

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y OBSERVANCIA
DE LOS DERECHOS DE AUTOR
EN LA UNIÓN EUROPEA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

*El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI
(Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez)*

Madrid, Iprolex, 2013, pp. 713-738

ISBN: 978-84-941055-0-0

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

RESUMEN

La evolución de las medidas de tutela de la propiedad intelectual en el entorno digital va unida a la particular relevancia de la interacción entre dicha tutela y ciertos derechos fundamentales de los usuarios de Internet y de los prestadores de servicios de intermediación. De cara a valorar los posibles límites de tales medidas en el actual marco jurídico europeo, resulta de gran importancia la ponderación entre la protección de la propiedad intelectual y los otros derechos fundamentales que pueden verse implicados, en particular el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la información y a la libertad de empresa.

Palabras clave: propiedad intelectual, Internet, protección de datos personales, derechos fundamentales

ABSTRACT

New measures concerning the enforcement of intellectual property rights in the digital context raise concerns with regard to their implications on the protection of some fundamental rights of Internet users and intermediary services providers. In order to assess the potential limits to such measures in the current legal European framework, the need arises to balance the right to the protection of intellectual property with the other fundamental rights involved, including the right to protection of personal data, the freedom to receive or impart information and the fundamental freedom to conduct a business enjoyed by intermediaries.

Keywords: intellectual property, Internet, protection of personal data, fundamental rights

Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la Unión Europea*

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

I. Planteamiento. II. Propiedad intelectual y derechos fundamentales: marco básico en la UE. III. Evolución de las medidas de observancia de los derechos de autor en la Unión Europea. IV. Dimensión internacional: ACTA. V. Intimidad y protección de datos. VI. Actividades de supervisión y libertades de información, expresión y empresa. VII. Conclusión.

I. Planteamiento

1. Cuál debe ser el alcance de los derechos de autor y derechos conexos y cómo han de configurarse los mecanismos que permiten a sus titulares exigir su observancia a terceros resultan cuestiones esenciales en el debate actual acerca del desarrollo de la llamada sociedad de la información. Los derechos de autor son derechos subjetivos de carácter privado y alcance territorial que el ordenamiento atribuye *ex lege* y al margen de cualquier formalidad y que en Europa han sido objeto en las últimas décadas de un elaborado conjunto de normas jurídico-privadas de armonización contenidas en directivas. Pese a las características reseñadas de estos derechos, uno de los aspectos clave en su evolución actual y que está llamado a marcar el futuro de la propiedad intelectual –entendida aquí como referida a los derechos de autor y derechos conexos- es la constatación de la importancia del equilibrio entre derechos fundamentales o más exactamente entre la propiedad intelectual y otros derechos fundamentales como elemento determinante del alcance y los límites de los derechos de autor así como de las medidas que para su observancia pueden ser adoptadas.

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2012-34086.

2. El debate acerca de la interacción entre la propiedad industrial e intelectual y otros derechos fundamentales, como los vinculados a la libertad de información, la libertad de expresión, la intimidad, la educación o la salud, ha sido ya intenso desde hace lustros¹. Ese debate reviste gran importancia en el marco de la reflexión acerca del riesgo de sobreprotección de la propiedad intelectual y el alcance de los límites a los derechos de los titulares, que se encuentran básicamente destinados a satisfacer ciertos intereses sociales, como los vinculados al acceso a la cultura, la investigación y la información, así como a asegurar el equilibrio entre los intereses de los autores, titulares de derechos, competidores, proveedores de contenidos, usuarios y el conjunto de la sociedad.

Ahora bien, la rápida transformación de los mecanismos de tutela de la propiedad intelectual con el propósito de hacer frente a ciertos desafíos derivados de algunas aplicaciones y usos de Internet plantea nuevos y muy intensos conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales, tanto de los usuarios de Internet como de prestadores de servicios de la sociedad de la información. La presente contribución se centra precisamente en el significado en el seno de la Unión Europea de los derechos fundamentales como límite a la configuración y alcance de las medidas para la observancia de la propiedad intelectual en el entorno digital.

