la Directiva 95/46/CE relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales, y pudiendo, además, estas informaciones resultar ser falsos positivos de presuntas vulneraciones de derechos de autor, ya que son necesarias múltiples comprobaciones legales y técnicas para determinarlas. Según el Supervisor de Protección de Datos de la UE, en el caso de una hipotética implementación legislativa de un esquema de respuesta gradual para ser implementada por los PSSI de intermediación de acceso, el efecto potencial de estos registros podrían conducir a la desconexión de Internet no sólo del suscriptor sino de toda su familia, vulnerando tal posibilidad los derechos de libertad de expresión, libertad de información, acceso a la cultura, uso de aplicaciones e-gubernamentales, e-mail, actividades relacionadas con el trabajo o los estudios y las compras en línea. Y, además, el Supervisor también destaca que esta medida sería tomada por una empresa privada, es decir, un PSSI de intermediación de acceso, cuando una medida de este tipo únicamente debería ser implementada por las autoridades competentes, dados los motivos expuestos anteriormente. Por ello, el Supervisor concluye que este tipo de medidas deben ser abandonadas a favor de medidas menos intrusivas y más proporcionadas. Como ya hemos visto en supra 9.3.2., el Alto Tribunal Irlandés, alcanzó la conclusión contraria en el caso Eircom, es decir, que la desconexión de Internet después de tres notificaciones y sin posibilidad de defensa por parte del suscriptor, no es una medida desproporcionada, la cual resulta una conclusión insólita⁴⁹³.

En la Reforma de las Telecomunicaciones de la Unión se recogen 12 puntos que establecerán las bases para un Internet Abierto, con Mayores Derechos para los Consumidores en el que todos los Ciudadanos estén conectados a una Red de Alta Velocidad en un Mercado Único de Telecomunicaciones Europeo. En el Artículo 1(3) a., relativo a la Libertad de Internet y recogido en el Anexo 1, se establece que para que se sancione a un usuario suspendiendo su acceso a Internet, ésta sanción sólo puede ser impuesta si es:

⁴⁹³ Véase EMI Records et al. v. Eircom, High Court of England, IEHC, 2010, 108, párrafos 27-30: “*No hay nada desproporcionadoen cuanto a la suspensión del acceso a Internet cuando han existido tres notificaciones de vulneración de los derechos de autor*”. También destaca lo insólito de las conclusiones a las que llega esta Sentencia Irlandesa, SUZOR, N., CHOI, R., et PAPPALARDO, K., “Moments of Flux in Intermediary Liability for Copyright Infringement in Australia” en Editor PERRY, M. *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, pp. 139-141. BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2012, pp. 23-27, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

“apropiada, proporcionada y necesaria dentro de una sociedad democrática, y su implementación debe cumplir con salvaguardas adecuadas en su procedimiento de acuerdo con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como los principios generales de las leyes de la Unión, incluyendo una protección judicial efectiva y un debido proceso”.

Además, en el punto tres de este documento de la Unión Europea, la Comisaria de Telecomunicaciones, Sra. Viviane Reding, añade:

*“Las leyes “Three Strikes” (o esquemas de respuesta gradual) que pueden suspender el acceso a Internet sin un procedimiento justo e imparcial o sin una revisión judicial efectiva y dentro de unos márgenes de tiempo adecuado, ciertamente no se convertirán en una parte de la legislación Europea”.*⁴⁹⁴

13.1. La “Necesidad”

No es necesario vulnerar derechos fundamentales reconocidos en todas las constituciones de Estados democráticos, así como las libertades individuales⁴⁹⁵ de los usuarios de Internet, para proteger los derechos de autor.

“que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto – necesidad-“

Podríamos definir que una medida es necesaria en un escenario de presuntas vulneraciones de derechos de autor por el uso de redes P2P cuando otras medidas implementadas no han tenido éxito. Partiendo de que el objetivo de la medida ha de ser disuasoria, a la vez que educativa para que los usuarios sean conscientes de que se pueden estar vulnerando derechos de autor y desviarlos hacia el mercado lícito. También se debería implementar un tipo de medida que sea lo menos gravosa o lesiva posible para conseguir el objetivo deseado. Sin duda tenemos evidencia

⁴⁹⁴ Véase UNION EUROPEA, “EU Telecoms Reform: 12 reforms to pave way for Stronger Consumer Rights, an Open Internet, a Single European Telecoms Market and High-Speed Internet Connections for all Citizens” en *European Commission Press Release Database, Memo/09/513*, 20/Nov/2009, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-513_en.htm últ. vis. 18/Dic/2016 (sólo disponible en inglés, francés y alemán). Nota de Prensa publicada por la Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding (“*European Commission Responsible for Information Society and Media*”).

⁴⁹⁵ Véase en general, KINGREEN, TH., “Chapter III, Individual Rights: Fundamental Freedoms” en *Principles of European Constitutional Law*, editores VON BOGDANDY et BAST, col. *Modern Studies in European Law*, Vol. 8, ed. Hart Publishing, Portland Oregon USA, 2005, pp. 549-584. En cuanto a las libertades individuales en la Unión Europea, el autor destaca en la página 582 el deber de los Estados Miembro de actuar diligentemente para mantener el respeto por la protección de los derechos individuales de sus ciudadanos tanto desde un punto de vista legislativo como administrativo.

empírica al otro lado del Atlántico de que las demandas masivas contra usuarios sin ánimo comercial por la presunta vulneración directa de derechos de autor (supra 8.1.4.) no han sido efectivas, aunque sin duda han levantado mucha polémica, ni que, a este lado del Atlántico, los tres años de implementación de la ley Hadopi en Francia haya sido de utilidad para desviar el consumo de contenido ilícito hacia el mercado legítimo en línea. En el Estado Francés el Informe Lescure concluyó que el consumo de contenido se había desviado hacia otros sistemas ilícitos, por lo que debía abandonarse la implementación de la ley y dejar el sistema implementado como una simple herramienta informativa para la población (supra 9.3.1.).

13.2. La “Idoneidad”

Ceder los datos de los suscriptores por parte de los PSSI de Intermediación de Acceso no va a evitar el uso masivo de las redes P2P por parte de los usuarios de Internet a escala global y que entre los contenidos transmitidos exista alguno protegido por derechos de autor.

“que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido – idoneidad –”

Ambos sistemas jurídicos han determinado claramente que en relación al uso de las redes P2P, los PSSI de intermediación de acceso no deben facilitar directamente información para identificar a los titulares de direcciones IP cuando son solicitadas por los titulares de derechos de autor, sin escrutinio judicial. Sin duda, una medida adoptada resultará idónea si con ella alcanzamos el objetivo pretendido. Ahora bien, la evidencia de la implementación de la ley Hadopi y el acuerdo privado Eircom/IRMA parecen confirmar que escasos usuarios que han recibido una primera notificación, reciben otras posteriormente. Por tanto, parece que la medida es disuasoria y alcanza el objetivo deseado. También sería interesante poder comparar con los resultados del acuerdo privado estadounidense “MOU” aunque esto no será posible porque los resultados no pueden hacerse públicos. Sin embargo, tampoco debemos olvidar que si los usuarios pueden modificar sus hábitos hacia otros sistemas no detectables, tal como sugiere el Informe Lescure, entonces estos esquemas deberían ser abandonados porque no resultan idóneos.

En EE.UU. es significativo que dos años después de la implementación del esquema privado de respuesta gradual (supra 8.1.5.b)) y que la asociación de la Industria Audiovisual denunciase que el esquema no era efectivo ante el uso de las redes P2P (8.1.5.c)), el Congreso haya analizado una posible modificación del marco normativo del régimen de

responsabilidad de los PSSI de Intermediación (supra 8.3.3.) y finalmente, en lugar de llevar a cabo dicho cambio legislativo, el gobierno de EE.UU. haya optado por apoyar la consecución de acuerdos privados entre las empresas titulares de derechos y las empresas de pago electrónico, por un lado, y las empresas de publicidad en línea, por otro (supra 8.3.4.) para intentar reducir la vulneración de derechos de autor en línea. Por su parte, la Unión Europea en sus dos Reglamentos (supra 9.1.5. y 9.1.7.c)) pone el énfasis en que los PSSI de intermediación no pueden supervisar el contenido específico que se intercambian sus usuarios y, además, debe mantener obligatoriamente el anonimato de las comunicaciones. En la primera mitad del año 2016, la Unión ha modificado el nombre de la “Oficina de Armonización del Mercado Interior” por “Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea” (supra 9.1.3.) desde donde se está llevando a término con las autoridades públicas, aunque de distinto modo que en los EE.UU. donde el acuerdo es únicamente privado, el enfoque de “*Follow the Money*” o “Sigue la pista al dinero” (supra 9.1. y 8.3.4.) para afrontar el problema de la vulneración de derechos de autor en línea con ánimo comercial. En nuestra opinión, también estamos de acuerdo en que la solución idónea es perseguir legalmente a los que intentan obtener un provecho económico de contenidos con derechos de autor, pero no podemos castigar a los usuarios privados que utilizan las redes P2P sin ánimo comercial alguno ya que forma parte del propio funcionamiento de Internet y como dijo el Comisario de la Unión Europea, los ciudadanos en numerosas ocasiones ni son conscientes de que pueden estar cometiendo un ilícito.

13.3. La “Proporcionalidad Estricta”

El concepto de “proporcionalidad estricta” establece que sacrificar los derechos de autor frente al uso de las redes P2P para uso privado y sin ánimo comercial en Internet, permitiendo el carácter innovador de la Red, va a reportar más beneficios al interés general que las desventajas o perjuicios que se le puedan causar a los titulares de derechos.

que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre – proporcionalidad estricta –

El traslado del Artículo 512(i) de la DMCA al Tratado Internacional ACTA que intentó la “*International Intellectual Property Alliance*” en el año 2010 no hubiese cumplido, en caso de haber tenido éxito su implementación, con el principio de proporcionalidad estricta. Su

redactado prácticamente se exportó de forma literal al primer borrador del Tratado de la octava ronda de negociaciones del acuerdo internacional ACTA (“*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*” o Acuerdo Comercial Contra la Falsificación) publicada el 21 de Abril 2010, cuyos miembros o partes, como ya hemos dicho, son Australia, Canadá, la Unión Europea, Japón, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y EE.UU. Afortunadamente, este artículo fue finalmente excluido de la versión final del Acuerdo Comercial internacional al que se llegó en Diciembre de 2010.⁴⁹⁶

De forma básica, este artículo normativo establece que un prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI) de intermediación que informa a sus clientes sobre una política de suspensión o terminación del servicio para infractores reincidentes de los derechos de autor en caso de que existan medidas tecnológicas desarrolladas de conformidad con un amplio consenso de titulares de derechos y de PSSI de intermediación en un procedimiento de normalización abierto, equitativo, voluntario e inter-industrial, siempre que sea disponible para cualquier persona en términos razonables y no discriminatorios y no imponga costes económicos sustanciales a los PSSI de intermediación, ni cargas a sus sistemas y redes, ésta podrá ser implementada. Además, este tipo de medidas no serían efectivas, ya que, imaginando que el usuario presuntamente infractor sea un miembro de la familia del suscriptor al que se le ha denegado el servicio de acceso a Internet, éste siempre puede contratar a otro PSSI de Intermediación de acceso, con lo cual la implementación de la política del primer PSSI de Intermediación sería totalmente inútil.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ En estos términos véase BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, n° 3, 2011, pp. 559-565. La autora, que también está en contra de que se impongan sin escrutinio judicial sanciones de suspensión de acceso a Internet a suscriptores por el uso de la tecnología P2P sin ánimo de lucro, realiza un análisis exhaustivo de la evolución de las negociaciones de este tratado con validez en la mayor parte de los países desarrollados. En un principio, el Representante de Comercio de los EE.UU. (*USTR “United States Trade Representative”*) tras decidir la Administración del Presidente Obama apoyar el concepto de que existan colaboraciones negociadas privadamente entre los titulares de derechos y los PSSI de Intermediación de Acceso a principios del año 2009 con esquemas de respuesta gradual (identificar, notificar y desconectar a aquellos suscriptores considerados infractores re-incidentes), se encontró con una fuerte oposición por parte de la Unión Europea (supra 8.4.). El primer borrador del Acuerdo ACTA del 21 de Abril, 2010, que contenía prácticamente una copia del Artículo 512 i) de la DMCA está disponible en http://trade.ec.europa.eu/dolib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf. Últ. vis. 3/Mayo/2016. En el mismo sentido, LA RUE, F., Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, May 2011, Apartado IV., punto D., párrafo 50, p. 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf. Últ. vis. 9/Mayo/2016.

⁴⁹⁷ Véase PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007, pp. 145-147. En similares términos, ZEPEDA, L.M., “A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, pp. 86-87, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6> últ. vis. 16/Mar/2016. La traducción de este Artículo de la Ley DMCA está disponible en el Anexo I de este trabajo. RESNIKOFF, P., “Federal Judge Upholds \$25 Million Infringement Penalty Against Cox

Por último, la Sentencia Bonnier del TJUE también zanja, de una vez por todas, la ausencia de obligación por parte de los PSSI de intermediación de acceso de facilitar información para identificar a los Titulares de direcciones IP directamente a los titulares de derechos de autor cuyos contenidos han sido presuntamente vulnerados a través del uso de redes P2P, dejándoles únicamente la opción de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso judicial para cumplir con el principio de proporcionalidad, véase supra 9.4.1.c).

Por tanto, en nuestra opinión, la estrategia de las poderosas organizaciones titulares de derechos de autor de trasladar a escala internacional, de forma opaca y encubierta, el Artículo 512(i) de la DMCA al Tratado Internacional en el año 2010 fue muy preocupante y no hubiese cumplido, en caso de haber tenido éxito su implementación, con el principio de proporcionalidad, ni con los demás derechos fundamentales repasados en este Capítulo, es decir, la libertad de expresión, la privacidad, y la imparcialidad y legitimidad de las medidas adoptadas.

Básicamente, no debería aceptarse ninguna demanda por vulneración de derechos de autor sin que se pruebe que el titular de derechos demandantes pueda demostrar de forma fehaciente que ha sufrido de forma efectiva un daño comercial.⁴⁹⁸ Por ello, para tomar medidas jurídicas proporcionadas se debe analizar cuando es necesario ofrecer una compensación a aquel demandante cuyos derechos han sido vulnerados, así como cuándo y de que forma se debe imponer un castigo para evitar que la conducta se repita en el futuro.⁴⁹⁹

14. Posible implementación de un sistema sencillo de compensación para los autores que permitiese el libre

Communications” en *Digital Music News*, 10/Ago/2016, disponible en <http://digitalmusicnews.com/2016/08/10/judge-cox-communications-25-million/> Últ. vis. 10/Sep/2016. Este autor opina que este apartado de la ley contiene ciertos puntos poco definidos, especialmente en relación a la definición de lo que deben considerarse las políticas de los usuarios re-incidentes para los distintos tipos de PSSI de Intermediación y especialmente para los PSSI de Intermediación de acceso.

⁴⁹⁸ SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, p. 771 <http://ssrn.com/abstract=2152672> http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014. En similares términos, BOHANNAN, C., et HOVENCAMP, H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, ed. Oxford University Press, New York, 2012, pp. 161-199. Los autores destacan que para que las leyes sobre derechos de autor sean consistentes junto con las políticas innovadoras, de libre competencia y la libertad de expresión, deberían obligar a demostrar en los casos de demandas presentadas por titulares de derechos que éstos han sufrido daños comerciales en la explotación de sus obras o prestaciones por la transmisión a través de las redes P2P. En cuanto a que el daño debe ser demostrado por el demandante véase YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 2ª edición., ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 199.

⁴⁹⁹ Véase en este sentido, SAMUELSON, P., HILL, P., et WHEATLAND, T., “Statutory Damages: a Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?” en *Journal on Copyright Society U.S.A.*, Vol. 60, 2013, pp. 12-14, disponible en www.cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Samuelson_SDs_2013.pdf y en SSRN No. 2240569, Últ. vis. 20/Ene/2017.

flujo de contenido protegido por derechos de autor por las redes P2P para uso privado.

Reconocidos autores⁵⁰⁰ han propuesto olvidar la idea de exclusividad sobre las obras y buscar una solución que implemente un esquema de compensación económica para retribuir a aquellos autores cuyas obras se transmiten a través de

⁵⁰⁰ Todos los que están a favor del esquema aunque no describen cómo funcionaría son: LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004, p. 201, disponible en: www.free-culture.cc/ últ. vis. 22/Oct/2016. PATRY, W.F., *How to Fix Copyright*, ed. Oxford University Press, New York, 2012, pp. 177-188. El autor recomienda la adopción de un esquema de compensación, sin especificar qué opción de las tres descritas por nosotros le parece la más adecuada para permitir el uso no commercial de las obras y prestaciones con derechos de autor en las redes P2P. También, SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 744-753 <http://ssrn.com/abstract=2152672> http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014. Otros autores describen cómo implementarían este esquema de compensación económica por el uso no comercial de obras y prestaciones con derechos de autor transmitidas por las redes P2P. Entre ellos, NETANEL, N.W., “Impose a Noncommercial Levy To Allow Free Peer-to-Peer File Sharing” en *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 17, issue 1, 2003, 35-59. Este autor está a favor del uso de las redes P2P, ya que las innovaciones digitales de esta nueva tecnología permitirá el desarrollo de creaciones más productivas y expresivas en cuanto a los trabajos de autoría. Por ello, opina que se debería considerar un gravamen para compensar el intercambio de obras y prestaciones con derechos de autor para uso privado en las redes P2P. También está de acuerdo en diseñar una estructura de pago que premie aquellas obras o prestaciones más “bajadas” de Internet, véase LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster. - Part 2: Understanding the Impact on Innovation” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, No. 3, Feb/Mar 2006, pp. 4-5, disponible en: <http://www.asis.org/Bulletin/Feb-06/lipinski.html> Últ. vis. 4/Feb/2017. En similares términos, otros autores han desarrollado teorías similares, como por ejemplo, FISHER III, W.W., *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, ed. Stanford University Press, California, 2004, pp. 199-258, donde el autor propone un gravamen administrativo a través del cual los titulares de derechos obtendrán una compensación a través de un impuesto en dispositivos y servicios que obtengan los usuarios para obtener acceso al ámbito digital y KU, R., “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 263-324, disponible en <https://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5128&context=uclev> Últ. vis. 12/Sep/2016. Este autor también propone un gravamen establecido por ley que financie a artistas y que la distribución económica esté unida al número de veces que los usuarios se “bajen” una obra por Internet. Por su parte la autora LITMAN, J., “Sharing and Stealing” en *Hastings Law Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 27, issue 1, 2004, pp. 1-45, disponible en <https://ssrn.com/abstract=472141> últ. vis. 29/Ene/2016, comparte e identifica las propuestas de NETANEL, FISHER y KU como similares, ya que todas sus propuestas estarían legisladas y también está de acuerdo en recomendar un esquema de comensación de este tipo. También véase GERVAIS, D., “The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing” en *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 12, issue 1, 2004, pp. 39-73, disponible en 73 disponible en <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1330&context=jipl>, últ. vis. 23/Mar/2017, y GERVAIS, D., “Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 34, 2011, pp. 423-449, disponible en <http://works.bepress.com/danielgervais/35/> Últ. vis. 23/Mar/2017. El autor propone un sistema de licencia colectiva que podrían ayudar a implementar los PSSI de intermediación, las entidades de gestión o empresas tecnológicas y al cual opina que los titulares de derechos deberían acogerse por varios motivos. El primero es porque no van a conseguir detener el uso de las redes P2P entre los usuarios y, el segundo, es que este sistema de intercambio acabará siendo económicamente rentable. Por su parte, la EFF o “*Electronic Frontier Foundation*” propone un sistema de licencia voluntaria en LOHMANN, F. von, “A Better Way Forward, Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing” en *Electronic Frontier Foundation*, 2008, disponible en <https://www.eff.org/files/eff-a-better-way-forward.pdf> Ult. Vis 20/Jul/2016.

las redes P2P para uso privado. Dentro de esta solución, distintos autores, o bien están a favor de esta propuesta de compensación económica, sin especificar concretamente el sistema de implementación proponen: a) o bien, una licencia colectiva a través de la cual las sociedades de gestión permitirían el uso de las obras y prestaciones, y repartirían el importe recolectado entre los autores, como ya funciona en Europa para el uso de música en bares y restaurantes, b) o bien, un gravamen que esté asociado con un registro de “bajadas” desde Internet de la obra o prestación que recibirá la compensación económica, o bien, c) una licencia voluntaria a través de las cuales los titulares de derechos no podrán negarse a que sus obras o prestaciones puedan ser compartidas en las redes P2P. Incluso el Professor Lessig afirma que el uso de una tecnología tan adictiva por parte de la población como las redes P2P obligatoriamente debe solucionarse de forma simple para compensar a aquellos que puedan ser perjudicados sin necesidad de destruir Internet, ejercer presiones sobre los PSSI de intermediación de acceso para que actúen como agentes policiales a favor de los titulares de derechos de autor, o evitar el uso de los protocolos P2P por parte de los usuarios. Es más, el autor Gervais argumenta que los titulares de derechos deberían ser los principales interesados en aceptar esta nueva tecnología y permitir cuantas más licencias digitales mejor, sobre todo porque podría ser un buen negocio y, si no es así, simplemente porque van a ser incapaces de detener su uso a escala global. Incluso en una publicación más reciente añade que los usuarios tienen sin duda el derecho legítimo a acceder a la cultura sin la intromisión de los titulares de derechos. En cuanto a una posible modificación legislativa en este sentido la Profesora Samuelson reconoce que aunque sería deseable, no cree que sea posible ni a medio ni a corto plazo debido a la férrea oposición de las poderosas asociaciones de la industria musical para aceptar posibles soluciones de compensación a través de gravámenes o licencias en el caso de transmisión de obras y prestaciones a través de las redes P2P.

En nuestra opinión, no deberían permitirse demandas contra usuarios finales de redes P2P para uso privado, sino que debería permitirse compartir contenido con derechos de autor entre usuarios, especialmente la opción b), es decir, que la compensación tenga una relación con el número de descargas que se produzcan desde Internet, cuanto más viral sea un contenido, más detecciones habrán y mayor compensación se recibirá. Creemos que debería implantarse a escala global con un fondo común creado por los Estados un sistema similar al que utiliza YouTube, el llamado “Content ID”, o los utilizados por Facebook o Myspace, llamado “CopySense” (tecnología diseñada por Audible Magic), a través del cual pueda medirse el número de descargas y compensar de alguna manera a los autores y creadores de contenidos, pero sin necesidad de vulnerar libertades individuales y derechos fundamentales, con lo que volveríamos a la normalidad de la época analógica.

El mantenimiento de la capacidad innovadora de Internet, es decir, su arquitectura estructurada en capas separadas independientes y su diseño de usuario final a usuario final o “*end-to-end*”, en el que sin duda han desempeñado un importantísimo papel las redes P2P, ha resultado ser muy efectiva a escala global y ha producido un “*boom*” económico extraordinario, lo cual no debe estar reñido con mantener la privacidad y otros derechos fundamentales de los usuarios. Por ello, tanto los legisladores estadounidenses como los de la Unión Europea están transmitiendo mensajes claros a los PSSI de Intermediación de acceso indicando dónde empieza y dónde acaba lo que les está permitido hacer, vigilar, controlar y comprobar, en relación a las transmisiones por la Red que realizan de sus suscriptores.⁵⁰¹

Sin duda, el punto crucial de nuestro análisis ha sido si la aparición de una nueva capacidad tecnológica, en concreto la habilidad de examinar, identificar y actuar sobre el contenido que atraviesa Internet de forma automática debe modificar las normas sociales sobre las que se fundamenta nuestra cultura, obligando a los PSSI de intermediación de acceso a ejercer funciones policiales a favor de los intereses de las industrias de contenidos, las cuales seguirían presionando para que la innovadora tecnología de las redes P2P desaparezca, aunque nadie las hiciese servir. Lo que está en juego es más profundo que decidir cómo debemos legislar para que las leyes de los derechos de autor vuelvan a disfrutar del respecto de la población en general en un clima que favorezca el aprendizaje y la creación de nuevas obras⁵⁰². Lo que está en juego es la relación que deseamos que exista entre los principios firmemente arraigados en nuestras sociedades y las tecnologías disponibles.