II. Propiedad intelectual y derechos fundamentales: marco básico en la UE

¹ Vid. P.L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008; W. Grosheide (ed.), *Intellectual Property and Human Rights: A Paradox* Cheltenham, Edward Elgar, 2010; y L.R. Helfer y G.W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property (Mapping the Global Interface)*, Cambridge, Cambridge UP, 2011.

3. El Tratado de Lisboa², en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, introdujo ciertas modificaciones de singular importancia en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual. Entre las disposiciones relativas a la aproximación de las legislaciones, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contempla ahora en su artículo 118 la competencia de la Unión para establecer títulos europeos que garanticen una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión así como regímenes de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión. No obstante, en el ámbito de la propiedad intelectual –a diferencia de lo que sucede en diversos sectores de la propiedad industrial- no se ha asistido ni antes ni después del Tratado de Lisboa a la creación de derechos unitarios mediante reglamentos,³ de modo que en este ámbito –en el que la existencia de los derechos no está sometida a su previo registro- existen en el seno de la UE únicamente derechos de exclusiva de carácter nacional, objeto a escala europea de una significativa aunque fragmentaria armonización mediante directivas, que encuentran su base jurídica ahora típicamente en el artículo 114 TFUE (antiguo artículo 95 TCE).

² Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO* 2007 C 306, p. 1).

³ En ciertos sectores de la propiedad industrial como las marcas o los diseños esos logros se alcanzaron ya antes del Tratado de Lisboa con base en la posibilidad prevista en los Tratados constitutivos de adoptar las disposiciones adecuadas cuando se considere necesaria una acción de la Comunidad/Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, cuando no se hubieran previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, posibilidad recogida previamente en el artículo 308 TCE (antes 235) y ahora en el artículo 352 TFUE aunque éste no resulte ya determinante en este ámbito como consecuencia de la inclusión como novedad del mencionado artículo 118 TFUE. De cara al futuro la creación de derechos unitarios en el ámbito de los derechos de autor y derechos conexos se contempla también como una posibilidad. Así, la Comisión en su documento de trabajo “Online services, including e-commerce, in the Single Market” -SEC(2011) 1641-, que acompaña a su Comunicación “A coherent framework to boost confidence in the Digital Single Market of e-commerce and other online services”, COM(2011) 942, menciona en la página 74 que valorará la posibilidad de establecer un “European Copyright Code” que podría codificar las diversas directivas adoptadas en la materia y proporcionar la oportunidad de examinar la eventual creación de derechos de autor unitarios –para el conjunto de la UE- de carácter facultativo. Se trataría sin duda de una transformación de gran alcance, habida cuenta de que la creación de derechos unitarios se ha limitado hasta la fecha al ámbito de los derechos de propiedad industrial.

4. Desde la perspectiva del significado de un adecuado equilibrio entre derechos fundamentales como presupuesto de la fijación del nivel aceptable de protección de la propiedad intelectual⁴ reviste gran importancia que ahora el artículo 6 TFEU atribuye a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000⁵ el mismo valor jurídico que los Tratados. Además, el artículo 6.3 TFEU atribuye la consideración de principios generales del Derecho de la Unión a los derechos garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y a los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Al derecho de propiedad va referido el artículo 17 de la Carta que en su apartado segundo incluye expresamente la propiedad intelectual en sentido amplio como modalidad de propiedad objeto de protección. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha puesto de relieve cómo el Artículo 1 del Protocolo nº 1 CEDH –relativo al derecho de toda persona al disfrute pacífico de sus bienes– resulta de aplicación a la propiedad intelectual e industrial, como reflejan ciertas decisiones del Tribunal en materia de patentes⁶, marcas⁷ o el derecho exclusivo a la utilización de un nombre de dominio⁸, pero también sobre derechos de autor.⁹ En el seno de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también es reflejo de cómo los derechos de autor forman parte del derecho fundamental de propiedad.¹⁰

⁴ C. Geiger, “Intellectual ‘Property’ after the Treaty of Lisbon: Towards a Different Approach in the New European Legal Order?”, *EIPR*, 2010, pp. 255-257, at p. 256.