Como dijo en el año 2002 el profesor Raymond Ku de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago⁵⁰³, si Internet ha de ser el nuevo medio para distribuir contenido, deberemos asegurarnos que todo el mundo pueda acceder a la Red

⁵⁰¹ Véase LEMLEY, M.A., LESSIG, L., “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of The Internet in the Broadband Era” en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, pp. 971-972. En el mismo sentido, SOLUM, L.B. et CHUNG, M., “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law” en *79 Notre Dame Law Review*, vol. 79, issue 3, 2004, pp. 816-918 (2004). Disponible en <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol79/iss3/1> últ. vis. 28/Jun/2016.

⁵⁰² Véase en general, PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009. En similares términos, GENACHOWSKI, J., Presidente del Consejo de Administración del FCC, *Preserving a Free and Open Internet: A Platform for Innovation, Opportunity, and Prosperity*, 21 Septiembre, 2009, disponible en: <http://www.openinternet.gov/read-speech.html> Últ. vis. 25/Mayo/2016. WU, T., “Copyright’s Communications Policy” en *Michigan Law Review*, Vol. 103, 2004, pp. 278-367. Este último autor argumenta que los legisladores de derechos de autor en el ámbito digital deben tener en cuenta los aspectos de la compleja infraestructura de Internet, ya que esas leyes que diseñan, en el fondo, también están legislando sobre la tecnología existente.

⁵⁰³ KU, R., “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, p. 324, disponible en <https://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5128&context=uclrev> Últ. vis. 12/Sep/2016. En similares términos, CERF, V., “The Internet is for Everyone, Do we Really Believe That?” en *Internet Society*, 7 Abril 1999, disponible en <https://www.internetsociety.org/internet-everyone> Últ. vis. 22/Feb/2017. Al cierre de la tesis, hemos descubierto que el autor Vint Cerf, uno de los padres de Internet, ya expresó algo similar unos pocos años antes que el autor Ku, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

independientemente de su raza, nacionalidad o estatus económico. Sin duda, existirán poderosos intereses económicos en contra de esta visión, del mismo modo que los escribanos vieron amenazada su forma de vida cuando apareció la imprenta de Gutenberg, y debemos ser cautos al decidir políticamente como ha de evolucionar en la era de la información la legislación sobre los derechos de autor, ya que determinará si beneficiamos únicamente a unos pocos o a la mayoría. En nuestra opinión, la innovadora tecnología de transmisión de contenido “*peer-to-peer*” elimina un eslabón de la cadena, del mismo modo que desaparecerían la práctica totalidad de medios de transportes aéreos, marítimos y terrestres si se descubriese la forma de teletransportar personas y objetos tal como todos hemos visto en la serie de ciencia ficción “*Star Trek*”. Además, la actual situación permite que obras digitales que ya no son accesibles comercialmente se puedan encontrar a través del uso de las redes P2P por existir copias de las mismas guardadas en dispositivos privados de usuarios, incluso sin ser ellos conscientes de ello. Gracias a las Redes “*peer-to-peer*” o P2P la comunicación entre usuarios de todo tipo de contenidos, con derechos de autor o sin ellos, hace prácticamente dos décadas que ya no es un tema de “ciencia ficción”.

FIN

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Implementar un sistema de gobierno de los derechos de autor en la era de Internet no tiene una solución ni trivial, ni simple, dados los adelantos tecnológicos existentes. Es comprensible que muchos legisladores han sufrido y siguen sufriendo para encontrar un justo equilibrio entre bloquear que se comparta información útil para el desarrollo de la sociedad y permitir que una parte de la sociedad disfrute de una zona de libre lectura, audición, visionado y uso de contenidos. Por un lado, deben respetarse las instituciones jurídicas relacionadas con los derechos de autor y por otro, no debemos olvidar los derechos fundamentales y las libertades individuales que deben ser protegidos en un entorno cada vez más vulnerable por el uso de la tecnología digital.

SEGUNDA.- Gracias principalmente a las redes P2P, Internet es un recurso interactivo, en el que todos los conectados pueden compartir, opinar y crear. Las voces de los que antiguamente no podían opinar o cuya opinión apenas era accesible a la mayoría se ha amplificado exponencialmente, facilitando que se escuchen múltiples puntos de vista, ampliando el diálogo enormemente, siendo éste más rico para la sociedad en general. El antiguo modelo de información en un solo sentido se ha modificado profundamente, convirtiendo el planeta en un lugar más democrático, en el que cualquiera que esté conectado podrá alzar su voz.

TERCERA.- El problema de cómo los derechos de autor iban a ser protegidos en el contexto de los cambios tecnológicos y la aparición de la sociedad de la información, con una redefinición de su contexto legal, fue recogido en las normativas de la OMPI del año 1996, afrontando al mismo tiempo el tema de la responsabilidad de los PSSI de intermediación. Los dos marcos jurídicos estudiados en este trabajo, el estadounidense con la ley DMCA del año 1998 y el de la Unión Europea con la DCE del año 2000 recogen este espíritu. La implementación de las normas internacionales de los derechos de autor en el ámbito digital en los marcos regulatorios de los Estados Unidos y en menor medida en el de la Unión Europea, se ha realizado de forma distorsionada y poco equilibrada, resultando en la primera década del siglo XXI en una ecuación desnivelada a favor de los derechos de autor que se diseñaron en la Constitución de los EE.UU. para promocionar el progreso del desarrollo cultural, por lo que ha provocado un clamor popular de quejas de instituciones educativas, científicas y otros grupos representantes de los intereses públicos de los usuarios, especialmente por los altos importes de las “*statutory damages*” o condenas monetarias cuando se utiliza el conocimiento y los contenidos culturales para uso privado y sin ánimo de lucro. Esta situación se ha creado por la implementación a escala global de las medidas tecnológicas de protección

(“DRMs” o “TPMs”) en los contenidos digitales y la imposibilidad legal de conseguir sistemas para su eliminación.

CUARTA.- Las reglas de exclusión de responsabilidad en la DCE cubren todo tipo de responsabilidades, es decir, civil, administrativa e inclusive penal. En cambio, la ley DMCA estadounidense únicamente cubre la limitación de prestar reparación monetaria en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, la DMCA es una ley específica para salvaguardar los derechos de autor, mientras que en Estados Unidos se han creado otras leyes específicas para legislar otro tipo de ilícitos que se cometen en el ámbito digital en línea. En cambio, las exenciones de responsabilidad en el caso de la DCE abarcan todo tipo de ilícitos, es decir, de derechos de autor y derechos conexos, de derecho al honor y a la intimidad, de difusión de publicidad ilícita o desleal, entre otros.

QUINTA.- No es cierto que el modelo tecnológico sobre el que se basa el diseño de los protocolos de las redes P2P sea posterior a la promulgación de los marcos normativos de limitaciones de responsabilidad de la “*Digital Millenium Copyright Act*” en Estados Unidos y de exención de responsabilidad de la Directiva sobre el Comercio Electrónico en la Unión Europea, como han afirmado gran cantidad de autores. Lo que ocurrió fue que a principios de los años 1990 existían más modelos de aplicaciones “cliente-servidor” que modelos “cliente-cliente” por lo que se optimizaron los recursos de acceso a Internet modificando la estructura inicial de la misma. El ancho de banda simétrico que podía recibir la misma cantidad de datos que los que se enviaban fue modificado por un ancho de banda asimétrico en el que los usuarios podían enviar pocos datos y recibir muchos. Esta modificación ha demostrado ser perjudicial para el uso de las aplicaciones P2P. Por ello, tanto en los EE.UU. como en la Unión Europea se ha promulgado legislación para proteger la neutralidad de la Red, estableciendo al mismo tiempo que los PSSI de intermediación de acceso no pueden poner en peligro la libre competencia, la innovación, la libertad de expresión, la privacidad de los usuarios y el desarrollo del Internet de alta velocidad en ambos sentidos.

SEXTA.- Los PSSI de intermediación de acceso tienen la facultad de tener control sobre un punto único y crítico del uso de Internet, es decir, el cuello de botella por el que obligatoriamente han de pasar todas las comunicaciones que se producen desde el dispositivo de sus usuarios y el resto de usuarios conectados a la Red y viceversa. Esta circunstancia los convierte en el punto más importante de Internet, ya que los sitúa en una posición privilegiada para vigilar y controlar todo lo que hacemos y decimos.

SÉPTIMA.- La Sra. Victoria Espinel ocupó desde el año 2008 al 2013 la posición más importante como máxima responsable del gobierno de EE.UU. en asuntos de derechos

de autor “*U.S. government’s top intellectual-property enforcement officer*”, dependiendo jerárquicamente del Presidente de los EE.UU., posición que fue creada por el Congreso de EE.UU. como parte de su reforma de la legislación sobre propiedad intelectual (supra 8.2.1.) del año 2008. En Agosto de 2013 renunció a este cargo para asumir la Presidencia de la “*Software Alliance*” (incluye Apple, Microsoft y Oracle), con el acrónimo BSA, que se define como “*la organización líder mundial anti-piratería*”. Se la considera la creadora del esquema de respuesta gradual al que llegó Hollywood, la industria musical estadounidense y parte de los principales PSSI de intermediación de acceso del país, conocido como “*six strikes*”, que castiga a los usuarios de Internet en sus domicilios particulares cuando los PSSI de intermediación de acceso son informados de que se utilizan las redes P2P para vulnerar derechos de autor, o bien, provocando que los dispositivos conectados a Internet funcionen lentamente, o bien, suspendiendo el acceso al mismo durante cortos periodos de tiempo.

OCTAVA.- El motivo por el cual la Unión Europea ha implementado dos Reglamentos para que los PSSI de intermediación de acceso no puedan vigilar las actividades en Internet de los usuarios, manteniendo en el seno del mercado único los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y la privacidad es el resultado de que ni a las grandes organizaciones que explotan derechos de autor en línea, ni a los PSSI de intermediación de acceso les interesa que existan las redes P2P. Ni aún en el caso de que no se vulnerase ningún derecho de autor en línea les interesaría, a los primeros porque prefieren un consumo de contenido donde los usuarios sean simples espectadores en lugar de interactuar en la Red y a los segundos porque necesitan invertir menos capital en infraestructuras de ancho de banda si los usuarios son meros consumidores en lugar de mantener un comportamiento más activo en Internet que necesita de alta velocidad tanto de entrada como de salida. En otras palabras, los intereses de los PSSI de Intermediación de acceso y los de las grandes organizaciones de derechos de autor han acabado siendo los mismos, mientras que los intereses de los Estados y de los ciudadanos es mantener la innovación para potenciar el desarrollo económico y defender derechos fundamentales firmemente arraigados en nuestra cultura occidental.

NOVENA.- Si hubiese existido una normativa similar a la Directiva 2014/26/CE (Licencias multi-territoriales de derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea) cuando surgió la empresa tecnológica Napster, sin duda el modelo de negocio hubiese subsistido en el mercado de forma lícita porque, sin duda, mil millones de Dólares Estadounidenses hubiesen sido más que suficientes para pagar la licencia de autorización de uso de las canciones que se intercambiaban para uso privado los usuarios del protocolo P2P centralizado, a pesar de que a la RIAA no le pareció una cantidad apropiada.

DÉCIMA.- La tecnología digital e Internet han presionado y seguirán presionando mucho sobre el equilibrio que se tendría que mantener legislativamente hablando entre, por un lado, la democratización del acceso a la información y el conocimiento para toda la sociedad y, por otro, conseguir los incentivos económicos necesarios que recompensen la creatividad y fomenten una cultura dinámica. Al ser los derechos de autor tan importantes y especiales para nuestro desarrollo cultural, hemos de intentar encontrar soluciones ponderadas para evitar que las estructuras creadoras innovadoras puedan llegar a no subsistir en el hipotético marco de infracciones de obras y prestaciones en línea que podrían tener lugar en los sistemas de intercambio P2P.

UNDÉCIMA.- A pesar de que deben protegerse firmemente, los derechos de autor no son un derecho fundamental, al contrario que la libertad de expresión, la privacidad, el anonimato de las comunicaciones, la presunción de inocencia y la posibilidad de tener una tutela judicial efectiva, todas ellos derechos y libertades individuales firmemente arraigados en nuestra cultura occidental.

DUODÉCIMA.- El principio jurídico de proporcionalidad estricta establece que sacrificar los derechos de autor frente al uso de las redes P2P para uso privado y sin ánimo comercial en Internet, permitiendo el carácter innovador de la Red, va a reportar más beneficios al interés general que las posibles desventajas o perjuicios que se le puedan causar a los titulares de derechos, que según los estudios de fuentes imparciales realizados al respecto tampoco pueden demostrar un perjuicio del mercado potencial.

DECIMOTERCERA.- Tal como destacó el abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Bonnier (supra 9.4.1.c)), el hecho de que los titulares de derechos identifiquen al suscriptor de la dirección IP desde la que se han vulnerado derechos de autor sin la oportuna licencia, no necesariamente significa que éste o miembros de su entorno familiar hayan sido los que han realizado el presunto ilícito civil directamente, pudiendo ser cualquiera que tenga acceso a la wifi de su domicilio o negocio de forma ilícita o a un posible “*hacker*” que lo utilice saltándose la contraseña del mismo con facilidad. En otras palabras, una sola dirección IP puede englobar a muchísimas personas usuarias de dispositivos, tanto autorizadas como no por el titular de la línea de acceso a Internet. Además, la sentencia Fadden (supra 9.4.4.a)) incluso permite a los profesionales, titulares de un pequeño negocio, ofrecer acceso a Internet por Wi-Fi libre y gratuita, sin ser considerados responsables civiles indirectos o derivados de las presuntas infracciones de derechos de autor cometidas por los usuarios. Ahora bien, los titulares de derechos de autor pueden solicitar medidas cautelares para proteger el acceso a este servicio gratuito a través de contraseña, para que un juez pueda, en caso de necesidad, identificar al presunto infractor que haya producido un daño demostrable al demandante titular de derechos de autor.

DECIMOCUARTA.- En los Estados Unidos los casos de vulneración de derechos de autor se enjuician por la vía de la responsabilidad civil y finalmente se puede solicitar ser resarcido económicamente a través de una demanda por daños y perjuicios. El hecho de que el Congreso de los EE.UU. se esté planteando legislar para implementar condenas monetarias (“*statutory damages*”) más bajas en el caso de ser declarado un PSSI de intermediación de acceso responsable civil extracontractual derivado de las infracciones directas de los usuarios de sus suscripciones por la vulneración de múltiples obras o prestaciones, no elimina el problema de fondo. Una gran parte de los usuarios de nuevas tecnologías no son ni conscientes de que están utilizando las redes P2P, ni tienen forma de saber que un determinado contenido está protegido o no por derechos de autor. El ciudadano normal ni se lo plantea. En Europa, la posible compensación de los intereses en juego debe ser también enjuiciada desde una perspectiva civil, aunque existe una concenciación tanto académica como política de que el uso privado no supone un riesgo para el mercado potencial de los contenidos. Por supuesto, otro tema son aquellos comportamientos que intentan extraer beneficios de la vulneración de derechos de autor o tienen un ánimo comercial.

DECIMOQUINTA.- Como hemos visto tras tres años de implementación del esquema público de respuesta gradual en Francia o ley pública llamada HADOPI y tras un desembolso económico considerable de las arcas públicas considerable, no hay evidencias probadas por los estudios serios llevados a cabo, fuera del control de la esfera de las industrias que explotan contenidos protegidos con derechos de autor, que demuestre que la implementación de estos esquemas sean efectivos para evitar la transmisión de contenidos con derechos de autor a través de las redes P2P entre usuarios y/o que produzcan un aumento del consumo de contenido protegido por canales lícitos.

DECIMOSEXTA.- Un serio problema de los esquemas de respuesta gradual privados como los implementados en los EE.UU. e Irlanda es que pueden afectar negativamente los derechos fundamentales de los usuarios de Internet. Uno de los aspectos más preocupantes es que en un procedimiento civil normal por vulneración de los derechos de autor, es el demandante el que debe probar que se infringen dichos derechos demostrando además la titularidad de los mismos. En cambio en estos esquemas privados la carga de la prueba recae sobre los titulares de dirección IP desde la que presuntamente se han vulnerado derechos de autor, ya que automáticamente los PSSI de intermediación de acceso toman medidas contra los presuntos infractores sin escrutinio judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Francia obligó con su fallo en la implementación de la ley HADOPI que existiera escrutinio judicial para suspender el acceso a Internet tras probarse las vulneraciones de derechos de autor por el uso de las redes P2P desde una dirección IP determinada y se le diese oportunidad a los presuntos responsables a defenderse en un juicio imparcial.

DECIMOSÉPTIMA.- Las llamadas “*copyright trolls*” o demandas civiles colectivas abusivas en contra de los usuarios privados de las redes P2P, han dado casos de comportamientos faltos de transparencia o envueltos en el secretismo para recoger información para ser utilizada en contra de usuarios de Internet y dando lugar a “facturaciones especulativas”. Por ello, se ha comenzado a ejercer un mayor control judicial en las formas en las que los titulares de derechos comunican con los usuarios para intentar limitar este tipo de prácticas que crea un sentimiento de aversión contra los estamentos judiciales por parte de la población.

DECIMOCTAVA.- Los PSSI de intermediación de acceso saben que la tecnología “DPI” (“*Deep Packet Inspection*”) para controlar los paquetes de datos compartidos entre los usuarios no funciona si se encriptan los datos transmitidos. Otro motivo por el que oficialmente a los PSSI de intermediación de acceso tampoco les gusta reconocer que podrían utilizar esta tecnología es porque teóricamente, tanto en EE.UU. como en la Unión Europea, se podría cuestionar la limitación o exención de responsabilidad de la que disfrutaban, respectivamente, por el potencial uso que pueden hacer de sus servicios sus suscriptores o allegados de los mismos para vulnerar derechos de autor.

DECIMONOVENA.- Con los avances tecnológicos existentes hoy por hoy, los PSSI de intermediación de acceso tienen a su disposición un amplio abanico de tecnologías que les permite analizar, filtrar y/o supervisar con un proceso automatizado asumible económicamente todos los tipos de contenidos que pasan a través de sus servicios, incluso, como ha denunciado en Marzo de 2017 el Consejo de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pueden tener la capacidad técnica de interferir en el uso de las técnicas de encriptación. El Consejo, a través de la Resolución adoptada, destaca que cualquier interferencia con el derecho a la privacidad de los individuos debe basarse en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, que debe existir legislación que proteja los datos personales, especialmente si no existe el consentimiento libre, explícito e informado del individuo.

VIGÉSIMA.- En los EE.UU. la Industria del Entretenimiento intenta controlar jurídica y políticamente los desarrollos tecnológicos y sigue luchando en contra de la Sentencia Sony. La Sentencia Sony de “puerto seguro” para nuevas tecnologías es incluso más sólida hoy en día, tras la sentencia Grokster. En otras palabras, la institución jurídica de que las tecnologías con usos y capacidades sustanciales no vulneradoras de derechos debe ser preservada, tal como se reconoció en la sentencia Grokster del Tribunal Supremo, sigue teniendo una gran importancia en la promoción del comercio y de la innovación.

VIGESIMOPRIMERA.- En EE.UU. las industrias titulares de derechos de autor han intentado por todos los medios que se amplíen los tipos de responsabilidades civiles extracontractuales derivadas de la vulneración directa de los derechos de autor por parte de usuarios. El tercer tipo incluido en la jurisprudencia estadounidense por “incitar a los usuarios de la Red a cometer ilícitos” a través del uso de los protocolos “*peer-to-peer*”, conocida como sentencia Grokster, ha sido importado del derecho de las patentes y es interesante destacar que el mismo ha sido recientemente incluido en el ordenamiento jurídico del Estado Español.

VIGESIMOSEGUNDA.- Al no permitir el derecho constitucional de los Estados Miembros de la Unión Europea y de EE.UU. la vulneración de derechos fundamentales y libertades personales, a la vez que consideran indispensable preservar Internet a escala global para favorecer el desarrollo económico, creemos que la posible implementación de un sistema sencillo de compensación para los autores que permita el libre flujo de contenidos protegidos por derechos de autor por las redes P2P para uso privado sería conveniente.

VIGESIMOTERCERA.- En ambos sistemas jurídicos, el Estadounidense y el de la Unión Europea, se ha establecido a través de las normas establecidas por la FCC y dos Reglamentos en los años 2015 y 2016, respectivamente, que los PSSI de intermediación de acceso no pueden actuar de forma que se ponga en peligro la libre competencia, la innovación, la libertad de expresión, el desarrollo del Internet de alta velocidad y la privacidad de los usuarios. Además, en la Unión Europea, a través del Reglamento 2016/679, se establece que se ha de mantener obligatoriamente el secreto de las comunicaciones.

VIGESIMOCUARTA.- Tras los dos Reglamentos establecidos para evitar la “*fragmentación*” entre los Estados Miembros, la Unión Europea desea que los PSSI de intermediación de acceso únicamente tengan actuaciones de buena voluntad y equilibradas para defender los intereses de los titulares de derechos de autor sin vulnerar otros derechos fundamentales o libertades individuales de mayor importancia jerárquica. Además están los pronunciamientos del TJUE en el caso *UPC* por el que se pueden bloquear páginas web cuya “*raison d’être*” sea vulnerar derechos de autor; el del caso *Sabam* que no permite un sistema general de filtrado de contenidos de los PSSI de intermediación de acceso por ser incompatible con los derechos fundamentales y las libertades individuales o el pronunciamiento del caso *PROMUSICAE* y derivados que piden que se mantenga el principio de proporcionalidad, es decir, un equilibrio entre todos los derechos fundamentales involucrados.

VIGESIMOQUINTA.- El Tribunal Supremo de EE.UU. amplió en el año 2005 la jurisprudencia sobre las responsabilidades derivadas de las infracciones de los derechos de autor o infracciones indirectas, incluyendo en su análisis el concepto de “inducir a cometer un ilícito”. De este modo, no hicieron ninguna variación de la jurisprudencia establecida en la Sentencia Sony para no producir un efecto contraproducente sobre la innovación tecnológica. Los PSSI de intermediación que realizan desarrollos tecnológicos y que los ponen a disposición de los usuarios induciéndoles a que cometen ilícitos civiles de derechos de autor, van a ser tratados de igual modo que aquellos que inducen a vulnerar los derechos de una patente. Tal como se esperaba tras la sentencia MGM v. Grokster, empresas cuyos protocolos P2P se habían utilizado extensamente a causa de la publicidad directa realizada por ellos mismos para infringir derechos de autor se habían clausurado, como Grokster, StreamCast, o LimeWire. Además, siempre que los jueces apliquen altos niveles de exigencia a la hora de evaluar la infracciones indirectas: a) solicitando pruebas de que se pone especial énfasis en intentar inducir a la infracción, b) pruebas de que se vulneran derechos y c) existen intentos específicos de que se induce a la infracción, tal como establece la legislación estadounidense de patentes e impone la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia Grokster, seguirá existiendo mucho espacio para el desarrollo de la innovación tecnológica.

VIGESIMOSEXTA.- Algunos Estados Miembro de la Unión Europea han obligado a los PSSI de Intermediación a imposibilitar el acceso a ciertas páginas web que ofrecen índices a través del protocolo P2P BitTorrent, o incluso, los propios PSSI de Intermediación de Acceso han decidido unilateralmente imposibilitar el acceso a las mismas a sus suscriptores para evitar infracciones de derechos de autor. Sin embargo hay estudios, como el de la Universidad en Maastrich, que demuestran que no existe variación en los índices de vulneración de los derechos de autor tras el bloqueo de dichas páginas.

VIGESIMOSÉPTIMA.- Si comparamos quién supervisa las medidas impuestas a los titulares de dirección IP cuando se detectan presuntas vulneraciones de derechos de autor a través del protocolo P2P BitTorrent en los tres modelos de respuesta gradual analizados en nuestro trabajo, mientras estuvo en vigor el sistema público Hadopi en Francia, este necesitó escrutinio judicial para que se impusiese una sanción de suspensión de acceso y en el periodo de vigencia de la ley, este extremo sólo se contempló en la sentencia de cuatro casos y no de forma permanente sino durante un periodo limitado de tiempo. En el sistema del acuerdo privado CAS estadounidense el titular de la dirección IP tiene la oportunidad de apelar a un árbitro independiente para que revise el proceso y evite la imposición de la sanción de suspensión de acceso, aunque, por desgracia, no contempla todos los usos lícitos y razonables reconocidos por la ley. Sin duda, el menos afortunado de todos fue el acuerdo privado Irlandés, en el que

Eircom, el más importante PSSI de intermediación de acceso del país, impone la sanción de desconexión de acceso sin posibilidad de actuación por parte del titular de dirección IP.

VIGESIMOCTAVA.- Fuera de la estructura de mercado normal, las aplicaciones disponibles a través de una Red abierta o neutral nos permiten incrementar nuestra capacidad de creación tanto de forma individual, como en grupo. La capacidad de todos nosotros de hablar, no sólo escuchar, de modificar nuestro entorno de forma activa sin desempeñar únicamente el papel de receptor final, es básico en el potencial de Internet para incrementar la libertad individual, para tener una plataforma de participación democrática de más calidad, para desarrollar una cultura más crítica y reflexiva y en definitiva, para mejorar el potencial humano en todas las partes del planeta. En otras palabras, para no perder el tren del progreso, los Estados no deben poner en peligro ni la libre competencia, ni la innovación, ni la libertad de expresión, ni el desarrollo del Internet de alta velocidad.

VIGESIMONOVENA- Para intentar minimizar los efectos de las vulneraciones de los derechos de autor en el ámbito digital cuando existe lucro comercial, es interesante destacar que tanto los EE.UU. como la Unión Europea han decidido utilizar el enfoque llamado “*Follow the Money*” o “*Sigue la Pista al Dinero*”, eliminando la posibilidad de que exista ánimo de lucro sin el pago de las correspondientes licencias, dejando, por tanto, en la Unión Europea el uso privado de un posible contenido ilícito sin ánimo comercial que pueda ser interpretado como un comportamiento normal entre los usuarios de Internet siempre que no sea descargado en un dispositivo, es decir, que se consuma en modo “*streaming*”.

TRIGÉSIMA.- Bajo ningún concepto debemos consentir que una empresa privada pueda privar a un usuario de Internet de la conexión a la misma. Una decisión de esta índole debe ser el último recurso a utilizar actualmente debido a la vulneración de libertades individuales y derechos fundamentales que representaría y, sin duda, debe ser el último recurso a ser implementado, siempre bajo supervisión judicial después de que el usuario haya tenido oportunidad de defenderse en un procedimiento justo. Sin duda, no hacerlo así, tendría un impacto mucho mayor que el intento de encauzar un problema que las industrias propietarias de contenido en ocasiones nos quieren hacer creer, como una importante merma de su mercado potencial, sin que este extremo se haya podido probar.

TRIGÉSIMOPRIMERA- Tanto los EE.UU. como la Unión Europea han reaccionado de forma lenta a las circunstancias regulatorias necesarias especiales del derecho de

Internet relacionadas con definir las obligaciones de los PSSI de intermediación de acceso para evitar que consigan controlar sus redes para obtener un ancho de banda de mayor capacidad a favor de sus intereses económicos y en detrimento de la innovación. Ciertamente en un entorno económico de incertidumbre y de heterogeneidad de los consumidores, el legislador debe controlar dos aspectos cruciales para que aparezcan aplicaciones innovadoras de éxito. Por un lado, que exista un conjunto de equipos innovadores lo más amplio y diverso posible que trabajen de forma independiente aplicaciones innovadoras de bajo coste, y por otro, que permitamos a los usuarios finales decidir libremente qué aplicaciones les resultan más convenientes de usar. Si permitimos que los PSSI de intermediación de acceso establezcan qué tipos de aplicaciones podemos probar y cuáles no, o bien, que incrementen los costes de innovar aumentando los cargos económicos del acceso a la Red, habremos roto este mecanismo. Es crucial que los legisladores entiendan que bajo las condiciones descritas cualquiera de nosotros puede llegar a ser un innovador y que estas características no se pueden sacrificar a cambio de que los PSSI de intermediación de acceso nos instalen redes de banda ancha a mayor velocidad en un solo sentido, ya que el precio a pagar sería demasiado alto para el interés público en general. Por todo ello y teniendo en cuenta la Directiva 2014/26/UE (supra 9.1.5.) y el Reglamento 2015/2120 (supra 9.1.6.), en nuestra opinión la Unión Europea está caminando con paso firme y seguro, influyendo y sirviendo de modelo para que los más reconocidos académicos de otros países realicen propuestas proporcionadas entre los derechos de autor y el rol de los PSSI de intermediación de acceso a sus respectivos legisladores en este sentido. Así que, sin un control legislativo que mantenga la arquitectura de Internet controlable de la intervención a favor de intereses privados de las poderosas organizaciones propietarias de los derechos de autor de una parte y de los PSSI de Intermediación de Acceso por otra, se reduciría notablemente el poder innovador de la Red.

TRIGÉSIMOSEGUNDA.- Ningún Estado debería aceptar demandas por vulneración de derechos de autor sin que se demuestre de forma efectiva que existe daño comercial. El objetivo de las leyes anti-competencia y de derechos de autor es facilitar el crecimiento económico. Actualmente, en EE.UU., las leyes de derechos de autor limitan en lugar de promocionar la innovación, especialmente por la amenaza de extorsión que existe contra usuarios privados por los altos costes de las “*statutory damages*” o condenas monetarias, por lo que el gobierno estadounidense está analizando de que forma puede modificar la legislación para evitar que se haga un mal uso de las mismas.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ABELLA, J.M., “¿Están Protegidos los Derechos de Propiedad Intelectual Frente a los Programas P2P?” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 321-330.

ANGELOPOULOS, Ch., “CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order...to do the impossible” en *Kluwer Copyright Blog*, IALS Universidad de Londres, 3 de Abril, 2014, disponible en www.kluwercopyrightblog.com/2014/04/03/upc-telekabel-wein/ Últ. vis. 12/Sep/2016.

AOL (America on Line), “*Best Practices Guidelines for Ad Networks to Address Piracy and Counterfeiting*” (Acuerdo de Buenas Prácticas de Empresas de Publicidad en Línea para Evitar la Piratería y la Falsificación), 15/Jul/2013, disponible en <http://blog.aol.com/2013/07/15/ad-networks-best-practices> últ. vis. 14/Dic/2015.

APIG o Asociación para el Correcto Gobierno de Internet, “A Concrete Proposal to Enshrine the Necessary and Proportionate Principles Thus Ending Mass Surveillance” en *Association for Proper Internet Governance*, disponible en <http://apig.ch/proposal.htm> Últ. vis. 20/Nov/2016.

ARNOLD, M., DARMON, E., DEJEAN, S., et PENARD, T., “Graduated Response Policy and the Behaviour of Digital Pirates: Evidence from the French Three-Strike (Hadopi) Law”, 28 Mayo 2014, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2380522> Últ. vis. 24/May/2016.

ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, Londres, U.K., 2013, p. 3. Estudio parcialmente financiado por la Fundación Adessium de los Países Bajos, en www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf. Últ. vis. 16/Mayo/2016.

ARTICLE 19, “*The 2011 Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet*”, Junio 2011, disponible en <http://www.article19.org/data/files/pdf/press/international-mechanisms-for-promoting-freedom-of-expression.pdf>. Últ. Vis. 7/Mayo/2016.

ASSOCIATED PRESS, “Firm Behind eDonkey to Pay \$30 Million to Avoid Piracy Claims” en *San José Mercury News*, 12 Septiembre 2006, Associated Press, disponible en http://www.mercurynews.com/mld/mercurynews/news/local/states/california/northern_california/15500928.htm Últ. vis. 12/Ene/2015.

AUSTIN, G.W., “Global Network & Domestic Laws: some Private International Law Issues Arising From Australian and U.S. Liability Theories” en *Peer-to-Peer File*

Sharing and Secondary Liability in Copyright Law, ed. Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham, 2009, pp. 124-147.

BAND, J. et GERAFI, J., *The Fair Use/Fair Dealing Handbook*, Marzo 2013, disponible en <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/03/band-and-gerafi-2013.pdf> . Últ. vis. 14/Mar/2016.

BANKSTON, K., SOHN, D. et McDIARMID, A., *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, ed. Center for Democracy and Technology. Washington DC, Diciembre 2012, en www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012. Últ. vis. 18/Mayo/2016.

BARBERÁN, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, Madrid, 2010.

BAR-GILL, O, “Bundling and Consumer Misperception” en *University of Chicago Law Review*, vol. 73, invierno, 2006, pp. 33-61.

BARKER, J.C., “Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement” en *Texas Law Review*, Vol. 83, issue 2, 2004, pp. 525-582.

BARLOW, J.P., A Declaration of the Independence of Cyberspace, Davos, Suiza, 8 de Febrero de 1996, disponible en <http://homes.eff.org/cyberspace-independence>. Últ. vis. 18/Nov/2015.

BARTOW, A., “A Restatement of Copyright Law as More Independent and Stable Treatise” en *Brooklyn Law Review*, Vol. 79, issue no. 2, 2014, pp. 457-503, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552009, últ. vis. 17/Mar/2017.

BAYLINA MELÉ, M., “La Explotación Directa de Obras y Prestaciones Protegidas en Redes Digitales” en AA.VV., *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, col. Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, vol. III, ed. Universidad Ramón Llull, 2007, pp. 15-60.

BBC, “Parliament passes Emergency Data Retention Bill”, en *BBC News-UK Politics*, 17 de Julio, 2014, disponible en <https://bbc.com/news/uk-politics-28352673> Últ.vis. 10/Jun/2016.

BBC, “LimeWire pays \$105m Settlement to Music Firms” en *BBC News Technology*, 13 Mayo 2011, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/technology-13388839> Últ. vis. 11/May/2013.

BECKER, G.S., et al., “Net Neutrality and Consumer Welfare” en *Journal on Competition Law & Economy*, Vol. 6, 2010, pp. 497-535.

BEISE, C., “Cox Cannot Avoid \$25 million verdict for subscribers’ music piracy” en *Intellectual Property Law Daily*, 15 Agosto 2016, disponible en

http://www.dailyreportingsuite.com/ip/news/cox_cannot_avoid_25_million_verdict_for_subscribers_music_piracy Últ. vis. 10/Sep/2016.

BENKLER, Y., “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain” en *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 354-446.

BENKLER, Y., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, ed. Yale University Press, New Haven CT and London, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las Reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012.

BERKMAN Center for Internet and Society, “The Future of Intellectual Property on the Internet: A Debate” en *Harvard Law School*, 2000, disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/futureofip/archive.asp> Últ. vis. 2/Sep/2016.

BERSCHADSKY, A., “RIAA v. Napster: A Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age” en *The John. Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 18, issue 3, 2000, pp. 755-790.

BOHANNAN, C., et HOVENCAMP, H., *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, ed. Oxford University Press, New York, 2012.

BRADLEY, T., “MegaUpload takedown proves SOPA and PIPA are unnecessary”, en *Web & Communication Software, Legal Issues, NETWORK*, January 2012.

BRIDY, A., “Why Pirates Still Won’t Behave: Regulating P2P in the Decade After Napster” en *Rutgers Law Journal*, Vol. 40, 2009, pp. 565-611.

BRIDY, A., “Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement” en *Oregon Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 81-133.

BRIDY, A., “ACTA and the Specter of Graduated Response” en *American University International Law Review*, Vol. 26, issue 3, 2011, pp. 558-578.

BRIDY, A., “Graduated Response American Style: “Six Strikes” Measured Against Five Norms” en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 23, n° 1, 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2145059>. Últ. vis. 16/Ene/2017.

BRIDY, A., “Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2012, pp. 153--168, disponible en <https://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/2012/07/Bridy.pdf> últ. vis. 13/Mar/2016.

BRIDY, A., “Internet Payment Blockades” en *Florida Law Review*, Vol. 67, No. 3, Mayo 2015, pp. 1523-1568, disponible en <https://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/6-Bridy.pdf>, últ. vis. 30/Sep/2016.

BROWN, K., Consejera Delegada del Internet Society (ISOC) y ponente en WSIS 10. Diciembre 2015 en “*World Summit on the Information Society (WSIS)*” (Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información) visitado 3 de Enero 2016 y disponible en 6 idiomas, disponible en <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/70/L.33> . Visitado el 7 de Enero de 2016

BRYNJOLFSSON, E., HU, Y.J., et SMITH, M.D., “From Niches to Riches: Anatomy of the Long Tail” en *MIT Sloan Management Review*, vol . 47, issue 4, 2006.

BRYNJOLFSSON, E, et SAUNDERS, A., *Wired for Innovation: How Information Technology is Reshaping the Economy*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2009.

BURK, D., et COHEN, J., “Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems” en *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 15, 2001, pp. 41-79.

BYRNE, S., “French Illegal Downloads Agency Hadopi May be Abolished” en *CNET Australia*, 6 de Agosto, 2012, disponible en <http://m.cnet.com.au/french-illegal-downloads-agency-hadopi-may-be-abolished-339341011.html> últ. vis. 23/Jul/2016.

CAMACHO, S., *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*, Col. Derecho de las Nuevas Tecnologías, ed. Reus, Madrid, 2005.

CARBAJO, F., “El Pulso en Torno a la Copia Privada” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, pp. 9-54.

CASAS VALLÈS, R., “Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 287-338.

CASTELLS, M., *La Era de la Información. La Sociedad Red*, vol. I, tercera edición, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005.

CASTEX, F., Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo. Informe sobre los Cánones por Copia Privada A7-0114/2014, ponente Eurodiputada Castex, F., disponible en <http://europarl.eu/sides/getDoc.do?pubRef=EP//TEXT+REPORT+A7-2014> Últ. vis. 11/Jun/16

CENTER FOR COPYRIGHT INFORMATION, *The Copyright Alert System: Phase One and Beyond*, 2014, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2014/05/Phase-One-And-Beyond.pdf> .Últ. vis. 14/Ene/2017

CERF, V., “The Internet is for Everyone, Do we Really Believe That?” en *Internet Society*, 7 Abril 1999, disponible en <https://www.internetsociety.org/internet-everyone> Últ. vis. 22/Feb/2017.

CERF, V., entrevista a uno de los padres de Internet, “*Exclusive: Father of the Internet Vint Cerf’s Forecast for ‘Internet of Things’*” en revista digital “*WashingtonExec*”, por Lisa Singh, 17 de Agosto de 2015. En http://www.washingtonexec.com/2015/08/exclusive-father-of-the-internet-vint-cerfs-forecast-for-internet-of-things/?imm_mid=0d7175&cmp=e-iot-na-na-newsltr_20150820. Últ. vis. 2 Sep 2016.

CHACKSFIELD, M., “Online Video Streaming Continues to Rise” en *TECHRADAR.COM*, 19/Ene/2010, <http://www.techradar.com/news/internet/online-video-streaming-continues-to-rise-664719>. Últ. vis 23/Mayo/2016.

CHEN, D, DURKEE, M., et al, “Copyright Reform Act. Prepared on Behalf of Public Knowledge. Updating 17 U.S.C. § 512’s Notice and Takedown Procedure for Innovators, Creators, and Consumers” en *Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic*, ed. Berkeley Law Faculty, California, 2011, pp. 1-24.

CHRISTIE, A., WALLER, S. et WEATHERALL, K., “Exporting the DMCA through Free Trade Agreements” en editores HEATH, C. et SANDERS, A.K., *Intellectual Property and Free Trade Agreements*, 2007.

CLARK, David D., “The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols” en *Computer Communications Review*, Vol. 18, No. 4, Agosto 1988, pp. 106-114.

CLARK, Robert, “Sharing out Online Liability: Sharing files, Sharing Risks and Targeting ISPs” en Coordinador STROWEL, A. *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, pp. 196-228.

CLINTON, W.J. “A Framework for Global Electronic Commerce” en Editor FITGERALD, B., *Cyberlaw I & II*, ed. Ashgate, Dartmouth, 2006.

CLINTON, W.J., et GORE, A., “*Read the Framework*”, punto 4. “*Intellectual Property Protection*”, apartado “*Copyrights*”, disponible en http://itlaw.wikia.com/wiki/A_Framework_for_Global_Electronic_Commerce Texto idéntico al anterior. Últ. vis. 28/May/2016.

COATS, W.S., FEEMAN, V.L., GIVEN, J.G., et RAFTER, H.D. “Streaming into the Future: Music and Video Online” en *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol. 20, 2000, pp. 285-307, disponible en <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=elr> , últ.vis. 28/Ago/2016.

COHEN, J., “A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace”, en *University of Connecticut Law Review*, Vol. 28, 1996, pp. 981-1022.

COMISIÓN DE LEGISLADORES EUROPEOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, “Body of European Regulators for Electronic Communication”, “*A view of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe: Findings from BEREC’s and the European Commission’s Joint Investigation*”, 29 de Mayo, 2012, disponible <http://bit.ly/1MOMMhj>. Últ. vis. 25/Jun/2016.

COMISIÓN EUROPEA, “*A European Initiative in Electronic Commerce, Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*”, COM (97) 157, 15.4.1997.

COMISIÓN EUROPEA, “Stakeholders’ Dialogue on Illegal Up- and Downloading” en *Borrador del Resumen de lo Discutido en la Reunión*, (Draft Summary of Meeting Minutes), Bruselas, 2 de Junio de 2010.

COMISIÓN EUROPEA, COM(2011) 287 final, Bruselas 24/May/2011, “*Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Single Market for Intellectual Property Rights; Boosting Creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*”, pp. 4-5, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf Últ. vis. 24/Abr/2017.

COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe de Evaluación sobre la Directiva de Conservación de Datos (Directiva 2006/24/CE), COM(2011) 225 final, Bruselas 18/Abr/2011, disponible en [https://europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0225_/com_com\(2011\)0225_es.pdf](https://europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0225_/com_com(2011)0225_es.pdf), últ. vis. 14/Abr/2017

COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de Prensa de la implementación de la Directiva 2014/26/UE relativa a la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Afines y a la Concesión de Licencias Multi-territoriales de Derechos Sobre Obras Musicales para su Utilización en Línea en el Mercado Interior, disponible en https://europa.eu/rapid/pressrelease_MEMO-14-80_en.htm Últ. vis. 28/Oct/2016 (sólo disponible en inglés y en francés).

COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6 de Mayo de 2015, Comunicación del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Extracto de las directrices políticas para la próxima Comisión Europea.” Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático de 15 de Julio de 2014. Prioridad nº 2: Un Mercado Único Digital Conectado. Punto 3.3.2.: Crear Condiciones Adecuadas y Equitativas para las Redes Digitales Avanzadas y los Servicios Innovadores. Un marco regulador adecuado para los fines previstos para

las plataformas y los Intermediarios. Lucha Contra los Contenidos Ilícitos en Internet, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192&fro> Últ. vis. 10/Nov/2016.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de Prensa, Bruselas/Estrasburgo, 1 de Julio de 2014, “La Comisión presenta medidas para proteger y aplicar mejor los derechos de propiedad intelectual”, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-760_en.htm . Últ. vis. 10/Nov/2016.

COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6 de Mayo de 2015, Comunicación del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Extracto de las directrices políticas para la próxima Comisión Europea.” Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático de 15 de Julio de 2014. Prioridad nº 2: Un Mercado Único Digital Conectado. Punto 2.3. Un Mejor Acceso En Línea para los Consumidores y las Empresas en Europa, Evitando el Bloqueo Geográfico, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192&fro> Últ. vis. 10/Nov/2016

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones, *Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, firmado por su Presidente, Jean Claude Juncker, 6/May/2015, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192&fro> Últ. vis. 10/Nov/2016.

COMISIÓN EUROPEA, COM(2015) 626 final, Bruselas 9/Dic/2015, “*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; Towards a modern, more European copyright framework*”, pp. 1-12.

COMISIÓN EUROPEA: Declaración Conjunta de la Comisión Europea: Primer Vice-Presidente, Frans Timmermans, Vice-Presidente responsable del Mercado Digital Único, Andrus Ansip, y del Comisario de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, Vera Jourová, sobre la Adopción Final de las Nuevas Normas de Protección de Datos Personales, presentada el 14 de Abril de 2016, disponible en la Base de Datos de las Notas de Prensa de la Comisión Europea, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-1403_en.htm Últ. vis. 3/Sept/2016.

COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BOARD AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Unpredictable Certainty: Information Infrastructure through 2000*, ed. National Academy Press, 1996.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones, firmado por Jean Claude Juncker. EUR-Lex-52015DC0192, 6 de Mayo, 2015..

COMUNICADO O NOTA DE PRENSA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, Court of Justice of the European Union, Press Release No. 54/14, Luxembourg, 8 April 2014 Judgement in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others, en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201404/cp140054en.pdf> . Últ. vis. 10/Jun/2016.

CONGRESO DE EE.UU., declaración de la Sra. Katherine Oyama (“*Senior Copyright Policy Counsel*” de Google) ante la Sección 512 del Título II: Vista ante el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, en el “*House of Commons on the Judiciary*”, 113º Congreso 82, Congreso de los EE.UU., 2014, disponible en <http://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/031314-Testimony-Oyama-1.pdf> Últ. vis. 21/Dic/2016.

CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “*General Comment No. 17: The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the autor*” , párrafo 1, E/C.12/GC/17, disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRI-GEN-1-REV-9-Vol-i_n.doc . Últ. vis. 23/Nov/2016. La Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la resolución 2200A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966, así como puesta a disposición de los Estados para su firma, ratificación y acceso. Entró en vigor el 3 de Enero de 1976, de acuerdo con el Artículo 27 de los Derechos Humanos.

CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “*General Comment No. 34: The right to privacy in the digital age*”, punto 3 de la agenda de la reunión 56, A/HRC/34/L.7/Rev.1, aprobado el 23 de Marzo de 2017, disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/34/L.7/Rev.1 . Últ. vis. 3/Abr/2017.

COOKE, J., “The Shift to Cloud Computing: Forget the Technology, It’s About Economics” en *Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG)*, Diciembre 2010, www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/povShift_to_Cloud_Computin_POV_IBSG.pdf Últ. vis. 18 Abril 2016.

CORREDOIRA, L., *La Protección del Talento. Propiedad Intelectual de Autores, Artistas y Productores con Especial Atención a Internet y Obras Digitales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

COWBURN, P., “DRIP: Five Arguments Against Proposed UK Data Retention Bill” en *London School of Economics and Political Science Media Policy Project Blog*, 15 Julio 2014, en <https://blogs/lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/07/15/drip-five-arguments-against-proposed-uk-data-retention-bill/> Últ. vis. 10/Jun/2016.

CRAIG, P.P., et DE BURCA, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, ed. Oxford University Press, New York, 2007.

CRAWFORD, S., “Google Fiber was Doomed from the Start. The Internet access answer won’t come from the private markets, but rather from policies that make for competitive networks” en *BackChannel*, 14 Marzo, 2017, disponible en <https://backchannel.com/google-fiber-was-doomed-from-the-start-a5cdfacdd7f2#.6ttzc969z> Últ. vis. 21/Mar/2017.

CTA & CCIA (Consumer Technology Association and Computer & Communications Industry Association), Informe de “*Amicus Curiae*” al Tribunal de Apelación del “*Fourth Circuit*” a favor de Cox Communications, 14 de Nov., 2016, disponible en https://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2016/11/Brief-Amicus-Curiae-of_CTA-and-CCIA-in-BMG_v_Cox-20161114.pdf, últ. vis. 21/Abr/2017.