⁵ *DO* 2010 C 83, de 30.3.2010, p. 389.

⁶ *Lenzing AG v. the United Kingdom* (dec.) (no. 38817/97, 9 de septiembre de 1998), *vid.* ECHR (Research Division), “Internet: case-law of the European Court of Human Rights”, 2011, <<http://www.echr.coe.int/>>, p.18.

⁷ STEDH de 11 de enero de 2007, asunto *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* ([GC], no. 73049/01).

⁸ *Paeffgen GmbH v. Germany* (dec.), nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, 18 de septiembre de 2007), ECHR (Research Division), “Internet...”, *loc. cit.*, p.19.

⁹ En relación con los derechos de los traductores *vid.* STEDH de 13 de mayo de 2008, *SC Editura Orizonturi SRL v. Romania*, no. 15872/03.

¹⁰ STJ de 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C- 479/04, ap. 65.

La formulación del artículo 17.2 de la Carta ha sido objeto de críticas en el contexto del debate acerca del nivel de protección adecuado de la propiedad intelectual y los riesgos de sobreprotección.¹¹ En concreto, mientras que el apartado 1 con respecto al derecho de propiedad en general se refiere a la posibilidad de regular el uso de los bienes “en la medida en que resulte necesario para el interés general”, el apartado 2 se limita a prever escuetamente que “(s)e protege la propiedad intelectual”, sin hacer referencia a sus límites o posibles restricciones.¹² No obstante, aunque ciertamente la redacción de la Carta podría ser más precisa a este respecto, resulta ampliamente aceptado que también la propiedad intelectual puede ser objeto de restricciones para proteger el interés general de conformidad con la función del apartado 2 como una simple aclaración de que dentro del ámbito del derecho de propiedad se halla también comprendida la propiedad intelectual como modalidad específica de propiedad¹³, referida a bienes inmateriales y cuyo carácter exclusivo resulta de su régimen legal de protección.

5. Junto al reconocimiento como derecho fundamental de la propiedad intelectual, en el régimen establecido tanto en la Carta como en el CEDH resulta esencial la exigencia de equilibrio con otros derechos fundamentales al establecer el nivel de protección de la propiedad intelectual por parte del legislador de la Unión Europea y de los legisladores de los Estados miembros, pero también en su aplicación por los tribunales. En el caso concreto de los mecanismos de tutela para la salvaguarda de la propiedad intelectual en el entorno digital ya la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia puso de relieve que el adecuado equilibrio con otros derechos fundamentales resulta un elemento básico para valorar el nivel de

¹¹ Acerca de ese debate en relación con la legislación sobre derechos de autor de la UE, *vid.* K.J. Koelman, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC*, vol. 35, 2004, pp. 603-638.

¹² A. Peukert, “Intellectual Property as an End in Itself?”, *EIPR*, 2011, pp. 67-71, at p. 69.

protección admisible así como los límites a la configuración de las medidas de observancia.

En el contexto de un procedimiento civil para la tutela de la propiedad intelectual, en relación con la solicitud por parte del titular de derechos de un mandamiento a un proveedor de acceso para que revelara la identidad y la dirección de determinados clientes de los que la demandante conocía la dirección IP así como que utilizaban programas de intercambio de archivos P2P en relación con obras cuyos derechos de explotación correspondían a titulares que la demandante representaba, el Tribunal de Justicia ya en su sentencia de 2008 en el asunto *Promusicae* puso de relieve la necesidad de conciliar las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales. En ese caso, por una parte, los derechos a la protección de la propiedad intelectual y a la tutela judicial efectiva y, por otra parte, el derecho al respeto de la intimidad.¹⁴ También el Tribunal de Justicia destacó no sólo que los Estados deben garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario en su legislación relativa a las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual sino que también corresponde a sus autoridades y órganos jurisdiccionales velar por que su aplicación no entre en conflicto con derechos fundamentales o con principios generales del Derecho comunitario, como el de proporcionalidad¹⁵.