CULBERT, R., “Greater Liability for ISPs?” en *IP Intelligence, Insight on Intellectual Property*, ed. Baker Hostetler, 28 Diciembre, 2015, disponible en http://www.ipintelligencereport.com/2015/12/28/greater_liability_for_isps/ últ. vis. 13/Sep/2016.

CYBERLOCKER Definición, disponible en www.netforbeginners.about.com/od/internet101/f/What-Is-A-Cyberlocker.htm Últ. vis. 9/Abril/2016.

DANAHER, B., et al., “The Effect of Graduated Response Ant-Piracy Laws on Music Sales: Evidence from an Event Study in France” en *Journal of Industrial Economics*, 13 de Julio de 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989240 Últ. vis. 18 Julio 2016.

DAVID, R., *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, ed. Aguilar, Madrid, 1967.

DAVIS, W., “BMG Asks Court to Uphold Copyright Verdict Against Cox Communications” en *Mediapost PolicyBlog*, 5/Ene/2017, disponible en <https://www.mediapost.com/publications/article/29295/bmg-asks-court-to-uphold-copyright-verdict-against.html> últ. vis. 21/Abr/2017.

DeBRIYN, J., “Shedding Light on Copyright Trolls: An Analysis of Mass Copyright Litigation in the Age of Statutory Damages” en *UCLA Ent. Law Review*, Vol. 19, 2012, pp. 79-98.

DE KOSNIK, A., “Piracy is the Future of Television” en *Comparative Media Studies*, University of California, Berkeley, 4 Enero 2011, <http://cmsw.mit.edu/piracy-is-the-future-of-television/> Últ. vis. 19 Abril 2016.

DE LA FUENTE, M., et VIANA, C., ”Intercambio de Archivos y Vulneración de Derechos de Autor” en Editores BOIX, A., et LÓPEZ, G., *La Autoría en la Era Digital*:

Industria Cultural y Medios de Comunicación, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 301-346.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los contenidos creativos en línea en el mercado único» COM(2007) 836 final (2009/C 77/16) 31/Marzo/2009 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 77/64-65 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:077:0063:0068:ES:PDF> últ. vis. 18/Dic/2012.

DÍEZ DE LOS RIOS, M., ., "Request for Comments" en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012, pp. 163-194.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II., Las Relaciones Obligatorias, 6ª ed., ed. Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, Julio 2008.

DIGITAL CIVIL RIGHTS, "Changes in the German Copyright Law" en *Digital Civil Rights*, Bruselas, Bélgica, 23 Abril, 2008, disponible en <http://www.edri.org/edriagram/number6.8/german-copyright-change>. Últ. vis. 20/Feb/2016.

DIXON, A.N. "Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements" en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer file Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham U.K., 2009, pp. 12-42.

DURÁN RIVACOBBA, R. y GARCIA LLERENA, V., "Protección de Datos Personales y del Derecho de la Intimidad vs. Protección de la Propiedad Privada de Carácter Intelectual: Consecuencias del Caso Promusicae" en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 205-240.

DWORKIN, R., *FREEDOM'S LAW: The Moral Reading of the American Constitution*, ed. Oxford University Press, New York, 1996.

EASTERBROOK, F.H., "Cyberspace and the Law of the Horse" en *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 207-216.

EDUCAUSE, American Council on Education (ACE), Association of American Universities (AAU), et al., Informe de "Amici Curiae" al Tribunal de Apelación del "Fourth Circuit" a favor de ninguna de las dos partes en el caso BMG Rights Management et al v. Cox Communications et al., 14 de Nov., 2016, disponible en <https://library.educause.edu/resources/201611/educause-comments-amicus-brief-bmg-v-cox-dmca-case> Últ. vis. 20/Abr/2017.

EDWARDS, L., *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, Profesora de E-Governance en la Facultad de Derecho de la Universidad de Strathclyde, WIPO, Ginebra, 2011, pp. 1 – 73. En formato Presentación de la Profesora Lillian Edwards para WIPO, 22 de Junio 2011, disponible en

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_isoc_ge_11/wipo_isoc_ge_11_ref_01_edwards.pdf Informe entero final de WIPO, disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf Últ. vis. 20/Feb/2017.

EDWARDS, L., “Articles 12-15 ECD: ISP Liability” en Editor EDWARDS, L., *The New Legal Framework for E-Commerce Europe*, ed. Hart, Oxford y Portland, 2005, pp. 93-136.

EDWARDS, L., et WAELDE, C., *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO, Ginebra, 18 Abril, 2005, pp. 1 – 65, disponible en <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;sequence=1> Últ. vis. 18/Jun/2015

EFF “*The Electronic Frontier Foundation*”, disponible en <http://eff.org> últ. vis. 9/Jun/2016.

EFF (Electronic Frontier Foundation), “Capítulo VII. Is it Working? Incubating New “Darknet” Technologies” en *RIAA v. The People: Five Years Later*, 30 Septiembre 2008, disponible en <http://eff-prg/wp/riaa-v-people-five-years-later> últ. vis. 24/Feb/2017.

EFF (Electronic Frontier Foundation), “Recording Industry Plans “Amnesty” for Music Sharers. Electronic Frontier Foundations Says Share, Get Artists Paid”, 5 Septiembre 2003, disponible en <http://eff.org/es/press/archives/2003/09/05-0> últ. vis. 13/Sep/2016.

EFF (Electronic Frontier Foundation), *Recording Industry Withdraws Music Sharing Lawsuit: Lack of Due Process Lead to Mistaken Identity*, 24 Septiembre 2003, disponible en <https://www.eff.org/es/press/archives/2003/09/24> últ. vis. 23/Mayo/2016

EFF (Electronic Frontier Foundation), *Columbia v. Bunnell (aka Movies Studios v. TorrentSpy)*, disponible en <https://www.eff.org/cases/columbia-pictures-industries-v-bunnell>. Últ. vis. 20/Abril/2016.

EFF (Electronic Frontier Foundation), *RIAA versus The People: Five Years Later*, 30 Septiembre 2008, disponible en <https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later> Últ. vis. 23 Abril, 2016.

EFF (Electronic Frontier Foundation), Carta Abierta de 83 Ingenieros de Internet dirigida al Congreso de los EE.UU. (“*Open Letter from Internet Engineers to the U.S. Congress*”), 15 Diciembre 2011, disponible en <https://www.eff.org/sites/default/files/Internet-Engineers-Letter.pdf>. Últ. vis. 24/Ene/2017.

EFF (Electronic Frontier Foundation), *Copyright Trolls*, disponible en <https://www.eff.org/issues-copyright-trolls> , Últ. vis. 29/Sep/2016.

EFF y CDT, Informe “*Amici*” al Tribunal a favor de los demandados, de fecha 22 de Junio de 2007. “*Brief of “Amici Curiae” in Support of Defendant’s Objections to and Motion for Review of Order re Server Log Data*”, Caso No. 06-01093 FMC de Columbia Pictures Industries, et al., v. Justin Bunnell, et al., disponible en <https://www.eff.org/document/eff-center-democracy-and-technology-cdt-amicus-brief-support-defendants-motion>, últ. vis. 23/Oct/2015.

EFF, PK y CDT (Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge y Center for Democracy and Technology), Informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del Noveno Circuito o “*Ninth Circuit*”, donde argumentaban técnicamente que la memoria RAM no constituye información “almacenada” de forma electrónica o dicho de otro modo, la memoria RAM es efímera y no queda guardada de forma permanente, Docket Nos. 08-55940 (L), 08-56299, 08-56300, 08-56248, disponible en <https://www.eff.org/document/brief-amicus-curiae-eff-and-pk-urging-vacatur-server-log-data-order> últ. vis. 22/Abril/2016.

EFF, PK y CDT (Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge y Center for Democracy and Technology), Informe de “*Amici Curiae*” al Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito o “*Fourth Circuit*” a favor de ninguna de las dos partes en el caso BMG Rights Management et al. v. Cox Communications et al., 29 de Nov., 2016, disponible en https://www.eff.org/files/2016/11/29/brief-bmg-ca4_0.pdf Últ. vis. 20/Abr/2017.

EGGERTON, J., “AG Holder: Justice Should Be Able to Go After Some Illegal Streaming as Felony” en *Broadcasting & Cable*, 15 Mayo, 2013, disponible en: http://www.broadcastingcable.com/article/493524-AG_Holder_Justice_Should_Be_Able_to_Go_After_Some_Illegal_Streaming_as_Felony.php , últ. vis. 10/Abr/2016.

EICHNER, A.W., “File Sharing: A Tool for Innovation, or a Criminal Instrument?” en *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 2010, disponible en <http://www.bciptf.org> , últ. vis. 18/Mar/2016.

EINHORN, M., “Copyright Prevention, and Rational Governance: File-sharing and Napster”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 24, 2001, pp. 451-463, disponible en <https://www.home.uchicago.edu/~mferzige/Copyright%20and%20Napster.pdf>. Últ. vis. 6/Ago/2016.

EINHORN, M.A., *Media, Technology, and Copyright: Integrating Law and Economics*, ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004.

ELKIN-KOREN, N., “After Twenty Years: Revisiting Copyright Liability of Online Intermediaries” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property

and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, pp. 29-51.

ERNESTO, B., “Cox is Liable for Pirating Subscribers, Ordered to Pay \$25 Million” en *TorrentFreak*, 17 Diciembre 2015, disponible en <https://torrentfreak.com/cox-is-liable-for-pirating-subscribers-ordered-to-pay-25-million-151217/> últ vis. 2/Sep/2016.

ESPINEL, V., “Coming Together to Combat Online Piracy and Counterfeiting” en *Home Blog “the White House” President Barack Obama*, 15 Julio, 2013, disponible en <https://www.whitehouse.gov/blog/2013/07/15/coming-together-combat-online-piracy-and-counterfeiting> , últ. vis. 13/Mar/2017.

ETNO o “*European Telecommunications Network Operators’ Association*” (Asociación Europea de Operadores de Redes de Telecomunicación), *Informe sobre temas relacionados con los Derechos de Autor*, p. 3, disponible en www.etno.eu/datas/positions-papers/2005/rd213-cl-dp-issues-related-to-ipr.pdf , últ. vis. 3/Sep/2016.

FAULHABER, G.R., “Network Neutrality: The Debate Evolves” en *International Journal of Commerce*, Vol. 1, 2007, pp. 680-714.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., “El Uso de las Redes P2P: ¿Una Práctica Imposible de Controlar?” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 311-320.

FERRAN, B., “Le Bilan Contrasté de l’ Action de Hadopi” en *Le Figaro* 28/Mar/2012, <http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/03/27/01007-20120327ARTFIG00670-le-bilan-contrastee-de-l-action-de-hadopi.php> últ. vis. 30/May/2016.

FILBY, M., “Confusing the Captain with the Cabin Boy: The Dangers Posed to Reform of Cyber Piracy Regulation by the Misrepresented Interface Between Society, Policy Makers and the Entertainment Industries” en *The Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 2, issue 3, pp. 154-184.

FISHER III, W.W., *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, ed. Stanford University Press, California, 2004.

FRACKMAN, R.J., “Sumario del abogado principal de la acusación” en el *Caso A&M Records, Inc, v Napster, Inc.*, 2000 US. Dist. LEXIS 6243 (United States District Court for the N.D. de Cal. May 5, 2000), disponible en <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/AMRecords.html> últ. vis. 12/Sep/2016.

FRANKEL, D., “Cox Loses Appeal on Piracy Case, Has to Pay \$25M to Music Label BMG” en *Fierce Cable*, 11/Ago/2016, disponible en <http://www.fiercecable.com/cable/cox-loses-appeal-piracy-case-has-to-pay-25m-top-music-label-bmg> Últ. vis. 11/Sep/2016.

FRIEDEN, R., “Neither Fish nor Fowl: New Strategies for Selective Regulation of Information Services” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, 2008, pp. 373- 423

FROOMKIN, M., “The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage” en editores KAHIN, B. y NESSON, Ch., *Borders in Cyberspace*, ed. MIT Press, Cambridge MA, 1997, pp. 129-163. <http://osaka.law.miami.edu/fromkin/articles/arbitr.html> Últ. Vis. 28/Marzo/2016.

FROSIO, G.F., “Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: accidental casualties in fighting piracy in P2P networks in Europe” en *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1/Enero/2011, pp. 1-57, disponible en <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/urban-guerrilla-piracy-surveillance-accidental-casualties-in-fighting-piracy-in-P2P-networks-in-europe>. Últ. vis. 6/Ago/2016

FUNG, B., “How Obama’s Net Neutrality Comments Undid Weeks of FCC Work” en *Washington Post*, 14, Nov. 2014, en <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2014/11/14how-obamas-net-neutrality-comments-undid-weeks-of-fcc-work/> últ. vis. 24/Marzo/2016.

FUNG, B., “Net Neutrality takes effect today. Here’s how it affects you.”, *Washington Post*, 12/6/2015, <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/06/12/net-neutrality-takes-effect-today-heres-how-it-affects-you/> Últ. vis. 2/Abril/2016.

GANTMAN, H. “A Remarkable Story of Digital Home Entertainment Growth” en *MPPAA Policy Focus*, 16 de Junio de 2014, disponible en <http://mpaa.org/a-remarkable-story-of-digital-home-entertainment-growth/#.WNhaYWcG70>, últ. vis. 24/Mar/2017.

GARCÍA SANZ, R.M., *El Derecho de Autor en Internet*, ed. Colex, Madrid, 2005.

GARROTE, I., “La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracción de los Derechos de Autor y Derechos Conexos” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, ed. Bercal, Madrid, 2000, pp. 9-64.

GARROTE, I., *El Derecho de Autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2001.

GARROTE, I., “Acciones Civiles contra los Prestadores de Servicios de Intermediación en Relación con la actividad de las Plataformas P2P: su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Industrial” en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, ed. Bercal, Madrid, 2004, 14-76.

GARROTE, I., *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, col. Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 2010.

GARROTE, I., “Protección de Datos vs. Tutela Judicial Efectiva en Casos de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 38, Bercal, Madrid, 2011, pp.13-75.

GARROTE, I., Presentación junto al profesor Daniel SENG durante la 27ª Sesión del *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR)* que tuvo lugar entre el 28 de Abril y el 2 de Mayo de 2014, “Análisis Comparativo de las Aproximaciones Estatales a la Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por Vulneración de Derechos de Autor y Conexos”. Consultar en www.ip-watch.org/2014/0509/comparative-study-of-national-approaches-to-internet-intermediaries-for-infringement-of-copyright-and-related-rights o en www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries Últ. vis. 22/Nov/2016.

GARROTE, I., *La Responsabilidad de los Intermediarios en Internet en Materia de Propiedad Intelectual. Un estudio de Derecho Comparado*, ed. Tecnos, Madrid, 2014. Libro publicado con autorización de la WIPO, por lo tanto, también está disponible en inglés en www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries.

GEIGER, C., “Honourable Attempt but (Ultimately) Disproportionately Offensive Against Peer-to-Peer on the Internet (HADOPI). A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France” en *International Review on Intellectual Property & Competition*, Vol. 42, issue 4, 2011.

GENACHOWSKI, J., Presidente del Consejo de Administración del FCC, *Preserving a Free and Open Internet: A Platform for Innovation, Opportunity, and Prosperity*, 21 Septiembre, 2009, disponible en: <http://www.openinternet.gov/read-speech.html> Últ. vis. 25/Mayo/2016.

GERVAIS, D.J., “The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing” en *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 12, issue 1, article 3, 2004, pp. 39-73 disponible en <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1330&context=jipl> últ. vis. 23/Mar/2017.

GERVAIS, D.J., “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test” en *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 9, issue 1, 2005, disponible en <https://ssrn.com/abstract=499924> últ. vis. 26/Feb/2016.

GERVAIS, D.J., “Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 34, 2011, pp. 423-449, disponible en http://works.bepress.com/daniel_gervais/35/ Últ. vis. 23/Mar/2017.

GHIDINI, G., *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2006.

GHOSH, R. (editor), *Code: Collaborative Ownership and the Digital Economy*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2005.

GHOSH, R., et SOETE, L., “Information and intellectual property: the global challenges” en *Industrial and Corporate Change* 15(6), Diciembre 2006, pp. 925-926. Este artículo aparece en la edición especial: Information, Appropriability and the Generation of Innovative Knowledge. También disponible en www.merit.uu.edu/publications/.../wp2006-029.pdf, Últ. vis. 3/Abril/2016.

GIBLIN, R., “A Bit Liable? A Guide to Navigating the U.S. Secondary Liability Patchwork” en *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* , Vol. 25, 2009.

GIBLIN, R., “Evaluating Graduated Response” en *Columbia Journal of Laws and Arts*, Vol. 37, 2014, pp. 147-209.

GIBLIN, R., “Beyond Graduated Response” en editores FRANKEL, S., et GERVAIS, D., *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Colección Cambridge Intellectual Property and Information Law, ed. Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2014, pp. 81-112.

GILIKER, P., *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

GILLESPIE, T., *Wired Shut: Copyright and the Shape of Digital Culture*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2007.

GINSBURG, J.C., “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-step Test” for Copyright Exceptions”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 187, Enero 2001, pp. 3-19, disponible en <https://ssrn.com/abstract=253867>, últ. vis. 3/Mar/2016.

GINSBURG, J.C., “Copyright and Control over New Technologies of Dissemination” en *Columbia Law Review*, Vol. 101, 2001, pp. 1603-1696.

GINSBURG, J.C., “New from the US – Developments in U.S. Copyright since the Digital Millenium Copyright Act (Part I)”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 196, Abril 2003, pp. 109-138.

GINSBURG, J.C., “New from the US – Developments in U.S. Copyright since the Digital Millenium Copyright Act (Part II)”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 197, Julio 2003, pp. 65-145.

GOLDSMITH, J., et WU, T., *Who Controls the Internet, Illusions of a Borderless World*, ed. Oxford University Press, New York, 2006.

GOLDSTEIN, P., et HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, ed. Oxford University Press, New York, 2ª edición, 2010.

GÓMEZ, I., “Las Normas de Origen Externo: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea” en Coordinadora GÓMEZ, I., *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3ª Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P) en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, Bercal, Madrid, 2004, pp. 25-68.

GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., *La Copia Privada. Sus Fundamentos y su Tratamiento en el Entorno Digital*, 2ª Edición, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2008.

GONZÁLEZ GONZALO, 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” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, Bercal, Madrid, 2005, 77-134.

GONZÁLEZ GONZALO, A., “El Conflicto entre la Propiedad Intelectual y el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en las Redes Peer To Peer” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 28, Bercal, Madrid, 2008, 13-68.

GOOGLE, Sra. Katherine Oyama (“*Senior Copyright Policy Counsel*”) ante la Sección 512 del Título II: Vista ante el Subcomité sobre Tribunales, Propiedad Intelectual e Internet, en el “*House of Commons on the Judiciary*”, 113º Congreso 82, Congreso de los EE.UU., 2014, disponible en <http://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/031314-Testimony-Oyama-1.pdf> Últ. vis. 10/Oct/2016

GOOGLE, “How Google Fights Piracy”, 2014, disponible en <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en-GB> Últ. vis. 9/Oct/2016.

GOOGLE, “How Google Fights Piracy report” en *Google Public Policy Blog, Updates on Technology Policy Issues*, 17 Oct. 2014, disponible en <https://www.publicpolicy.googleblog.com/2014/10/continued-progress-on-fighting-piracy.html> Últ vis. 11/Oct/2017.

GOOGLE & YOUTUBE, *Google Closes Acquisition of YouTube*, 13 Noviembre de 2006, en http://youtube.com/press_room_entry?entry=AwPf9c9qJDc Ult. vis. 14 Abril 2016.

GRANNICK, J., Keynote Speaker en la Conferencia Black Hat, “The End of the Internet Dream: In 20 years, the Web might complete its shift from liberator to oppressor. It’s up to us to prevent that.” Agosto 2015, disponible en <https://medum.com/backchannel/the-end-of-the-internet-dream-ba060b17d61> Ult. vis. 22 Agosto 2015.

GREFFE, X., “Managing Creative Enterprises” en *Creative Industries*, Booklet No. 3, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008.

GRIMMELMANN, J., “Regulation by Software” en *Yale Law Review*, Vol. 14, 2005, pp. 1719-1762.

GRODZINSKY, F.S. et TAVANI, H.T., “P2P Networks and the Verizon v. RIAA case: Implications for Personal Privacy and Intellectual Property” en *Ethics and Information Technology*, 2005, pp. 243-250.

GROENINGS, K., “An Analysis of the Recording Industry’s Litigation Strategy Against Direct Infringers” en *Vand. Journal of Technology Law & Practice*, 2005.

GROSS, G., “MPAA Wins Copyright Case Against TorrentSpy”, IDG News Service, Diciembre 2008, en www.pcworld.com/article/140645/article.html , últ. vis. 14/Dic/2014.

GUERVÓS, C. “Medidas Legales Frente a la Explotación no Autorizada de Obras de Creación a Través de Internet”, en Coordinador O’CALLAGHAN, X., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 689-691.

GURRY, F., “Discurso del Director General de la OMPI” en la *Facultad de Derecho y Tecnología de la Universidad de Queensland*, 25 de Febrero, 2011, Sydney, Australia, disponible en http://www.wipo.int/about-wipo/es/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html Últ. vis. 25/May/2014.

GURRY, F., “Replantear la Función de la Propiedad Intelectual”, discurso pronunciado en la Universidad de Melbourne, Australia, el 22 de Agosto de 2013. <http://www.wipo.int/about-wipo/dgo/speeches/> Últ. vis. 24/Oct/2015.

HARBO, T.I., “The Function of the Proportionality Principle in the EU Law”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Issue No. 2, Marzo 2010, pp. 158-185, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552544 Últ. vis. 8/May/2017.

HASSAN, A., “Internet Governance: Strengths & Weaknesses from a Business Perspective” en WGIG Book: *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance*, Nov. 2015, disponible en http://www.wgig.org/docs/book/WGIG_book.pdf , visitado 22/Marzo/2016.

HEAD, T., “Where Did the Right to Privacy Come From” en *AboutNews*, disponible en <https://civilliberty.about.com/od/equalrights/tp/Where-Did-the-Right-to-Privacy-Origins-Come-From.htm> Últ. vis. 20/Nov/2016.

HELMS, S.C., “Translating Privacy Values with Technology – (Privacy enhancing technology, Law and Computers)” en *Boston University Journal of Science and Technology Law*, vol. 7, issue 2, Boston, 2001.

HERNÁNDEZ, M., “El Régimen Jurídico de las Descargas” en Coordinador O’CALLAGHAN, X., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 241-258.

HERRERA JOANCOMARTÍ, J., “Nociones Técnicas de Internet” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 21-44.

HIFNEY, S.A., “EMI v. UPC: The Decision and Consequences for Irish ISPs and Copyright Holders” en *European Communities Trade Mark Association*, ECTA, Bruselas, Junio 2011, disponible en <http://www.ecta.eu>, últ. vis. 2/Feb/2017.

HOF, R., “Larry Lessig: Grokster Decision Will Chill Innovation” en *Bloomberg*, 28 Junio, 2005, disponible en <http://bloomberg.com/news/articles/2005-06-27/larry-lessig-grokster-decision-wil-chill-innovation> últ. vis. 18/Dic/2016.

HONAN, M., “Photo Essay: Unlikely Places where Wired Pioneers had their Eureka! Moments” en *WIRED*, 24 de Abril de 2008, disponible en <http://wired.com/2008/04/ff-eureka> , últ. vis. 22/Abr/2016.

HORNER, L., *A Layer Model for Understanding the Communications Environment*, The Freedom of Expression Project, 28 de Mayo de 2008, en www.freedomofexpression.org.uk/resources/shaping+a+public+interest+communications-environment. Últ. vis. 18/May/2016.

HORTEN, M., *The Copyright Enforcement Enigma, Internet Politics and the “Telecoms Package”*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstroke, Hampshire, 2012.

HORTEN, M., “Hadopi – Has it Massaged the Numbers?” en *IPTEGRITY.com (Blog)*, 31/Mar/2012 disponible en <http://www.ipTEGRITY.com/index.php/france/755-hadopi-has-it-massaged-the-numbers> Últ. vis. 26/Jul/2016

HUGHES, J., “On the Logic of Suing One’s Customers and the Dilemma of Infringement-Based Business Models” en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 22, 2005, pp. 725-774.

HUNT, C., “TCP/IP: Network Administration en *O’Reilly & Associates*, Sebastopol, California, 1997.

IFPI, “*Music Report 2007*” (Informe del año 2007 sobre Música), 2008, disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/digital-music-report-2007.pdf> Últ. vis. 27/Abr/2014

IFPI, a principios del año 2011 indicaba en su página web que uno de los aspectos clave de su trabajo era implementar políticas anti-piratería de fonogramas con derechos de autor y ejercer presión política sobre gobiernos y foros internacionales, disponible en http://www.ifpi.org/content/section_about/index.html Últ. vis. Febrero 2011.

IFPI, “*Digital Music Report 2013*” (Informe del año 2013 sobre Música Digital), 2014, disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/DRM2013.pdf> Últ. vis. 26/Oct/2015.

IFPI, “*Digital Music Report 2014*” (Informe del año 2014 sobre Música Digital), 2015, disponible en <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf> Últ. vis. 21/Dic/2016.

IFPI, Actualmente, la página web ya no menciona el concepto de ejercer presión política, limitándose a mencionar que su equipo jurídico asesora a las autoridades públicas en casos penales, presenta demandas civiles contra aquellas empresas que facilitan comportamientos ilícitos y trabaja estrechamente con los PSSI de Intermediación y los Instrumentos de Búsqueda o “*Search Engines*” para abordar sitios web ilícitos y reducir la piratería, disponible en <http://www.ifpi.org/what-we-do.php> Últ. vis. Agosto 2016.

IFPI, “*IFPI Global Music Report 2016*”, en. www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2016. Últ. vis. 14/Abril/2017.

INICIATIVAS LEGISLATIVAS SOBRE DERECHOS DE AUTOR (de los EE.UU), disponibles en <http://www.copyright.gov/legislation/archive/> Últ. vis. 12/Abr/2016.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION.(ITU), “Collection of the Basic Texts of the ITU adopted by the Plenipotentiary Conference”, Edición del año 2015, Artículo 37, p. 45, disponible en <http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.21.61.en.100.pdf> Últ. vis. 20/Nov/2016.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU), “1865 International Telegraph Convention”, Artículo 22, disponible en <http://www.itu.int/en/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/constitutionsConventions/5.1.61.fr.200.pdf> Últ. vis. 20/Nov/2016.

INTERNET SOCIETY (ISOC), BROWN, K., Consejera Delegada del Internet Society (ISOC) y ponente en WSIS 10. Diciembre 2015 en “*World Summit on the Information Society (WSIS)*” (Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información) visitado 3 de Enero 2016 y disponible en 6 idiomas. <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/70/L.33> . Visitado el 7 de Enero de 2016.

JERKER, D., et SVANTESSON, B., *Private International Law and the Internet*, Second Edition, ed. Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2012.

JOHNSON, T., “Producers’ Coalition Says Copyright Alert System has Failed to Stop Piracy”, disponible en <http://variety.com/2015/biz/news/copyright-alert-system-piracy-expendables-3-120149378/> últ.vis. 30/03/2016.

JONSSON, P., “If feds can bust MegaUpload, why bother with anti-piracy bills?”, n *Christian Science Monitor*, 21 January, 2012, disponible en <http://www.csmonitor.com/USA/2012/0121/If-feds-can-bust-Megaupload-why-bother-with-anti-piracy-bills>, últ. vis. 24/Abr/2016.

KANG, C., “F.C.C. Proposes Privacy Rules for Internet Providers” en *New York Times*, sección *Technology* , 10/Mar/2016, disponible en

<http://www.nytimes.com/2016/03/11/technology/fcc-proposes-privacy-rules-or-internet-providers.html> Últ. vis. 2/Nov2016. Últ. vis. 10/Mar/2016.

KANG, C., “Broadband Providers will Need Permission to Collect Private Data” en *New York Times*, sección *Technology*, 27/Oct/2016, disponible en http://www.nytimes.com/2016/10/28/technology/fcc-tightens-privacy-rules-for-broadband-providers.html?_r=1 Últ. vis. 2/Nov2016.

KIMMERMAN, G., et COOPER, M., “Antitrust and Economic Regulation: Essential and Complementary Tools to Maximize Consumer Welfare and Freedom of Expression in the Digital Age” en *Harvard Law and Policy Review*, vol. 9, 2015, pp. 403-487.

KING, B., “The Day the Napster Died” en *WIRED*, 15 de Mayo, 2002, disponible en <http://wired.com/2002/05/the-day-napster-died> , últ. vis. 12/May/2014.

KINGREEN, TH., “Chapter III, Individual Rights: Fundamental Freedoms” en *Principles of European Constitutional Law*, editores VON BOGDANDY et BAST, col. Modern Studies in European Law, Vol. 8, ed. Hart Publishing, Portland Oregon USA, 2005, pp. 549-584.

KNUTSON, R., “FCC Chairman Says Obama’s Net Neutrality Statement Influenced Rule” en *Wall Street Journal*, 17 Marzo 2015, disponible en <http://www.wsj.com/articles/fcc-chairman-says-obamas-net-neutrality-statement-influenced-rule-1426616133>. Últ. vis. 28/Marzo/2016.

KRAVETS, D., “White House Copyright Czar Jumps to Industry Anti-Piracy Group” en *Wired.com*, 28 Ago 2013, disponible en <https://www.wired.com/2013/08/espinel-becomes-bsa-president> Últ. vis. 9/Feb/2017.

KU, R., “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 263-324, disponible en <https://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5128&context=uclrev> Últ. vis. 12/Sep/2016.

KÜHLING, J., “Chapter III, Individual Rights: Fundamental Rights” en *Principles of European Constitutional Law*, editores VON BOGDANDY et BAST, col. Modern Studies in European Law, Vol. 8, ed. Hart Publishing, Portland Oregon USA, 2005, pp. 501-548.

LAFRANCE, M., “Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box” en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 165-186, disponible en <https://cardosoelj.com/wp.content/uploads/2012/07/LaFrance.pdf> , últ. vis. 20/May/2017.

LAKHANI, K.R., & WOLF, R.G., “Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects” en editores FELLER, J.,

FITZGERALD, B., HISSAM, & LAKHANI, K., *Perspectives on Free and OpenSource Software*, ed. MIT Press, Cambridge MA, 2005.

LA RUE, F., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, May 2011, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf Últ. vis. 9/Mayo/2016.

LASICA, J.D., *Darknet, Hollywood's War against the Digital Generation*, ed. John Wiley and Son, New Jersey, 2005.

LAURENT, A., "Hadopi: 12 Million Euros Budget for 2011" en *Clubic*, 30 de Septiembre, 2010, <http://pro.clubic.com/legislation-loi-internet/hadopi/acualite-369364-hadopi-12-budget-2011.html>; Últ. vis. 27/Jun/2016.

LAURENT, A., "Battle of the Costs of Strikes New Zealander" en *TECHTEAM*, 2012, disponible en <http://tech.techteam.gr/battle-of-the-costs-of-strikes-new-zealander/1324>; Últ. vis. 27/Jun/2016.

LAURENT, A., "French ISPs Demand Compensation for Hadopi Cooperation" en *TELECOMPAPER*, 12 de Agosto, 2010, en <http://www.telecompaper.com/news/french-isps-demand-compensation-for-hadopi-cooperation>. Últ. vis. 27/Jun/2016.

LEDESMA, J., *Pirateria Digital en la Propiedad Intelectual*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

LEE, D., "What Emergency Data Law Means for You" en *BBC News*, 10 Julio 2014, disponible en <http://www.bbc.com/news/technology-2824589> Últ. vis. 10/Jun/2016.

LEMLEY, M.A., et LESSIG, L., "Open Access to Cable Modems" en *Whittier Law Review*, vol.22, No. 1, 2000, pp. 3-34.

LEMLEY, M.A. et LESSIG, L., "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of The Internet in the Broadband Era" en *UCLA Law Review (University of California Los Angeles)*, Vol. 48, No. 4, Abril 2001, pp. 925-972.

LEMLEY, M.A., et REESE, R.A., "Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation" en *Stanford Law Review*, Vol. 56, 2004, pp. 1345-1426.

LEMLEY, M.A., LEVINE, D.S., et POST, D.G., "Don't Break the Internet" en *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, 2011, pp. 34-68, disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/slro64&div=8&id=&page=> Últ. vis. 22/Ene/2017.

LESCURE, P., "Acte II de l'exception culturelle: Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique" en *Ministère de la Culture et de la Communication*, Mayo 2013, disponible en <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Rapport-Lescure#/370>. Últ. vis. 14/Jul/2016.

LESSIG, L., “The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach” en 113 *Harvard Law Review*, 1999, pp. 501-546.

LESSIG, L., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law o Lock Down Culture and Control Creativity, The Nature and Future of Creativity*, ed. The Penguin Press, New York, 2004. Disponible en: www.free-culture.cc/ últ. vis. 12/Dic/2016.

LESSIG, L., *CODE Version 2.0*, ed. Basic Books, New York, 2006.

LESSIG, L., “El Futuro de Internet” en *Testimonio ante el Senado de los Estados Unidos, Comisión de Comercio, Ciencia y Transportes*, 110 Congreso, Segunda Sesión, 22 de Abril de 2008, disponible en <https://gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110shrg74893/html/CHRG-110shrg74893.htm> Últ. vis. 20/Sep/2016.

LEVY, S., *Hackers, Heroes of the Computer Revolution*. ed. Anchor Press, New York, 1984.

LIEBOWITZ, S.J., “Pitfalls in Measuring the Impact of File Sharing” en *CESifo Economic Studies*, vol. 51, issue 23, Julio 2004, pp. 439-477, disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=583484> , últ. vis. 10/04/2016

LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster: Is it the Beginning of the End or the End of the Beginning? – Part I: Understanding the Context” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, issue 1, Oct/Nov 2005, pp. 1-9, disponible en <http://www.asis.org/Bulletin/Oct-05/lipinski.html> Ult. vis. 1/May/2013.

LIPINSKI, T.A., “The Legal Landscape After MGM vs. Grokster. - Part 2: Understanding the Impact on Innovation” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 32, issue 3, Feb/Mar 2006, pp. 1-5. Disponible en <http://www.asis.org/Bulletin/Feb-06/lipinski.html> Últ. vis. 4/Feb/2017.

LITMAN, J., *Digital Copyright: Protecting intelectual property on the Internet, The Digital Millennium Copyright Act, Copyright lobbyists conquer the Internet, Pay per view...pay per listen...pay per use, The war against Napster, What the major players stand to gain, What the public stands to lose*, ed. Prometheus Books, New York, 2001.

LITMAN, J., “Sharing and Stealing” en *Hastings Law Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 27, issue 1, 2004, pp. 1-45, disponible en <https://ssrn.com/abstract=472141> Últ. vis. 29/Ene/2016.

LITMAN, J., “The Sony Paradox” en *Case Western Research Law Review*, Vol. 5, pp. 917-961, 2005, disponible en www.scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=caselrev Últ. vis. 15/Jun/2016.

LOHMANN, F. von, “A Better Way Forward, Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing” en *Electronic Frontier Foundation*, 2008, disponible en <https://www.eff.org/files/eff-a-better-way-forward.pdf> Últ. vis. 20/Jul/2016

LOHMANN, F. von, “Fair Use as Innovation Policy” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 23, 2008, pp. 829-891.

LOPEZ MAZA, S., *Limites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, ed. Comares, Granada, 2009.

LUETGE, C., “The Recent Decision of the German Federal Constitutional Court Concerning Data Retention” en *High International Conference. on Systems and . Science*, 2009, disponible en <http://doi.ieecomputersociety.org/10.1109/HICSS.2009.963> (seleccionar fichero “pdf”). Últ. vis. 14/Feb/2016

LUNNEY, G.S. “Reexamining Copyright’s Incentive-Access Paradigm” .en *Vand. Law Review*, Vol. 49, 1996, pp. 483-561.

MARGONI, T., “The Harmonization of EU Copyright Law: the Originality Standard” en Editor PERRY, M., *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, pp.85-106.

MARTINET, B., “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches”, en *TTLF Working Papers*, No. 14, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2012.

MARTÍNEZ, M., *Bases Constitucionales de la Unión Europea, Derechos fundamentales, Tratados, Elecciones*, ed. Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, Consejería de Presidencia, Comunidad de Madrid, 2002.

MASNICK, M., “As Expected Judge Upholds His Own Problematic Ruling Concerning Cox’s Repeat Infringer Policy & The DMCA” en *TechDirt Podcasts*, 10 Agosto 2016, disponible en <https://www.techdirt.com/articles/20160810/07220135206/as-expected-judge-upholds-his-own-problematic-ruling-concerning-coxs-repeat-infringer-policy-dmca-shtml> Últ. vis. 11/Sep/2016.

MASSAGUER, J., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital, El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 13, ed. Bercal, Madrid, 2003, pp. 11-48.

MATA y MARTÍN, R.M., *La Propiedad Intelectual en la Era Digital – Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, ed. La Ley grupo Wolkers Kluwer, Madrid, 2011.

MAZZONE, J., *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law*, ed. Stanford University Press, California, 2011, pp.170-179.

McCARTHY, K., “It’s Happening! It’s Happening! W3C Erects DRM as Web Standard” en *Electronic Frontier Foundation*, 22/Marzo/2017, disponible en <https://www.eff.org/mention/its-happening-its-hapening-w3c-erects-drm-web-standard> , últ. vis. 5/Abr/2017.

McEVEDY, V., “The DMCA and the Ecommerce Directive” en *European Intellectual Property Review*, Vol. 24(2), 2002, pp. 65-78.

McINTYRE, T.J., “Three Strikes for Ireland – Eircom, music industry settle filtering case” en *IT Law in Ireland (blog)*, 29 Enero 2009, disponible en <http://www.tjmcintyre.com/2009/01/three-strikes-for-ireland-eircom-music.html> Últ. vis. 28/May/2016

McMILLAN, G., “EFF Launches “*MegaRetrieval*” Site for Megaupload Users” en *Time Tech*, 1 Feb. 2012, disponible en <http://techland.time.com/2012/02/01/eff-launches-megaretrieval-site-for-megaupload-users> Últ. vis. 5/Abril/2015.

MENELL, P.S.,”Indirect Copyright Liability and Technology Innovation” en *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32, 2008, pp. 375-400, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/764> últ. vis. 26/Mar/2016.

MENELL, P.S., “Governance of Intellectual Resources and Desintegration of Intellectual Property in the Digital Age” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26, issue 4, 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2012, pp. 1523-1559.

MENELL, P.S., “Infringement Conflation” en *Stanford Law Review*, Vol. 64, June 2012, pp. 1551-1582, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1949492. Últ. vis. 24/Nov/2014.

MENELL, P.S., et NIMMER, D., “Unwinding Sony” en *California Law Review* , vol. 95, 2007, pp. 941-1025, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2116> últ. vis. 14/Abr/2014.

MERGES, R.P., et REYNOLDS, G.H., “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power” en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 37, 2000, pp. 45-79 p. 65.

MERGES, R.P., *Justifying Intellectual Property*, ed. Harvard University Press, Cambridge MA, 2011.

MERGES, R.P., MENELL, P.S., et LEMLEY, M.A., *Intellectual Property in the New Technological Age*, ed. Wolters Kluwer, New York, 2012.

MICHAELS, S., “U.S. Record Labels Win Court Battle Against LimeWire” en *The Guardian, Technology section*, 13 Mayo 2010, disponible en

<https://www.theguardian.com/music/2010/may/13/us-record-labels-limewire> últ. vis. 18/Dic/2014.

MIN, E.J., “Copyright Enforcement in the Digital Environment – Current Issues” en *Building Respect for IP Division*, World Intellectual Property Organization (WIPO), Conferencia celebrada en Vilnius, Lituania, el 15 de Diciembre, 2015.

MINAR, N., et HEDLUNG, M., “A Network of Peers: Peer-to-Peer Models through the History of the Internet” en *Peer-to-Peer: Harnessing the Benefits of Disruptive Technologies*, ed. A. Oram, O’Reilly, 2001.

MIQUEL RODRIGUEZ, J., “Descargas en Internet y la Llamada Ley Sinde” en director MORRAL SOLDEVILA, R., *Problemas Actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*, II Jornada de Barcelona, Colección Estudios de Derecho Mercantil de Civitas Thomson Reuters, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

MILLWARD BROWN Digital for the MPAA, *Understanding the Role of Search in Online Piracy*, 2014, informe disponible en <https://mpaa.org/wp-content/uploads/2014/03/Understanding-the-role-of-search-in-online-piracy.pdf> Últ. vis. 6/Oct/2016.

MONTESINOS, A., “Las Diligencias Preliminares en Materia de Propiedad Intelectual tras la Reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de Noviembre” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 50, ed. Bercal, Madrid, 2015.

MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.

MOU o “*Memorandum of Understanding*”, 6 de Julio de 2011, disponible en <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>. Últ. vis. 25/Jul/2016.

MPAA (“*Motion Picture Association of America*”), “Belgian and Swiss Authorities Break Razorback 2”, 21 Febrero 2006, disponible en http://www.mpaa.org/press_releases/2006_02_21_razer.pdf Últ. vis. 12/Ene/2015.

MPAA (“*Motion Picture Association of America*”), Informe presentado ante la “*U.S. Patent & Trademark Office, Voluntary Best Practices Study*” de fecha 21 de Agosto de 2013, Docket No. PTO-C-2013-0036, disponible en <http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/PTO-C-2013-0036.pdf> últ. vis. 23/Feb/2016,

MUELLER, M.L., *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, 2010.

MUELLER, M.L., “DPI Technology from the Standpoint of Internet Governance Studies” en *The Network is Aware*, 2011, disponible en http://dpi.ischool.syr.edu/Papers_Files/WhatisDPI-2.pdf Últ. vis. 14/Feb/2016.

MUELLER, M.L., KUEHN, A., et SANTOSO, S.M., “Policing the Network: Using DPI for Copyright Infringement” en *Surveillance and Society*, Vol. 9, issue 4, 2012, pp. 348-364, disponible en <http://www.surveillance-and-society.org> Últ. vis. 21/Feb/2016.

MURRAY, A. “Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important” en *SCRIPTed, a Journal of Law, Technology & Society*, issue 310, 2013, disponible en <http://script-ed.org/?p=1157>. Últ. vis. 23/Oct/2015.

NAKASHIMA, R., “RIAA to Stop Suing Music Swappers” en *Huffington Post*, 19 Diciembre, 2008, disponible en http://www.huffingtonpost.com/200/12/19/riaa-to-stop-suing-music-_n_152522.html Últ. vis. 18/Nov/2016.

NASAW, D., “Who Backs the Anti-Piracy Laws?” en *BBC News*, 18 de Enero, 2012, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/mobile/world-us-canada-16603870> últ. vis. 28/Sep/2016.

NETANEL, N.W., “Impose a Noncommercial Levy To Allow Free Peer-to-Peer File Sharing” en *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 17, issue 1, 2003, 1-84.

NETANEL, N.W., *Copyright Paradox*, ed. Oxford University Press, New York, 2008.

NIMMER, M.B., et NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, ed. Oxford University Press, New York, 2005.

NISSENBAUM, H., “From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why do We Need Regulation (and Vice versa)?” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26 - Nº 3 2011, Berkeley School of Law, University of California, 2011, pp. 1367-1386.

OBERHOLZER, F., et STRUMP, K., *The Effect of Filesharing on Record Sales: An Empirical Analysis*, 2004, disponible en http://unc.edu/-cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf Últ. vis. 7/Abr/2016.

OHM, P., “The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance” en *University of Illinois Law Review*, 2009, pp. 1417-1436, disponible en <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2009/5/Ohm.pdf> , últ. vis. 26/Mar/2016.

O'REILLY, T., “*What is Web 2.0? Design Patterns & Business Models for the Next Generation of Software*”, disponible en <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> Últ. vis. 22/Jul/2015.

ORLOWSKI, A., “Music Publisher BMG vs US Cable Giant Cox: Here’s Why it Matters” en *The Register*, 2 Diciembre 2015, disponible en http://www.theregister.co.uk/2015/12/02/bmg_vs_cox_why_it_matters/ Últ. vis. 11/Sep/2016.

O'TOOLE, J., “Corte de EE.UU. emite sentencia en contra de normativas sobre neutralidad de la Red” en *CNN Money Español*, 15/Ene/2014, disponible en

<http://cnnespanol.cnn.com/2014/01/15/corte-de-ee-uu-emite-sentencia-en-contra-de-normativas-sobre-neutralidad-de-la-red.html> Últ. vis. 31/01/2014.

OXMAN, J., “*The FCC and the Unregulation of the Internet*”, OPP Working Paper No. 1, 1999, pp. 24-26, disponible en https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/oppwp31.pdf , Últ. vis. 3/Abril/2016

PALLANTE, M.A., Discurso “Promoting Investment and Protecting Commerce Online: Legitimate Sites v. Parasites, Part I.”. Statement Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet. Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 112th Congress, 1st Session, March 14, 2011.

PALLANTE, M.A., Discurso por Propuesta de Proyecto Legislativo “H.R. 3261, the “*Stop Online Piracy Act*” o SOPA. Statement of Maria A. Pallante, Register of Copyrights Before the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 112th Congress, 1st Session, November 16, 2011. Disponible en: www.copyright.gov/docs/regstat111611.html , últ. vis. 23/Oct/2015.

PALMEDO, M., “Content Owners and ISPs Announce System of “Copyright Alerts” and “Mitigation Measures”” en *Infojustice.org*, 7 Julio 2011, disponible en <http://infojustice.org/archives/4145> , Últ. vis. 20/4/2016.

PATRY, W.F., *Moral Panics and the Copyright Wars*, ed. Oxford University Press, New York, 2009.

PATRY, W.F., *How to Fix Copyright*, ed. Oxford University Press, New York, 2012.

PEGUERA, M., “Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Derecho y Nuevas Tecnologías*, ed. UOC, Barcelona, 2005, pp. 141-190.

PEGUERA, M., *La Exclusión de Responsabilidad de los Intermediarios en Internet*, col. Derecho de la Sociedad de la Información, ed. Comares, Granada, 2007.

PEGUERA, M., “Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas” en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 42, ed. Bercal, Madrid, 2012, pp. 31-84

PEN American Center, “Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor” en *Encuesta finalizada el 12 de Noviembre de 2013*, disponible en www.pen.org/sites/default/files/Chilling%20Effects_PEN%20American.pdf Últ. vis. 10/Jun/2016.

PERSET, K., *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, OCDE, 2010, disponible en www.oecd.or/internet/ieconomy/4949023.pdf Últ. vis. 18/Mayo/2016.

PETERS, M. Register of Copyrights, Declaración ante el “*Subcommittee of Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary*”, “Ensuring Artists Fair

Compensation: Updating the Performance Right and Platform Parity for the 21st Century, 31 Julio 2007, disponible en: <http://www.copyright.gov/docs/resgstat073107.html> . últ. vis. 2/Feb/2016.

PFANNER, E., “Regulating the Internet in a Multifaceted World” en *Internet Section, The New York Times*, 26 Junio 2011, disponible en <https://www.nytimes.com/2011/06/27/technology/internet/27iht-internet27.html> Últ. vis. 23/Abril/2017.

PIASENTIN, R.C., “Unlawful? Innovative? Unstoppable? A Comparative Analysis of the Potential Legal Liability Facing P2P End-Users in the United States, United Kingdom and Canada” en *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 14, No. 2, Oxford University Press, 2006.

PLAMBECK, J., “Court Rules that File-Sharing Service Infringed Copyrights” en la sección de Tecnología del *The New York Times*, 12 Mayo, 2010, disponible en www.nytimes.com/2010/05/13/technology/13lime.html últ. vis. 27/Abril/2016.