III. Evolución de las medidas de observancia de los derechos de autor en la Unión Europea

6. La exigencia de un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales, como es el derecho a la vida

¹³ C. Geiger, “Intellectual Property Shall be Protected!?- Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope”, *EIPR*, 2009, pp. 113-117, p. 116.

¹⁴ STJ de 29 de enero de 2008, C- 275/06, *Promusicae*, ap. 65.

privada y a la protección de datos personales, ha alcanzado especial importancia como consecuencia de la evolución de las medidas adoptadas con vistas a combatir ciertas prácticas comunes en Internet como las vinculadas al intercambio o descarga de archivos con contenido protegido por la propiedad intelectual.¹⁶ Ante el limitado alcance de normas comunes en el seno de la UE, los diversos Estados miembros han reaccionado frente a la utilización masiva de redes P2P para el intercambio de contenidos protegidos por la propiedad intelectual y otros servicios que facilitan su descarga sin autorización de los titulares de derechos adoptando normas que prevén mecanismos específicos de sanción frente a esas conductas.¹⁷

El enfoque más extendido en el seno de la UE se basa en la implantación de mecanismos de sanción frente a los usuarios que intercambian archivos de ese tipo, que se fundan en el establecimiento de sistemas de respuesta gradual. Dichos sistemas contemplan la eventual interrupción del servicio de acceso a Internet de los usuarios que llevan a cabo esas prácticas, como mecanismo paralelo y complementario de sanción a la tutela civil y penal fundada en el ejercicio de acciones por la infracción de derechos de propiedad intelectual. Se trata de un modelo incorporado en los ordenamientos de varios Estados miembros, habiendo adquirido especial notoriedad la legislación francesa y la británica.

7. En Francia la *Loi n° 2009-669 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*¹⁸ impone la obligación a los abonados a un servicio de acceso a Internet de velar por que la conexión no sea empleada para infringir derechos de terceros, implantando un mecanismo de respuesta gradual bajo el control de la Alta

¹⁵ *Ibid.*, ap. 68.

¹⁶ A. González Gonzalo, “El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer”, *Pe.i.*, n° 28, 2008, pp. 13-68.

¹⁷ Más ampliamente, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Thomson-Reuters Civitas, Navarra, 2011, pp. 756-763.

¹⁸ *JORF* n°0135, de 13 de junio de 2009, p. 9666. Esta ley de 12 de junio de 2009 es conocida como Ley Hadopi, en referencia a la *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* (Hadopi), que se establece en dicha Ley

Autoridad o *Hadopi* que puede concluir con la interrupción del acceso a Internet del abonado, si bien el *Conseil constitutionnel*, para salvaguardar el derecho fundamental a la libertad de comunicación de ideas y opiniones, declaró contrarias a la Constitución las normas que hacían posible la privación del servicio de acceso a Internet sin una decisión judicial¹⁹. Determinante del carácter gradual de la respuesta es que como primer paso se contempla el envío de un mensaje por medio del proveedor de acceso a aquellos abonados respecto de los cuales los titulares de derechos hayan presentado ante la *Hadopi* elementos que revelen un incumplimiento de la obligación de que la conexión no sea utilizada en el marco de actividades que constituyan infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este primer mensaje comunica al abonado que se han detectado descargas ilegales a través de su conexión, le recuerda sus obligaciones en relación con el uso del acceso a Internet y le ordena que las respete, advirtiéndole de las sanciones previstas en caso de incumplimiento. Si persiste en el incumplimiento, la ley contempla el envío de un segundo aviso por un medio que permita acreditar la recepción por el abonado en el que se le insta nuevamente a poner fin a las prácticas de infracción. Por último, en el caso de perseverar en el incumplimiento, se contempla la posibilidad de acordar la interrupción temporal del servicio de acceso a Internet del abonado y la prohibición durante ese periodo de contratar el acceso con cualquier otro operador. Uno de los aspectos más controvertidos de este mecanismo es el relativo a la recogida y tratamiento de la información sobre las actividades de los abonados, que plantea especiales riesgos desde la perspectiva de la protección de datos personales. La puesta en marcha de la respuesta gradual parte de la comunicación por parte de los titulares de derechos a la *Hadopi* de ciertos elementos que revelen las actividades de infracción -típicamente descargas de contenidos con infracción de derechos- con respecto a direcciones IP, pudiendo la *Hadopi* instar a los proveedores de acceso para que procedan a la identificación de los titulares de las direcciones IP en cuestión.