PLANAS I SILVA, C., “Visión Jurídica sobre la Propiedad Intelectual” en AA.VV., *El Copyright en Cuestión*, ed. Deusto, Bilbao, 2011, pp. 23-42.

PLAZA PENADÉS, J., “La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2^a ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 391-426.

PONTE, L.M., “Preserving Creativity from Endless Digital Exploitation: Has the Time Come for the New Concept of Copyright Dilution?” en *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Vol. 15, Núm. 1, 2009, pp. 34-101.

PRICE, D. ,“NetNames Piracy Analysis: Sizing the Piracy Universe” en *NetNames envisional*, Septiembre 2013, <https://copyrightalliance.org/sites/default/files/2013-netnames-piracy.pdf>, Últ. vis. 20 Abril 2016.

QUERALT, A., “Regimen Jurídico de los Derechos y Libertades en la Constitución Española” en Coordinadora GÓMEZ, I., *Esquemas de Derecho Constitucional*, 3^a Edición, Tomo XXII, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

REDING, V., Nota de Prensa del Discurso de la Comisaria de la UE de Telecomunicaciones en la Reunión Informal de Ministros en el Día Audiovisual Europeo, 16 de Mayo de 2005, disponible sólo en inglés en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-282_n.htm?locale=en últ. vis. 27/Oct/2016.

REESE, A.R., “The Public Display Right: The Copyright Act’s Neglected Solution to the Controversy Over RAM Copies” en *University of Illinois Law Review*, Vol. 83, 2001, pp. 122-138.

REESE, A.R., “The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on *Sony*, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer” en *Case Western Reserve Law Review*,

Vol. 55, issue 4, 2005, pp.877-901, disponible en <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss4/7> últ. vis. 21/Jun/2016.

REICHMAN, J.H., DINWOODIE, G.B., et SAMUELSON, P., “A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, p. 229-304.

RESNIKOFF, P., “Federal Judge Upholds \$25 Million Infringement Penalty Against Cox Communications” en *Digital Music News*, 10/Ago/2016, disponible en <http://digitalmusicnews.com/2016/08/10/judge-cox-commmunications-25-million/> Últ. vis. 10/Sep/2016.

RIAA Representing Music, *Six Months Later: A Report Card on Google’s Demotion of Pirate Sites*”, 21 Feb. 2013, disponible en: https://wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/02/Google-report-card-2013-final.pdf Últ. vis. 24/Nov/2016.

RIAA presentados ante la “U.S. Patent & Trademark Office, *Voluntary Best Practices Study*” de fecha 19 de Agosto de 2013, Docket No. PTO-C-2013-0036, disponible en <http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/PTO-C-2013-0036.pdf> últ. vis. 26/Feb/2016.

RIMMER, M., *Digital Copyright and the Consumer Revolution, Hands off my iPod*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 2007.

ROBLES LATORRE, P., “La Regulación Legal de Intercambio de Ficheros en las Legislaciones Comunitaria, Europea y Española” en Coordinador O’CALLAGHAN, X., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 197-203.

ROGOFF, Z., “Response to Tim Berners-Lee’s defeatist post about DRM in Web standards” en *Defective by Design*, campaña de FREE SOFTWARE FOUNDATION, 28/Feb/2017, disponible en https://defectivebydesign.org/blog/response_tim_bernerlees_defeatist_post_about_drm_web_standards, últ. vis. 5/Abr/2017.

ROMERO, P., “¿Qué pasa con mis documentos tras el cierre de MegaUpload?, Descargas: Operación del FBI en *Periódico El Mundo*, 20/1/2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327045000.html>. Últ. vis. 8/Abril/2015.

RUBINER, J.K., et MOORE, B.D., “Information Stored in RAM is “*Electronically Stored Information*” Under Fed. R. Civ. P. Rule 34 and Therefore Discoverable” en “*Selected Recent Electronic Discovery Cases*”, en el auto de fecha 13 de Diciembre de 2007 del Juzgado de Distrito que revisa la orden de la Magistrada del Tribunal de Apelación, concretamente *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443 (C.D.

Cal. 2007), “*Order Granting Plaintiffs’ Motion for Terminating Sanctions*” disponible en www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/labor_law/meetings/2008/ac2008/067.authcheckdam.pdf 2007 WL 4877701 (C.D. Cal. Dec. 13, 2007) Últ. vis.. 29 de Mayo, 2016.

RUIZ, R.R. y LOHR, S., “F.C.C. Approves Net Neutrality Rules, Classifying Broadband Internet Service as a Utility”, *Technology*, New York Times, 27/Feb/2015 https://www.nytimes.com/2015/02/27/technology/net-neutrality-fcc-vote-internet-utility.html?_r=0 Últ. vis.2/Abril/2016.

RUSTAD, M.L., *Global Internet Law in a Nutshell*, 2ª Edición, ed. West Academic Publishing, Minnesota, EE.UU., 2013.

RUZ, F., “KaZaA y el Fin de la Revolución” en *pe. i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 21, Bercal, Madrid, 2005, pp. 143-165.

RYAN, Michael P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, ed. The Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998.

RYAN, T., “Infringement.com: RIAA vs. Napster and the War Against Online Music Piracy” en *Arizona Law Review*, vol. 44, 2002, pp 489-506.

SAG, M., “Copyright Trolling, An Empirical Study” en *Iowa Law Review*, Vol. 100, 2015, pp. 1105-1124.

SALOM CLOTET, J., “Delito Informático y su Investigación” en AA.VV., *Delitos Contra y a Través de las Nuevas Tecnologías. ¿Cómo Reducir su Impunidad?*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 91-130.

SALTZER, J.H., REED, D.P., et CLARK, D.D., “End-to-End Arguments in System Design” en *ACM Transactions on Computer Systems*, Vol. 2, Issue 4, 1984, pp. 277-288.

SAMUELSON, P., “The Copyright Grab” en *WIRED Digital Inc.*, 1996, disponible en http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white_paper_pr.html Últ. vis. 2/Jun/2014.

SAMUELSON, P., “Intellectual Property Rights and the Global Information Economy” en *Communications of the ACM*, Vol. 39, issue 1, 1996.

SAMUELSON, P., “Legislative Challenges to the Sony Safe Harbor Rule” en *Communications of the ACM*, Mar. 2005.

SAMUELSON, P., “Legally Speaking: Did MGM Really Win the Grokster Case?” en *Communications of the ACM – The Digital Society*, vol. 48, ed. ACM, New York, Oct. 2005, pp. 19-24, disponible en <http://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/samuelson/2005/did> Últ. vis. 17/Mar/2016.

SAMUELSON, P., “Three Reactions to MGM v. Grokster” en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 13, Jun. 2006, pp. 1-20, disponible en <http://www.mttl.org/volthirteen/samuelson.pdf> Últ. vis. 14/Abr/2015.

SAMUELSON, P., “The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens” en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2006, pp. 1831- 1912.

SAMUELSON, P., “Is Copyright Reform Possible?” en Vol. 126 en *Harvard Law Review*, Vol. 126, 740, 2013, pp. 740-779, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2152672> o http://archive.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Últ. vis. 2/Sep/2014

SAMUELSON, P., et SHEFFNER, B., “Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, 2009, pp. 53-73, versión escrita del debate entre los autores en PENNumbra, disponible en <http://www.scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2946&context=facpubs>. Últ. vis. 25/Nov/2016.

SAMUELSON, P., et WHEATLAND, T., “Copyright Statutory Damages: A Remedy in Need of Reform” en *William & Mary Law Review*, Vol. 51, 2009, pp. 439 – 511 disponible en https://www.wmlawreview.org/sites/default/files/Samuelson-Wheatland_final.pdf Últ. vis. 19/Ene/2017.

SAMUELSON, P., HILL, P., et WHEATLAND, T., “Statutory Damages: a Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?” en *Journal on Copyright Society U.S.A.*, Vol. 60, 2013, pp. 1-14, disponible en www.cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Samuelson_SDs_2013.pdf y en SSRN No. 2240569, Últ. vis. 20/Ene/2017.

SAMUELSON, P., participante en la mesa redonda celebrada en Berkeley el 30 de Julio de 2014, en el Auditorio Booth, Boalt Hall, Facultad de Derecho UC de Berkeley, transcripción disponible en <http://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/copyright/roundtable-discussions-remixes-first-sale-and-statutory-3> Últ. vis. 2/Dic/2016.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y pseudo enlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales” en *Publicación Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2012 parte Estudio Westlaw BIB 2012\1269*, ed. Aranzadi, Pamplona., 2012.

SÁNCHEZ ARISTI, R., *El Intercambio de Obras Protegidas a Través de las Plataformas P2P*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2008.

SANDOVAL, G., “How Charter Communications Warns Accused File Sharers” en *CNET*, 19/Abr/2009, disponible en <http://cnet.com/uk/news/how-charter-communications-warns-accused-file-sharers> , últ. vis. 2/May/2017.

SANDVINE, “*Global Internet Phenomenon: Latin America & North America 3-4*”, 2015, disponible en <https://www.sandvine.com/downloads/general/global-internet-phenomena/2015/global-internet-phenomena-report-latin-america-and-north-america.pdf>. Últ.vis. 2/Dic/2015.

SAVIN, A., *EU Internet Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2013.

SAWICKI, A., “Repeat Infringement in the Digital Millenium Copyright Act” en *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, 2006, pp. 1455-1485, disponible en http://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.4/73_4_Sawicki.pdf , últ. vis. 25/Mar/2017.

SCHEWICK, B. van, “Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should Look Like” en *Stanford Law Review*, vol. 67, issue 1, Enero 2015, pp. 1-166, en <http://www.stanfordlawreview.org/print/article/network-neutrality-and-quality-of-service>. Últ. vis. 26/Abril/2016.

SCHEWICK, B. van, *Internet Architecture and Innovation*, ed. MIT Press, Cambridge, MA, EE.UU., 2010.

SCHEWICK, B. van, “Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation” en *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Vol. 5, 2007, pp. 329-368.

SCHLESINGER, M., “Legal Issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 43-70

SCHRUERS, M., “The Search Fixation: Infringement, Search Results, and Online Content”, 2013, pp. 2-5, disponible en <http://cdn.cciagnet.org/wp-content/uploads/2013/08/CCIATheSearchFixation.pdf>

SCHÜTZ, Ph., “The Set Up of Data Protection Authorities as a New Regulatory Approach” en Editores GUTWIRTH, S., et al. *European Data Protection: In Good Health?*, ed. Springer, New York, 2012, pp. 125-142

SENG, D., “The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices” en *Virginia Journal of Law & Technology*, Vol. 18, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2411915> , últ. vis. 8 /Oct/2016.

SENG, D., Presentación junto con el profesor Ignacio GARROTE durante la 27ª Sesión del *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR)* que tuvo lugar

entre el 28 de Abril y el 2 de Mayo de 2014, “Análisis Comparativo de las Aproximaciones Estatales a la Responsabilidad de los Intermediarios de Internet por Vulneración de Derechos de Autor y Conexos”. Consultar en www.ip-watch.org/2014/0509/comparative-study-of-national-approaches-to-internet-intermediaries-for-infringement-of-copyright-and-related-rights o en www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries Últ. vis. 22/Nov/2016.

SCHULTZ, J., et SAMUELSON, P., “Should Copyright Owners Have to Give Notice of Their Use of Technical Protection Measures?” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 6, 2007, pp. 41-75

SINGEL, R., “AT&T Relents, Opens iPhone to Skype, VoIP, Wired (Oct. 6, 2009), <http://wired.com/2009/10/iphone-att-skype> últ. vis. 24/Jun/2015.

SLASHDOT, “Germany Set to End Copyright Liability for Open Wi-Fi Operators” en *Slashdot*, 12 Mayo, 2016, disponible en https://yro.slashdot.org/story/16/05/12143242/germany-set-to-end-copyright_liability_for-open-wi-fi-operators Últ. vis. 24/Nov/2016.

SOHN, G., “What’s going on with the Copyright Alert System?” en *Public Knowledge Policy Blog*, 7 Agosto 2012, disponible en <http://www.publicknowledge.org/blog/whats-going-copyright-alert-system> . Últ. vis. 25/Mayo/2016.

SOLUM, L.B. et CHUNG, M., “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law” en *79 Notre Dame Law Review*, vol. 79, issue 3, 2004, pp. 816-918 (2004). Disponible en <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol79/iss3/1> últ. vis. 28/Jun/2016.

SPETA, J.B., “Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms” en *Yale Journal on Regulation*, vol. 17, n°1, 2000, pp. 39-92.

SPETA, J.B., “The Vertical Dimension of Cable Open Access” en *University of Colorado Law Review* , vol. 71, n°4, 2000, pp. 975-1010.

SUZOR, N., CHOI, R., et PAPPALARDO, K., “Moments of Flux in Intermediary Liability for Copyright Infringement in Australia” en Editor PERRY, M. *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, pp. 129-150

SUZOR, N., et FITZGERALD, B., “The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law” en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 34, issue 1, 2011, pp. 1-40.

STALLMAN, R.M., *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, ed. Free Software Foundation, Boston, MA, 2002, disponible en <https://gnu.org/doc/fsfs3.hardcover.pdf> Últ. vis. 22/Nov/2015.

STORCH, J. et WACHS, H., “A Legal Matter: Peer-to-Peer file sharing, the Digital Millennium Copyright Act, and the Higher Education Opportunity Act: How Congress and the Entertainment Industry Missed an Opportunity to Stem Copyright Infringement” en *Albany Law Review*, Vol. 74, issue 1, 2011, pp. 313-360.

STRICKLAND, L.S. “Copyright’s Digital Dilemma Today: Fair Use or Unfair Constraints? – Part I: The Battle over file Sharing” en *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, Vol. 30, No. 1, Oct/Nov 2006, pp. 7-13.

STROWEL, A., et HANLEY, V., “Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks” en Coordinador STROWEL, A., *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, U.K., 2009, pp. 71-109

STROWEL, A., “The Graduated Response In France: Is it a Good Reply to Online Copyright Infringements?” en editora STAMATOUDI, I.A. *Copyright Enforcement and the Internet*, ed. Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2010, pp. 147-162

SUÁREZ LOZANO, J.A., “El Marco Jurídico del Intercambio de Ficheros Conteniendo Obras Protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual” en Coordinador O’CALLAGHAN, X., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 191-196.

SWEET, A.S., et MATHEWS, J., “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism” en editor BONGIOVANNI, G., *Reasonableness and Law*, ed. Springer, New York, 2009, pp.173-214.

TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información” en AA.VV., *Seguridad y Propiedad Intelectual en Internet*, ed. Complutense UCM, Madrid, 2012.

TEHRANIAN, J., *Infringement Nation. Copyright 2.0 and You*, ed Oxford University Press, Inc., New York, 2011.

THE GUARDIAN, “Napster offers billions to Record Companies” en *Guardian News*, <http://www.guardian.co.uk/internet-news/story/0,7369,440898,00.html> Últ. vis. 15/3/2014.

TIRADO ESTRADA, J.J., “Consideración Crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos Constitucionales y Aplicación Práctica.”, en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 511-574.

TORRENTFREAK, “P2P Traffic is Booming, BitTorrent the Dominant Protocol” en *TorrentFreak*, 28 Nov. 2007, disponible en <http://torrentfreak.com/p2p-traffic-still-booming-071128> Últ. vis. 27/Nov/2014.

UNIÓN EUROPEA, Nota de Prensa “*EU Telecoms Reform: 12 reforms to pave way for Stronger Consumer Rights, an Open Internet, a Single European Telecoms Market and High-Speed Internet Connections for all Citizens*” en *European Commission Press Release Database*, *Memo/09/513*, 20/Nov/2009, disponible en www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-513_en.htm últ. vis. 18/Dic/2016 (sólo disponible en inglés, francés y alemán). Nota de Prensa publicada por la Comisaria de Telecomunicaciones Sra. Reding (“*European Commission Responsible for Information Society and Media*”).

UNIÓN EUROPEA, “Opinión del Supervisor de Protección de Datos Europeo en relación a las negociaciones por parte de la Unión Europea en el acuerdo ACTA” (“*Opinion of the European Data Protection Supervisor on the current negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*”), *Official Journal of the European Union*, 2010/C 147/01, disponible en https://www.secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2010/10-02-22_ACTA_EN.pdf pp. 1-13.

UNIÓN EUROPEA, Área de Justicia de la Unión Europea, disponible en www.ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm últ. vis. 4/Sept/2016.

UNIÓN EUROPEA, “*Net Neutrality*”, *Digital Single Market, Digital Economy & Society, Access & connectivity. Open Internet.* disponible en <https://ec.europa.eu/digitalsingle-market/en/net-neutrality> . Últ. vis. 3/Abr/2016.

URBAN, J.M., KARAGANIS, J., et SCHOFIELD, B.L., “Notice and Takedown in Everyday Practice” en *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 29 de Marzo de 2016.

U.S. ACCOUNTABILITY OFFICE, “Informe sobre Propiedad Intelectual” en *United States Government Accountability Office*, Abril 2010, disponible en <http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf> . Visitado 12/Marzo/2012.

U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Primer Libro Blanco del Ministerio de Comercio de los EE.UU.*, “Intellectual Property and the National Information Infrastructure” en *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, Septiembre 1995, pp. 114-123, disponible en la página web del Congreso de los EE.UU.: www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ Últ. vis. 19/Feb/2013.

U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, Internet Policy Task Force, *Green Paper on Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, 31 Julio 2013, pp. 1-112, disponible en <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> Últ. vis. 15/Oct/2016.

U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Segundo Libro Blanco del Ministerio de Comercio de los EE.UU.*, o “*U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages, Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*”, 2016, disponible en

<https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/copyright/internet-policy-task-force> Últ. vis. 20/Sep/2016.

VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, ed. New York University Press, New York, 2001.

VAIDHYANAHAN, S., *The Anarchist In The Library: How the Clash Between Freedom and Control is Hacking the Real World and Crashing the System*, ed. Basic Books, New York, 2004.

VAN DER SAR, E., “MPAA/RIAA Lobbied Extensively in Favor of Domain Seizures” en *TorrentFreak*, 19 Diciembre, 2010, disponible en <https://torrentfreak.com/mpaariaa-lobbied-extensively-in-favor-of-domai-seizures-101219/> Últ. vis. 4/Oct/2016.

VAN HOOREBEEK, M., MARSON, J., “Provider or end-user? How the choice of litigant may impact on file-sharing in the recording industry” en *Student Law Review Derby University Law Dept.*, 2005, pp. 44-60.

VELASCO NUÑEZ, E., “Cuestiones Procesales Relativas a la Investigación de los Delitos Telemáticos” en AA.VV., *Delitos Contra y a Través de las Nuevas Tecnologías. ¿Cómo Reducir su Impunidad?*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 267-320.

VERA SANTOS, J.M., “Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación” en AA.VV., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

VIJAYAN, J., “RIAA Request for Trillions in LimeWire Copyright Case is “Absurd”, Judge Says: Federal Judge Kimba Wood notes that Damages Sought would amount to more than Music Industry has made in its History” en *Computerworld*, 25 Marzo 2011, disponible en <http://computerworld.com/article/2507250/vertical-it/riaa-request-for-trillions-in-limewire-copyright-case-is--absurd--judge-says.html> Últ. vis. 26/Abril/2016.

VILCHES, J., “LimeWire Settles Court Case with RIAA for US-\$105 Million” en *Techspot*, disponible en <http://www.techspot.com/news/43786-limewire-settles-court-case-with-riaa-for-105-million.html> Últ. vis. 26/Abril/2016.

VIXIE, P., “On Mandated Content Blocking in the Domain Name System” en *CircleID*, 18 Marzo 2011, en http://www.circleid.com/posts/20110318_on_mandated_content_blocking_in_the_domain_name_system/ últ. vis. 23/Ene/2017.

WERBACH, K., “A Layered Model for Internet Policy” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 1, 2002, pp. 37-86.

WERBACH, K., “Breaking the Ice: Rethinking Telecommunications Law for the Digital Age” en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 4, 2005, pp. 59-107.

WERBACH, K., “The Implications of Video Peer-to-Peer on Network Usage”, editores NOAM, E.M. et PUPILLO, L.M. en *Peer-to-Peer Video: The Economics, Policy, and Culture of Today’s New Mass Medium*, ed. Springer, New York, 2008, pp. 95-127

WERBACH, K.D., “The Centripetal Network: How the Internet Holds Itself Together, and the Forces Tearing It Apart, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 48, 2008, pp. 343-398.

WERBACH, K.D., “Off the Hook” en *Cornell Law Review*, vol. 95, nº 3, Article 7, Marzo 2010, pp. 535-599, disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3162&context=clr> Últ. vis. 26/Jun/2016.

WERBACH, K.D., et HOGENDORN, C., “The Net Neutrality Ruling: A New Era for Broadband?” en *Wharton University Digital Press*, Jun. 23, 2016, disponibles en www.knowledge.wharton.upen.edu/article/the-net-neutrality-ruling-a-new-era-for-broadband/ Últ. vis. 29/Agosto/2016.

WGIG, o Working Group on Internet Governance, *Informe de Julio de 2005*, p. 4, disponible en <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Últ. vis. 22/Mar/2016.

WHITE HOUSE (Casa Blanca), “Fact Sheet: Major Accomplishments since the 2010 Joint Strategic Plan” en *Home, The Administration, Office of Management and Budget, the White House President Barack Obama*, 20 Junio 2013, disponible en <https://whitehouse.gov/omb/ipec/factsheet2013> últ. vis. 23/Feb/2016.

WIKIPEDIA, “*Federal Communications Commission*”, disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission últ. vis. 18 Enero 2016.

WIKIPEDIA “File hosting service” disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/File_hosting_service, últ. vis. 27 Abril, 2016.

WIKIPEDIA, “*International Intellectual Property Alliance*”, disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/International_Intellectual_Property_Alliance#Member-associations Últ. vis. 1/Nov/2016.

WIKIPEDIA, “Secrecy of Correspondence” disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Secrecy_of_Correspondence Últ. vis. 20/Nov/2016.

WILKINSON, M.A., “International Copyright: Marrakesh and the Future of Users’ Rights Exceptions” en Editor PERRY, M., *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century, Reflecting Policy Through Change*, ed. Springer, Armidale, Australia, 2016, pp.107-128.

WIKUIST, W., “FCC Settles Verizon “Supercookie” Probe, Requires Consumer Opt-In for Third Parties” en *FCC News from the Federal Communications Commission*, disponible en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-338091A1.pdf. Últ. vis. 2/Nov/2016.

WSIS, o World Summit on the Information Society, disponible en 6 idiomas. <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/70/L.33> Últ. vis. 8/Ene/2016.

WU, T., “Network Neutrality, Broadband Discrimination” en *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, vol. 2, 2003, pp. 141-189.

WU, T., “Copyright’s Communications Policy” en *Michigan Law Review*, Vol. 103, 2004, pp. 278-367.

WU, T., DYSON, E, FROOMKIN, M. & GROSS, D., “On the Future of Internet Governance” en *American Society of International Law*, Proceedings of the Annual Meeting, Vol 101, 2007, disponible en <http://ssrn.com/abstract=992805> Últ. vis. 24/Jul/2015.

WU, T., “Why You Should Care About Network Neutrality, The Future of the Internet depends on it!” en *Slate*, 1 de Mayo, 2006, disponible en http://www.slate.com/articles/technology/technology/2006/05/why_you_should_care_about_network_neutrality.html Últ. vis. 19/Sept/2016

WU, T., et LESSIG, L., EX PARTE presentado ante el “*Federal Communications Commission*”, CS Docket No. 02-52, 22 de Agosto, 2003, disponible en www.timwu.or/wu_lessig_fcc.pdf Últ. 20/Sep/2016.

WYATT, E., et COHEN, N., “Comcast and Netflix Reach Deal on Service” en *N.Y. Times*, 23 Feb. 2014, disponible en <http://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-atstreaming-agreement.html> últ. vis. 22/Nov/2015.

XALABARDER, R., ”Infracciones de Propiedad Intelectual y la Digital Millenium Copyright Act” en coordinadores MORALES, F. et MORALES, A., *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet*, Navarra, 2002, pp. 112-147.

XALABARDER, R., “La Copia Privada Digital, “*Copyright*” y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, UOC, Barcelona, 2005, pp. 35- 54.

XALABARDER, R., “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por Infracciones de Propiedad Intelectual Cometidas por sus Usuarios” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, UOC, 2006, pp. 1-15.

XALABARDER, R., “La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital: ¿Un Monopolio en Extinción?” en *Quaderns del CAC 37*, vol. XIV (2), Diciembre 2011, pp.63-72.

XIOL RIOS, J.A., “Los Derechos de Remuneración en el Sistema Español de Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 491-510.

YAGAN, S., Testimonio ante el “*Senate Committee for the Judiciary*”, 28 de Septiembre, 2006, disponible en http://judiciary.senate.gov/testimony-cfm?id=1624&wit_id=4689 Últ. vis. 12/Ene/2015.

YEN, A.C., “Sony, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer”, en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55, issue 4, 2005, pp. 815-865.

YOO, C.S., “Network Neutrality and the Need for a Technological Turn in Internet Scholarship” en editores PRICE, M.E., VERHULST, S.G. et MORGAN, L., *Routledge Handbook of Media Law*, 2013, pp. 546-547. Además los autores: KIMMELMAN, G., et COOPER, M., “Antitrust and Economic Regulation: Essential and Complementary Tools to Maximize Consumer Welfare and Freedom of Expression in the Digital Age” en *Harvard Law and Policy Review*, vol. 9, 2015, pp. 403-487.

YU, P.K., “P2P and the Future of Private Copying” en *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2005, pp.653-765.

YU, P.K., “The Graduated Response” en *Florida Law Review*, vol. 62, Drake University Law School Research Paper No. 11-19, 2010, pp. 1373-1430. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1579782> últ. vis. 17/Ene/2017.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 2ª edición., ed. Dykinson, Madrid, 2016.

ZEPEDA, L.M., “A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.” en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, issue 1, pp. 71-90, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss1/6> Últ. vis. 16/Mar/2016.

ZITTRAIN, J.L., “The Generative Internet” en *Harvard Law Review*, vol. 119.7, Mayo 2006, pp. 1975-2019.

ZITTRAIN, J.L., *The Future of the Internet – And How to Stop It*, ed. Penguin, London, 2008, disponible en. Creative Commons www.futureoftheinternet.org/download. Últ. vis. 5/Ago/2016.

ZITTRAIN, J.L., “Law and Technology: The End of the Generative Internet. Exploring the expectations and implications for version 2.0 of the Nets new gated communities.” en Viewpoints, *Revista Communications of the ACM*, vol. 52, No. 1, Enero 2009, pp. 18-20.

ÍNDICE LEGISLATIVO

I. Acuerdos Internacionales

- Convenio de Berna, de 9 de Septiembre de 1886, para la protección de obras literarias y artísticas. Acta de revisión de París de 24 de Julio de 1971. BOE núms. 81, de 4 de abril de 1974, y 260, de 30 de octubre de 1974.
- Convención Universal de Ginebra, de 6 de septiembre de 1952, sobre los Derechos de Autor. Acta de revisión de París de 24 de Julio de 1971. BOE núms. 13, de 15 de enero de 1975, y 9, de 10 de enero de 1975.
- Convención Internacional de Roma, de 26 de Octubre de 1961, sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1991.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor, de 20 de Diciembre de 1996. (*Copyright Treaty: WCT WIPO*). BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, disponible en http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf (WCT), últ. vis. 18/Dic/2015.
- Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, de 20 de diciembre de 1996. (*Performances and Phonograms Treaty: WPPT*). BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, disponible en http://www.wipo.int/lea/docs_new/pf/en/wo/wo034en.pdf (WPPT), últ. vis. 19/Dic/2015.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdos Generales Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“*General Agreement on Tariffs and Trade*” o GATT), disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_05_s.htm. Últ. vis. 26/May/2016.
- Primer Borrador del Acuerdo ACTA del 21 de Abril, 2010, que contenía prácticamente una copia del Artículo 512 i) de la DMCA, disponible en http://trade.ec.europa.eu/dolib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf. Últ. vis. 3/Mayo/2016.

II. España

- 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. BOE núm. 97, de 22 de Abril de 1996.

- Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio; corrección de errores en BOE núm. 187, de 6 de agosto.
- Ley 23/2006, de 7 de Julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por real decreto legislativo 1/1996, de 12 de Abril. BOE núm. 162, de 8 de Julio.
- Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. BOE núm. 251, de 19 de Octubre.
- Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de economía sostenible. BOE núm. 55, de 5 de Marzo.
- 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; corrección de errores en BOE núm. 24, de 28 de enero de 2012.
- Ley 21/2014, de 4 de Noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 268, de 5 de Noviembre.
- Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 5 de Mayo de 2006, al no actuar los usuarios a escala comercial, no se da el ánimo de lucro y, por lo tanto, no existe delito. La Fiscalía resalta en su circular la interpretación del Tribunal Supremo: *“Por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente”. En el caso de sistemas P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener obras sin coste en un sistema telemático de intercambios”,* disponible en http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf. últ. vis. 4/Abr/2013.
- *Publicación: Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2012 parte Estudio Westlaw BIB 2012\1269, ed. Aranzadi, SA, Pamplona., 2012.*

III. Francia

- Ley nº 2009-669 de 12 de Junio de 2009. *“Loi favorissant la diffusion et la protection de la création sur Internet”*. Conocida como Ley Hadopi I.

- Ley 22ac009-1311, de 28 de Octubre de 2009, relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet en *Journal Officiel de la République Française* del 29 de Octubre de 2009, p. 18290. Conocida como Ley HADOPI II, que se completó tras la jurisprudencia establecida por la decisión del Tribunal Constitucional.

IV. Unión Europea

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza – CartaUE (Diario Oficial n. C 83 de 30 de Marzo de 2010).
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 8 de Junio de 2000 relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior. DOCE núm. L 178, de 17 de julio de 2000.
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Mayo de 2001, relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, DOCE núm. L 167, de 22 de junio de 2001; correcciones de errores en DOCE núm. L 6, de 10 de enero de 2002 y núm. L 314, de 25 de noviembre de 2008.
- Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004 relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, DOCE núm. L157, de 30 de Abril de 2004.
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Julio de 2002 relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas)
- Reforma de las Telecomunicaciones de la Unión Europea: Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, OJ L 337/37, 18.12.2009.
- Reglamento (UE) 386/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de Abril de 2012 por el que se Encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) Funciones Relacionadas con el Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, entre otras las de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. DOUE núm. L129/1, de 16 de mayo de 2012.

- Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Febrero de 2014, relativa a la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Afines y a la Concesión de Licencias Multi-territoriales de Derechos Sobre Obras Musicales para su Utilización en Línea en el Mercado Interior, DOUE núm. L84/72, de 20 de Marzo de 2014.
- Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Noviembre de 2015 por el que se Establecen Medidas en Relación con el Acceso a una Internet Abierta y se Modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al Servicio Universal y los Derechos de los Usuarios en Relación con las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas y el Reglamento (UE) no. 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, DOUE núm. L310/1 de 26 de Noviembre de 2015.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2016 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 y por el que se Deroga la Directiva 95/46/CE (o Reglamento General de Protección de Datos Personales), disponible en www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:119:TOC. Últ. vis. 2/Oct/2016.
- “EUROPEAN COPYRIGHT CODE” (Normas Europeas sobre los Derechos de Autor Europeas), disponible en www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3. Últ. vis. 28/Sep/2016.

V. Estados Unidos

- Código de Leyes de los Estados Unidos sobre Derechos de Autor: “*Title 17 – Copyright*”.
- Ley “*Digital Millenium Copyright Act*” de 1998 por la que se modifica el “*Título 17*” sobre Derechos de Autor del Código de Leyes de los Estados Unidos, además de implementar legislativamente los dos acuerdos internacionales de la OMPI del año 1996 (*WCT & WPPT*). Public Law 105-304, firmada por el Presidente Bill Clinton el 28 de Octubre de 1998.
- Ley “*Electronic Communications Privacy Act*” de 1986, comúnmente conocida como “*Wiretap Act*”, Public Law 99-508, firmada por el Presidente Ronald Reagan el 21 de Octubre de 1986.
- Ley “*Priorizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*” de 2008. Public Law 110-403, de 13 de Octubre de 2008, disponible en <https://beta.congress.gov/bill/110th-congress/senate-bill/3325/> Últ. vis. 2/Feb/2016.
- FCC, *Open Internet, Federal Communications Commission*. <http://www.fcc.gov/general/open-internet> Últ. vis. 30/3/2016. La versión final

de la normativa de Febrero de 2015: “*Protecting and Promoting the Open Internet, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*” entró en vigor el 12 de Junio de 2015. También, FCC, disponible en <http://www.fcc.gov/telecom.html> últ. vis. 23/Oct/2015.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

I Estados Unidos de America

Tribunal Supremo (“*Supreme Court*”)

- Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al., 545 U.S. 913, 75 U.S.P.Q.2d (BNA) 1001 (2005). Decided: June 27, 2005. (Sentencia GROKSTER III, 545 U.S. at 921, 125 S.Ct. 2764, disponible en www.cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005_MGM.pdf últ. vis. 17/Jun/2016.
- Sony Corporation of America Inc. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. at 438, 104 S.Ct. 774, 417 (1984)

Tribunales de Apelación (“*Court of Appeals*”)

- *Mai System’s Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993). Dictaminó que cuando un programa se carga en la memoria RAM, se ha creado una copia del mismo.
- *A&M Records, Inc., et al., vs. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, No. 00-164001, slip op. at 2206 (9th Cir. 2001), Decided February 12, 2001. disponible en https://www.law.cornwell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.html , últ. vis. 3/Ago/2016.
- *A&M Records, Inc., RIAA, et al vs. Napster, Inc.* 284 F.3d 1091, 62 U.S.P.Q.2d (BNA) 1221 (9th Cir. 2002). Decided March 25, 2002.
- *John Deep v. Recording Industry Association of America (RIAA) (Aimster Copyright Litigation)*, 334 F. 3d 643, 645 (7th Cir. 2003), Decided on June 30, 2003, disponible en [https://www.homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster\(9C6-30-03\).htm](https://www.homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster(9C6-30-03).htm), últ. vis. 13/May/2013.
- *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir.. 2004), Decided August 19, 2004. (GROKSTER II)
- *Recording Industry Association of America, Inc.(RIAA), vs. Verizon Internet Services, Inc.*, 351 F.3d 1229 (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit). Decided: December 19, 2003.
- *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 F.3d 544, 551 (4th Cir. 2004) Se dictaminó que un PSSI de Intermediación que actúa en calidad de prestador de

servicios de acceso no se ve envuelto en actos de reproducción porque las copias no se fijan más que para una duración transitoria

- In re Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 393 F.3d 771, 73 U.S.P.Q.2d (BNA) 1339 (8th Cir. 2005).
- In re Charter Communications, Inc., 393 F.3d 771, Tribunal de Apelación del Octavo Circuito, 2005.
- UMG Recording Inc. v. Veoh Networks Inc. 665 f. Supp. 2d 1099, 1110, Central District of California, 2009.
- UMG Recording Inc. v. Shelter Capital Partners LLC et al 718 F.3d 1006, US Court of Appeals for the 9th Circuit, 2013, sentencia de fecha 14 de Marzo, 2013, , disponible en <https://www.eff.org/files/filenode/09-55902.pdf> , últ. vis. 13/Mar/2016.
- Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642, 644, 661 (District of Columbia Circuit). Decided on 2010.
- Verizon v. FCC, 740 F.3d 623, 646 (District of Columbia Circuit). Decided on 2014.
- U.S. Telecom v. FCC & U:S:A:, No. 15-1063, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Decided on June 14, 2016, disponible . en [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf) últ. vis. 29/Jun/2016.
- Authors Guild et al. v. Google, Inc., case 13-4829, Document 230-1, No. 1620658 (2nd Circuit, 2015). Decided October 16, 2015, disponible en <https://www.eff.org/files/2015/10/16/agvgoogle.pdf> Últ. vis. 15/Mar/2016

Juzgados de Distrito (“United States District Courts”)

- Shloss v. Sweeney, 515 F. Supp. 2d 1083 (N.D. Cal. 2007), Decided April, 2007.
- A&M Records, Inc. vs. Napster Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000), Decided May 12, 2000, disponible en <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/AMRecords.html> . Últ. vis. 22/Nov/2015.
- A&M Records, Inc., RIAA et al., vs. Napster Inc., 55 U.S.P.Q.2d, 1780. Decided July 26, 2000, disponible en https://w2.eff.org/IP/P2P/Napster/20000810_Order_Granteeing_Mtn_Pl.pdf Ult. vis. 2/Ago/2016.
- A&M Records, Inc., et al, vs. Napster, Inc, No. C 99-05183 MHP No. C 00-0074 MHP, 2001 WL 777005 (N.D. Cal Mar 05, 2001). Decided March 5, 2001.
- “Compliance Report Number 2 in Case No. C-MDL-00-1369 (MHP), in Re Napster, Inc. Copyright Litigation, March 20, 2001, Napster’s Second Consolidated Report of Compliance with the Modified Preliminary Injunctions

Entered in Case Nos. C99-05183 MHP, C00-0074 MHP, C00-2638 MHP, C00-3997 MP, and C0068 MHP” , disponible en <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/napster/napster/napster2ndrprt032001.pdf> últ. vis. 10/Ago/2016.

- Recording Industry Association of America (RIAA) vs. John Deep (Aimster Copyright Litigation), No. 01 c 8933, Multi District Litigation No. 1425. U.S. District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division. Decided September 4, 2002.
- Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd et al., 259 F. Supp. 2d 1029. U.S. C.D. of Cal., Decided April 25, 2003. (GROKSTER I)
- Recording Industry Association of America, Inc.,(RIAA) vs. Verizon Internet Services, Inc.240 F.Supp.2d 24 (Court of the District of Columbia). Decided: January 21, 2003.
- Recording Industry Association of America, Inc.,(RIAA) v. Verizon Internet Services, Inc.257 F.Supp.2d 244 (Court of the District of Columbia). Decided: April 24, 2003.
- Corbis Corp. v. Amazon.com, 351F. Supp. 2d 1090, 1108-09 (W.D. of Washington). Decided on 2004.
- Perfect 10 v. CCBill LLC., 340 F. Supp. 2d 1077, 1088 (C.D. of California). Decided on 2004.
- Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures Inc., 213 F.Supp.2d 1146, Central District of California, 2002.
- Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, West District Washington, 2004.
- UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F.Supp.2d 1099, 2009.
- Paramount Pictures Corp. vs. John Davis, 234 F.R.D.102 (Court of the District of East Pennsylvania). Decided December 2nd, 2005.
- Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, West District of Michigan, No. 06-0037, presentada 23/Feb/2006.
- Columbia Pictures Industries Inc. v. Fung, S.D.N.Y., No. 06-171. Presentada el 23/Feb/2006.
- CBS Broadcasting Inc. v. Does 1-10, N.D. Tex. No. 06-0338. Presentada el 23/Feb/2006.
- Disney Enterprises Inc. v. Does 1-10 N.D. Fla., No. 06-096. Presentada el 23/Feb/2006.
- Paramount Pictures Corp. v. Thompson, D. Utah, No. 06-0156. Presentada el 23/Feb/2006.
- Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, W.D. Pa No. 06-0251. Presentada el 23/Feb/2006.
- Columbia Pictures Industries Inc. v. Does 1-10, W.D. Mich., No. 0-037. Presentada el 23/Feb/2006.
- Arista Records, LLC v. Lime Group, LLC, WL 1914816 (S.D.N.Y. 2010). Decided on May 11, 2010

- Arista Records, LLC v. Lime Group, LLC, 715 F. Supp. 2d 481, 96 U.S.P.Q.2d 1437 (S.D.N.Y. 2010), United States District Court, S.D. New York. .Court Amended Opinion on 25 May 2010.
- Arista Records, LLC v. Lime Wire, LLC, 1:06-cv-05936 (KMW) ECV Case (S.D.N.Y. 2010), United States District Court, S.D. New York. “*Memorandum of Law in Support of Plaintiffs’ Motion for Permanent Injunction*”. June 4, 2010.
- Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., No. CV 04-9484 AHM SHX, 2010 WL 9479059, at *1. United States District Court (S.D. of Cal., 2010). Decided. on July 26, 2010.
- Arista Records, LLC, et al vs. Lime Wire, LLC, et al, 06 CV 5936 (KMW), Document 678, United States District Court South. District of New York, Decided on April 6, 2011, disponible en http://beckermanlegal.com/Lawyer_Copyright_Internet_Law/arista_limewire_110407Decision.pdf.últ. vis. 22/Nov/2014.
- Arista Records, LLC, et al vs. Lime Wire, LLC, et al, 06 CV 5936 (KMW), Document 719, United States District Court South. District of New York, Decided on April 29, 2011.
- Caso Megaupload (United States v. Kim Dotcom et al.), Case No. 12-cr-00003-LO, Doc. 34 (F.D. Va. 16 Feb, 2012) disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/documents/megaupload-indictment.pdf>. últ. vis. 26/May/2013.
- Patrick Collins v. John Doe, East District of New York, 2012.
- BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al, Civil No. 1:14-cv-1611, 149 F. Supp. 3d 634, 639, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015.
- BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al, Civil No. 1:14-cv-1611, WL 4224964, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on August 8, 2016
- Sentencia BMG Rights Management (US) LLC et al vs. Cox Communications, Inc. et al, Civil No. 1:14-cv-1611, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Decided on December 1, 2015. El veredicto de la Sentencia de fecha 1 de Diciembre, 2015, está disponible en <http://www.torrentfreak.com/images/coxverdict.pdf> 28/Nov/2016.
- RCN Telecom Services, LLC; RCN Telecom Services of New York, L.P.; RCN Capital Corp.; RCN Telecom Services of Philadelphia, LLC; RCN Telecom Services of Massachusetts, LLC; Starpower Communications, LLC; RCN Management Corporation, RCN ISP, LLC; RCN Digital Services (Lehigh), LLC; RCN Telecom Services of Illinois, LLC; 21st Century Telecom Services, Inc.; and RCN Cable TV of Chicago, Inc. vs. BMG Rights Management (US) LLC. United States District Court Southern District of New York. No. 1:16-cv-4417-PKC, 29 de Marzo, 2017, disponible en <https://www.mejortorrent.website/news-1490957745249> últ. vis. 23/Abr/2017.
- Malibu Media, LLC vs. John Does 1-26 (Case no. 1:12-cv-00160-CMH-TRJ).

II Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

- Sentencia C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU* (29 de Enero de 2008) Rec. P. (ECR) I-271, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0275:ES:HTML> últ. vis. 2/Feb/2015.
- Cuestiones Prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de Junio de 2006, recibidas el 26 de Junio, disponible en www.eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/txt/?uri=CELEX%3A62006CJO275 últ. vis. 4/Feb/2015.
- Auto C-557/07 *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v Tele2 Telecommunication GmbH*, (2009) ECR I-01227.
- Sentencia C-70/10 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 November, 2011, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-11/cp110126en.pdf Últ. vis. 29/Sep/2016.
- Sentencia C-461/10 *Bonnier Audio AB y otros v. Perfect Communication Sweden AB*, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de Abril de 2012, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia, mediante resolución de 25 de Agosto de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de Septiembre de 2010, disponible en www.curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-461/10 Últ. vis. 24/Sep/2016.
- Conclusiones del Abogado General, Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 17 de Noviembre de 2011, Asunto C-461/10, *Bonnier Audio AB y otros v. Perfect Communication Sweden AB* (“ePhone”), en Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia.
- Sentencia C-360/13: *Public Relations Consultants Association Ltd. v. Newspaper Licensing Agency Ltd and Others*, del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de Junio de 2014, procedente del Tribunal Supremo del Reino Unido, disponible en www.curia.europa.eu/juris/document/documents.jsf?text=&docid=153302&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=399092 Últ. vis. 15 de Abril 2016.
- Sentencia C-314/12 *UPC Telekabel Wein v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 Marzo, 2014, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140038en.pdf Últ. vs. 30/Ago/2016.

- Sentencia C-435/12 *ACI Adam BV et al. v Stichting de ThuisKopie, Stichtng Onderhandeligen ThuisKopie Vergoeding*, de 10 de Abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:254
- Conclusiones del Abogado General Cruz Vilallón relativa a la misma sentencia anterior: *ACI Adam BV et al. v Stichting de ThuisKopie, Stichtng Onderhandeligen ThuisKopie Vergoeding*, ECLI:EU:C:2014:1
- Sentencia del TJUE de fecha 5 de Junio de 2014 en el caso procedente del Tribunal Supremo del Reino Unido C-360/13: *Public Relations Consultants Association Ltd. v. Newspaper Licensing Agency Ltd and Others* en www.curia.europa.eu/juris/document/documents.jsf?text=&docid=153302&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=399092 Últ. vis. 15 de Abril 2016.
- Nota de Prensa o “*Press Release*” de la opinión del Abogado General del caso C-484/14 *Tobias M Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*, Marzo 2016, disponible en www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160028en.pdf Últ. vis. 24/Abril/2017
- Sentencia C-484/14 *Tobias McFadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de Septiembre de 2016, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Landgericht München I (Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I, Alemania), ECLI:EU:2016:689
- Conclusiones del Abogado General, Maciej Szpunar, en el Caso C-484/14 *Tobias McFadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH*, del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de Marzo de 2016, que tiene por objeto una Petición de Decisión Prejudicial planteada por el Landgericht München I, ECLI:EU:2016:170

III Estados Miembros de la Unión Europea

Francia: Tribunal Constitucional

- “*Conseil Constitutionnel*”, decision No. 2009-508DC, 10 Juin, 2009, J.O. 9675, France, disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf , últ. vis. 14/Jul/2016. Repercusión de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional sobre la precursora a la ley HADOPI definitiva, también conocida como DADVSI.
- “*Conseil Constitutionnel*” decisión No. 2009-590DC, 22/Oct/2009 disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf , últ. vis.

15/Jul/2016. Sin modificar la primera ley, únicamente reconfigurando el sistema para incluir un procedimiento legal acelerado supervisado por un juez que tendrá autoridad de imponer una sanción de acceso a la Red sin un procedimiento, aunque el suscriptor tendrá el derecho de presentar una apelación en el caso de que un juez decida suspender su acceso. Este procedimiento legal acelerado que modificó la Ley HADOPI está disponible en la Ley 2ac009-1311 de 28 de Octubre de 2009 relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet en *Journal Officiel de la République Française* del 29 de Octubre de 2009, p. 18290.

Alemania: Tribunal Constitucional

- Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 11 Marzo, 2008, 1 BvR 256/08 (F.R.G.), disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html

Alemania: Juzgados de Primera Instancia

- Caso Somm (Compuserve) del año 1998, No. 8340 Ds 465 Js 173158/95
- Caso Landgericht Frankenthal (LG) (Tribunal de Distrito de Frankenthal), 21 de Mayo, 2008, 6 O 156/08 (F.R.G.), 3 (Alemania)

Austria: Tribunal Supremo

- Oberster Gerichtshof (OGH) (Tribunal Supremo), 14 de Julio, 2009, No. 4 Ob 41/09x (Austria), disponible en http://www.internet4jurists.atentscheidungen/ogh4_41_09x.htm
- Oberster Gerichtshof (OGH) (Tribunal Supremo), Feb. 19, 2009, C-557/07, Entscheidungen des Osterreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (SZ) (Austria).

Austria: Tribunal de Apelación

- Oberlandesgericht Wein (OLG) (Tribunal de Apelación de Viena), Abril 12, 2007, docket No. 5 R193/06y, (OLG Viena) No. 26 (Austria).

Austria: Tribunal de Primera Instancia

- Handelsferichts Wien (HG) (Tribunal Mercantil de Primera Instancia de Viena), June 21, 2006, docket No. 8 Cg 67/05z (Austria)

Grecia: Tribunal de Apelación

- Judgement No.4658/2012, Athens Administrative Court of Appeal, 15 Mar., 2012. http://cieel.gr/en/eed/2012_2_3-jsp

Holanda: Tribunal Supremo

- HR 19 Dec., 2003, NJ 2003, 548, m.nt. DWFV, (BUMA v. KaZaA), Nr. C02/186HR <http://www.solv.nl/weblog/kazaa-is-legaal/685>

Holanda: Tribunales de Apelación

- BUMA & STEMRA v. Kazaa, Judgement Amsterdam Court of Appeal, 28 Marzo 2002, https://w2.eff.org/IP/P2PBUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html últ. vis. 29/Jul/2016.
- Kazaa perdió el caso en primera instancia el 29 de Noviembre de 2001. Buma y Stemra v. Kazaa. (Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam no disponible)
- Ziggo – XS4ALL v Brein, Judgement La Hague Court of Appeal, IEPT20140128, Decided 28-01-2014. <https://www.boek9.nl/items/iept20140128-hof-den-haag-ziggo-xs4all-v-brin>

Irlanda: Tribunal Supremo

- EMI Records (Ireland) v. The Data Protection Commissioner, Ireland Supreme Court IESC, 2013, 34.

Irlanda: Alto Tribunal (“High Court”)

- EMI Records (Ireland) et al. v. UPC Communications, Ireland High Court IEHC, 2010, 377, disponible en <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IEHC/2010/H377.html>
- EMI Records (Ireland) et al. v. Eircom, Ireland High Court IEHC, 16 Abril, 2010, 108, disponible en

<http://www.courts.ie/judgments.nsf/6681dee4565ecf2c80256e7e0052005b/7e52f4a2660d884080257707035082f?OpenDocument>

- EMI Records (Ireland) v. The Data Protection Commissioner, Ireland High Court IEHC, 2012, 264.

España: Audiencias Provinciales

- Sentencia 35/2008 de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6ª Penal de fecha 31 de Marzo de 2008 (define funcionamiento protocolo P2P eDonkey).
- Auto nº 589/2010-2ª de AP Barcelona, Sección 15ª, en sede Civil, 7 de Julio de 2011, disponible en Westlaw AC\2011\1505. Caso SGAE vs. www.indice-web-com
- Sentencia Audiencia Provincial, Provincia de Madrid, Sección 28ª, núm. 103/2014, de 31 de Marzo de 2014, Universal Music Spain, S.L., Warner Music Spain, S.L., Sony BMG Music Entertainment Spain, S.A., EMI Music Spain, S.A. et PROMUSICAE v. Optisoft, S.L., Piolet Networks, S.L., M Punto 2 Punto Technologies, S.A. y Don PSB como administrador único de las dos primeras mercantiles.

Bélgica: Juzgado de Primera Instancia

- SCRL Société Belge des Auteurs Compositeurs et Editeurs v SA Scarlet. (2006). EWHC 40QB
- SABAM v SA Scarlet, No. 04/8975 A of the General Roll (D. Ct. Brussels 29 Junio 2007). 2007. ECDR 320. Originalmente la demanda en primera instancia en Bélgica se presentó contra Tiscali, empresa a la que posteriormente se le cambió el nombre a SA Scarlet. Disponible en <http://www.juriscom.net/jpt/visuphp?ID=939>  lt. vis. 30/Sep/2016.

Reino Unido: Juzgado de Primera Instancia

- Golden Eye v. Telefónica UK, 2010, E.W.H.C. 723 (137)

ANEXO I

SUBSECCIONES RELEVANTES DE LA SECCIÓN 512 DE LA LEY “DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT” O DMCA TRADUCIDOS POR LA AUTORA

LEY QUE LIMITA LA RESPONSABILIDAD DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN LÍNEA – TÍTULO II DE LA DMCA

“ONLINE COPYRIGHT INFRINGEMENT LIABILITY LIMITATION ACT (OCILLA) – TITLE II OF THE DMCA”

DMCA, Sección 512, subsección (a)

“(a) **RED DE COMUNICACIONES DIGITAL TRANSITORIA.**—

El prestador de servicios no será responsable de tutela resarcitoria, o, salvo según se dispone en la subsección (j), de tutela cesatoria o equivalente, por infracción de derechos de autor debido a que el prestador transmita, encamine, o proporcione conexiones para, material a través de un sistema o red controlado o explotado por o para el prestador de servicios, o debido al almacenamiento intermedio y transitorio de tal material en el curso de dicha transmisión, encaminamiento, o proporción de conexiones, si—

(1) la transmisión del material se ha iniciado por o según instrucciones de una persona que no sea el prestador de servicios;

(2) la transmisión, el encaminamiento, la proporción de conexiones o el almacenamiento es efectuada mediante un proceso técnico automático sin selección del material por el prestador de servicios;

(3) el prestador de servicios no elige a los receptores del material, excepto como respuesta automática del requerimiento de otra persona;

(4) ninguna copia del material efectuada por el prestador de servicios en el curso de dicho almacenamiento intermedio o transitorio es mantenida en el sistema o red de manera que sea ordinariamente accesible por nadie más que los receptores anticipados, y ninguna de tales copias es mantenida en el sistema o red de manera que sea ordinariamente accesible por dichos receptores anticipados durante un período mayor que el razonablemente necesario para la transmisión, el encaminamiento, la proporción de conexiones; y

(5) el material se transmita a través del sistema o red sin modificación de su contenido.”

DMCA, Sección 512, subsección (b)

“(b) **SISTEMA DE COPIA EN MEMORIA CACHÉ.**—

(1) Limitación de responsabilidad.— *El ISP no será responsable de tutela resarcitoria, o, salvo según se dispone en la subsección (j), de tutela cesatoria o equivalente, por infracción de derechos de autor debido al almacenamiento intermedio y transitorio de material en el sistema o red controlado o explotado por o para el prestador de servicios en caso de que —*

(A) el material sea puesto a disposición por una persona que no sea el prestador de servicios;

(B) el material sea transmitido desde la persona descrita en el sub- apartado (A) a través del sistema o red a una persona que no sea la persona descrita en el sub- apartado (A) según instrucciones de aquella otra persona; y

(C) el almacenamiento sea efectuado mediante un proceso técnico automático para el fin de hacer disponible el material a usuarios del sistema o red que, después de que el material sea transmitido como se describe en el sub- apartado (B), requiera acceso al material desde la persona descrita en el sub- apartado (A), si se cumplen las condiciones descritas en el apartado (2).

(2) Condiciones.— *Las condiciones mencionadas en el apartado (1) son que—*

(A) el material descrito en el apartado (1) sea transmitido a los usuarios subsiguientes descritos en el apartado (1)(C) sin modificación de su contenido de la manera en que hubiera sido transmitido el material desde la persona indicada en el apartado (1)(A);

(B) el prestador de servicios descrito en el apartado (1) cumpla con normas relativas al refresco, recarga, u otra actualización del material cuando lo indique la persona que haga disponible en línea el material de conformidad con normas comúnmente aceptadas de protocolos de comunicaciones de datos en la industria para el sistema o la red a través de la cual dicha persona hace disponible el material, salvo que este sub- apartado sólo se aplica si estas normas no son utilizadas por la persona descrita en el apartado (1)(A) para prevenir o perjudicar de manera no razonable el almacenamiento intermedio al que se aplica esta subsección;

(C) el prestador de servicios no interfiere la capacidad de la tecnología asociada con el material para entregar a la persona descrita en el apartado (1)(A) la información que hubiera estado disponible a la persona si el material se hubiera obtenido por los subsiguientes usuarios descritos en el apartado (1)(C) directamente de esa persona, salvo que este sub- apartado se aplica únicamente si esa tecnología—

(i) no interfiere de manera significativa con el rendimiento del sistema del ISP o red o con el almacenamiento intermedio del material;

(ii) es consistente con protocolos de comunicaciones normales generalmente aceptados de la industria;

(iii) no extrae información del sistema o red del prestador que no sea la información que hubiera sido disponible a la persona descrita en el apartado (1)(A) si los usuarios subsiguientes hubieran tenido acceso al material directamente de esa persona;

(D) si la persona descrita en el apartado (1)(A) tiene en efecto la condición que ha de cumplir la persona antes de tener acceso al material, tal como una condición está basada en el pago de una tasa o el dar una contraseña u otra información, el ISP permite el acceso al material almacenado en parte significativa únicamente a usuarios de su sistema o red que han de cumplir esas condiciones y únicamente de conformidad con esas condiciones; y

(E) si la persona descrita en el apartado (1)(A) hace disponible el material en línea sin la autorización del titular de derechos de propiedad intelectual, el ISP responde de manera diligente para eliminar, o inhabilitar el acceso a, el material que se reclama que se infringe tras la notificación de la infracción alegada tal como se describe en la subsección (c)(3), salvo que este subapartado se aplica únicamente si—

(i) el material ha sido previamente eliminado del sitio originario o se ha inhabilitado el acceso, o un tribunal ha ordenado que el material sea eliminado del sitio originario o que el acceso al material en el sitio originario sea inhabilitado; y

(ii) la parte que da la notificación incluye en la notificación una declaración que confirme que el material ha sido eliminado del sitio originario o que el acceso al mismo ha sido inhabilitado o que un tribunal ha ordenado que el material sea eliminado del sitio originario o que el acceso al material en el sitio originario ha sido inhabilitado.”

DMCA, Sección 512, subsección (c)

“(c) INFORMACIÓN ALOJADA EN SISTEMAS O REDES SEGÚN INSTRUCCIONES DE USUARIOS.

(1) En general.— El prestador de servicios no será responsable de tutela resarcitoria, o, salvo según se dispone en la subsección (j), de tutela cesatoria o equivalente, por infracción de derechos de autor debido al alojamiento según instrucciones del usuario del material que resida en el sistema o red controlado o explotado por o para el restador de servicios, si el prestador de servicios—

(A)

(i) no tiene conocimiento real de que tal material o la actividad que usa el material en el sistema o red es ilícito;

(ii) en ausencia de dicho conocimiento real, no tiene constancia de hechos o circunstancias de que la actividad ilícita es manifiesta; o

(iii) en cuanto tenga conocimiento o constancia, actúe con prontitud para retirar, o inhabilitar el acceso a, el material;

(B) no recibe un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad ilícita, en el caso en que el prestador de servicios tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad; y

(C) a la notificación de la alegada infracción según se describe en el apartado (3), responde prontamente para eliminar, o inhabilitar el acceso a, el material que se reclama que es ilícito o que es objeto de una actividad ilícita.

(2) Agente designado.— Las limitaciones sobre responsabilidad establecidas en esta subsección se aplican al prestador de servicios únicamente si el prestador de servicios ha designado un agente para recibir notificaciones de alegadas infracciones descritas en el apartado (3), haciendo disponibles a través de su servicio, incluyendo en su sitio web en un lugar accesible para el público, y proporcionando a la Oficina de Derechos de Autor, esencialmente la información siguiente:

(A) el nombre, dirección, número de teléfono y dirección de correo electrónico del agente.

(B) demás información de contacto que el Registro de Derechos de Autor considere adecuada.

El Registro de Derechos de Autor mantendrá a disposición del público el directorio actual de agentes para inspección pública, incluyendo por medio de Internet, y puede requerir el pago de tasas por los prestadores de servicios para cubrir los costes de mantenimiento del directorio.

(3) Elementos de notificación.—

(A) Para que surta efectos con arreglo a esta subsección, la notificación de infracción alegada ha de ser una comunicación por escrito al agente designado del ISP que incluya esencialmente lo siguiente:

(i) Una firma física o electrónica de la persona autorizada para actuar en representación del titular de un derecho exclusivo que se alega que se infrinja.

(ii) Identificación de la obra sometida a derechos de autor que se reclame ha sido infringida, o, si están cubiertas por una única notificación múltiples obras sometidas a derechos de autor en un sitio en línea, una lista representativa de tales obras en dicho sitio.

(iii) Identificación del material que se alega que se infringe o que está sujeto a una actividad ilícita y que hay que eliminar o a la cual hay que inhabilitar el acceso, e información razonablemente suficiente para permitir al ISP localizar el material.

(iv) Información razonablemente suficiente para permitir al ISP ponerse en contacto con la parte denunciante, tal como la dirección, número de teléfono, y, si está disponible dirección de correo electrónico en la que poderse poner en contacto con la parte denunciante.

(v) Declaración de que la parte denunciante tiene la creencia razonable de que el uso del material de la manera que se denuncia no está autorizada por el titular de los derechos de autor, su agente, o la ley.

(vi) Una declaración de que la información en la notificación es exacta, y bajo pena de perjurio, de que la parte denunciante está autorizada para actuar en representación del titular de un derecho exclusivo que se alega es infringido.

(B)

(i) Con sujeción a la cláusula (ii), la notificación del titular de los derechos de autor o de la persona autorizada para actuar en representación del titular de los derechos de autor deja de cumplir esencialmente con las disposiciones del sub-apartado (A) no se considerará de conformidad con el apartado (1)(A) en la determinación de si el prestador de servicios tiene conocimiento real o es consciente de hechos o circunstancias de los cuales sea evidente la actividad ilícita.

(ii) En el caso de que la notificación que se presente al agente designado del prestador de servicios no cumpla esencialmente con todas las disposiciones del sub-apartado (A), pero cumpla esencialmente con las cláusulas (ii), (iii) y (iv) del sub-apartado (A), la cláusula (i) de este sub-apartado se aplica únicamente si el prestador de servicios trata de ponerse en contacto prontamente con la persona que efectúa la notificación o toma otras medidas razonables para colaborar en la recepción de la notificación que cumpla esencialmente con todas las disposiciones del sub-apartado (A).”

DMCA, Sección 512, subsección (d)

“(d) HERRAMIENTAS DE LOCALIZACIÓN DE INFORMACIÓN.—

El proveedor de servicios no será responsable de tutela resarcitoria, o, salvo según se dispone en la subsección (j), de tutela cesatoria o equivalente, por infracción de derecho de autor debido a que el prestador señale o enlace a usuarios a un lugar en línea que contenga material ilícito o realice una actividad ilícita, empleando herramientas de localización de información, incluyendo un directorio, índice, referencia, indicador o enlace de hipertexto, si el prestador de servicios—

(1)

(A) no tiene conocimiento real de que el material o la actividad es ilícita;

(B) en ausencia de dicho conocimiento real, no es sabedor de hechos o circunstancias por los que dicha actividad ilícita sea clara; o

(C) en cuanto tenga dicho conocimiento o constancia, actúe con prontitud para retirar, o inhabilitar el acceso a, el material;

(2) no recibe un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad ilícita, en el caso en que el prestador de servicios tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad; y

(3) a la notificación de la alegada infracción según se describe en la subsección (c)(3), responde de manera diligente para eliminar, o inhabilitar el acceso a, el material que se alega que es ilícito o que está sujeto a una actividad ilícita, salvo que, para fines de este apartado, la información descrita en la subsección (c)(3)(A)(iii) será identificación de la referencia o el enlace, al material o la actividad que se alega ilícita, que haya de eliminarse o a la que haya que inhabilitar el acceso, y la información sea razonablemente suficiente para permitir al prestador de servicios localizar tal referencia o enlace.”

DMCA, Sección 512, subsección (g)

“(g) SUSTITUCIÓN DE MATERIAL ELIMINADO O INHABILITADO Y LIMITACIÓN SOBRE OTRA RESPONSABILIDAD.—

(1) Ninguna responsabilidad en general por eliminación de contenido.—

Con sujeción al apartado (2), el prestador de servicios no será responsable ante ninguna persona por reclamación basada en la buena fe del prestador de servicios al inhabilitar el acceso a, o la eliminación de, material o actividad que se alegue ilícito o basado en hechos o circunstancias de las cuales es clara la actividad ilícita, con independencia de si el material o la actividad se determina finalmente como ilícita.

(2) Excepción.— *El apartado (1) no se aplicará con respecto al material residente en la dirección de un suscriptor del prestador de servicios en un sistema o red controlado o explotado por el prestador de servicios, en el bien entendido de que sea eliminado, o al que se inhabilite el acceso por el prestador de servicios, de conformidad con un aviso dado con arreglo a la subsección (c)(1)(C), a no ser que el prestador de servicios—*

(A) tome prontamente medidas razonables para notificar al suscriptor de que ha eliminado o inhabilitado el acceso al material;

(B) a la recepción de la contra notificación descrita en el apartado (3), proporcione prontamente a la persona que ha presentado la notificación con arreglo a la subsección (c)(1)(C) una copia de la contra notificación, e informe a dicha persona de que sustituirá el material eliminado o dejará de inhabilitar al mismo en 10 días laborables; y

(C) sustituya el material eliminado y deje de inhabilitar el acceso al mismo no menos de 10 días, ni más de 14, laborables después de la recepción de la contra notificación, a no ser que su agente designado reciba antes aviso de la persona que haya sometido la notificación con arreglo a la subsección (c)(1)(C) de que dicha persona ha presentado una acción que pretenda una orden judicial que impida al suscriptor seguir con la actividad ilícita relacionada con el material en el sistema o la red del prestador de servicios.

(3) Contenido de la contra notificación.— *Para que surta efectos con arreglo a esta subsección, la contra notificación ha de ser una comunicación por escrito al agente designado del prestador de servicios que incluya esencialmente lo siguiente:*

(A) La firma física o electrónica del suscriptor.

(B) Identificación del material que haya sido eliminado o al que se haya inhabilitado el acceso y la localización en la que aparecía el material antes de que fuera eliminado o se tuviera el acceso al mismo.

(C) Una declaración bajo pena de perjurio de que el suscriptor creía de buena fe que el material había sido eliminado o inhabilitado como resultado de error o identificación errónea del material a eliminar o inhabilitar.

(D) El nombre, dirección y número de teléfono del suscriptor y la declaración de que el suscriptor consiente en la jurisdicción del Tribunal Federal de Distrito para el distrito judicial en el que sea halla situada la dirección del suscriptor, o si la dirección del suscriptor se encuentra fuera de los Estados Unidos, para cualquier distrito judicial en el que pueda encontrarse el prestador de servicios, y que el suscriptor aceptará la entrega de notificaciones de la persona que haya presentado la notificación con arreglo a la subsección (c)(1)(C) o un agente de dicha persona.

(4) Limitación respecto de otra responsabilidad.— *El cumplimiento por el prestador de servicios con el apartado (2) no someterá al prestador de servicios a responsabilidad por infracción del derecho de autor con respecto del material identificado en el aviso dado con arreglo a la subsección (c)(1)(C).”*

DMCA, Sección 512, subsección (h)

“(h) ORDEN JUDICIAL DE COMPARECENCIA PARA IDENTIFICAR AL INFRACTOR.—

(1) Requerimiento.— *El titular de los derechos de autor o la persona autorizada para actuar en representación del titular puede requerir al secretario judicial de cualquier tribunal de distrito de los Estados Unidos que emita una orden judicial de comparecencia al ISP para la identificación del alegado infractor de conformidad con esta subsección.*

(2) Contenido del requerimiento.— *El requerimiento puede efectuarse presentado al secretario judicial—*

(A) una copia de la notificación descrita en la subsección (c)(3)(A).

(B) la orden judicial de comparecencia propuesta; y

(C) una declaración jurada al efecto de que el fin para el que se pretende la orden judicial de comparecencia es obtener la identidad de un alegado infractor y que dicha información sólo se utilizará para el fin de proteger sus derechos según este título.

(3) Contenido de la orden judicial de comparecencia.— La orden judicial de comparecencia autorizará y ordenará al prestador de servicios que reciba la notificación y la orden judicial de comparecencia a revelar prontamente al titular de los derechos de autor o a la persona autorizada por el titular de los derechos de autor información suficiente para identificar al alegado infractor del material descrito en la notificación en la medida en que dicha información sea disponible para el prestador de servicios.

(4) Fundamentos para conceder la orden judicial de comparecencia.— Si la notificación presentada cumple las disposiciones de la subsección (c)(3)(A), la orden judicial de comparecencia es de la forma adecuada, y la declaración que acompañe haya sido adecuadamente otorgada, el secretario judicial expedirá prontamente y firmará la orden judicial de comparecencia propuesta y la devolverá al requirente para entrega al prestador de servicios.

(5) Acciones del prestador de servicios al recibir la orden judicial de comparecencia.— A la recepción de la orden judicial de comparecencia emitida, ya acompañe ya sea posterior a la recepción de la notificación descrita en la subsección (c)(3)(A), el prestador de servicios revelará prontamente al titular de los derechos de autor o la persona autorizada por el titular de los derechos de autor la información requerida por la orden judicial de comparecencia, no obstante cualquier otra disposición de la ley y con independencia de si el prestador de servicios responde a la notificación o no.

(6) Normas aplicables a la orden judicial de comparecencia.— A no ser que se disponga otra cosa por esta sección o por las normas aplicables del tribunal, el procedimiento para la expedición y la entrega de la orden judicial de comparecencia, y los remedios por el no cumplimiento de la orden judicial de comparecencia, se regirán en la mayor medida practicable por las disposiciones de las Normas Federales de Procedimiento civil que rijan la expedición, entrega de notificaciones y el cumplimiento forzoso de la citación judicial de un testigo acompañada de orden de presentación de documentos (subpoena duces tecum).”

DMCA, Sección 512, subsección (i).

(i) CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD.—

(1) Adaptación de tecnología.— Las limitaciones de responsabilidad establecidas por esta sección se aplicarán al prestador de servicios únicamente si el prestador de servicios —

(A) ha adoptado y puesto razonablemente en práctica, e informado a los suscriptores y tenedores de cuenta del sistema o red del prestador de servicios de, una política que disponga la terminación en circunstancias adecuadas de suscriptores y tenedores de cuenta del sistema o la red del prestador de servicios que sean infractores re-incidentes; y

(B) se adapte y no interfiera con las medidas técnicas normales.

(2) Definición.— Según se utiliza en esta subsección, la expresión "**medidas técnicas normales**" significa medidas técnicas que sean utilizadas por los titulares de los derechos de autor para identificar o proteger obras con derechos de autor—

(A) hayan sido desarrolladas de conformidad con un amplio consenso de titulares de derechos de autor y prestadores de servicios en un procedimiento de normalización abierto, equitativo, voluntario e inter-industrial;

(B) sea disponible para cualquier persona en términos razonables y no discriminatorios; y

(C) no imponga costes sustanciales a los prestadores de servicios ni cargas sustanciales a sus sistemas y redes.”

DMCA, Sección 512, subsección (k).

(k) DEFINICIONES.—

(1) Prestador de servicios. —

(A) Según se utiliza en la subsección (a), el término “prestador de servicios” significa una entidad que ofrece la transmisión, el encaminamiento o que facilita conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre los puntos concretados por un usuario, de material elegido por el usuario, sin modificación del contenido del material tal como se envíe o reciba.

(B) Según se utiliza en esta sección, aparte de la subsección (a), la expresión “prestador de servicios” significa un prestador de servicios en línea o de acceso a red, o el operador de instalaciones para este fin, e incluye una entidad descrita en el sub-apartado (A).

(2) Reparación monetaria. — Según se utiliza en esta sección, la expresión “reparación monetaria” significa, daños y perjuicios, costes, honorarios de abogado y toda otra forma de pago monetario.”

DMCA, Sección 512, subsección (m).

(m) PROTECCIÓN DE PRIVACIDAD. — En esta sección no se interpretará que hay nada que condicione la aplicabilidad de las subsecciones (a) a (d) sobre —

(1) el control por el prestador de servicios de su servicio o la búsqueda efectiva de hechos que indiquen la actividad infractora, excepto en la medida compatible con una medida técnica estándar que cumpla con las disposiciones de la subsección (i); o

(2) el prestador de servicios obtenga acceso, elimine, o impida el acceso a material en casos en los que dicha conducta esté prohibida por la ley.”