¹⁹ Decisión núm. 2009-580 DC de 10 de junio de 2009.

Por su parte la *Digital Economy Act 2010* del Reino Unido²⁰ adoptada en abril de 2010 contempla la introducción de normas destinadas a reforzar la protección de la propiedad intelectual fundamentalmente para luchar contra el intercambio de archivos y otras actividades similares en Internet. Aunque en su aplicación práctica podría llevar a resultados en buena medida similares al criterio de los tres avisos del legislador francés, la legislación británica responde al menos en parte a un modelo propio. Sus disposiciones establecen ciertos mecanismos tendentes a restringir la prestación de servicios de acceso a Internet a quienes infrinjan derechos de propiedad intelectual, al tiempo que contempla también la posibilidad de que los tribunales adopten medidas para bloquear sitios de Internet a través de los que se infringen tales derechos.

8. Estos mecanismos de control y los establecidos en otras legislaciones de Estados de la UE que han optado por modelos semejantes tienen en común el que su aplicación se basa en el desarrollo previo por parte de ciertos particulares o entidades privadas -típicamente, los titulares de derechos o sus representantes- de actividades de supervisión masiva del tráfico en Internet que implican normalmente el control y almacenamiento de datos de tráfico susceptibles de ser considerados datos personales, en circunstancias en las que puede resultar controvertida la compatibilidad de tales actividades de supervisión con la normativa comunitaria sobre protección de datos y, muy especialmente, con los derechos fundamentales en esta materia.²¹ Se trata

²⁰ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100024_en.pdf. Acerca de su interpretación reviste gran importancia la sentencia de 6 de marzo de 2012 de la *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* en el asunto *British Telecommunications Plc. y TalkTalk Telecom Group Plc. contra Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport*, [2012] EWCA Civ 232, cuyas implicaciones en especial en relación con la interacción de esta normativa con el derecho a la protección de datos personales son objeto de análisis en apartados posteriores.

²¹ Aunque en un ámbito material diferente como es el relativo a la retención de datos de tráfico de Internet en relación con la investigación de delitos graves, cabe hacer referencia como reflejo de la importancia del derecho fundamental a la protección de datos personales a la sentencia del Tribunal constitucional rumano de 8 de octubre de 2009 - <http://www.legi-internet.ro/english/jurisprudenta-it-romania/decizii-it/romanian-constitutional-court-decision-regarding-data-retention.html>.- y del Tribunal constitucional alemán de 2 de marzo de 2010 -

además de un ámbito en el que entran en conflicto intereses muy diversos y las opciones de política legislativa tienen un extraordinario impacto social y económico, no sólo sobre la utilización de obras protegidas sino también en especial al considerar la posición del conjunto de los usuarios de Internet y otros actores implicados, muy especialmente, los proveedores de acceso a Internet y otros prestadores de servicios de intermediación, sobre los que se pretende hacer recaer la labor de supervisión.

La puesta en marcha de estos mecanismos de tutela de la propiedad intelectual puede basarse en el empleo de sistemas de supervisión de las comunicaciones electrónicas de muy amplio alcance, pues en ocasiones la aplicación de estas normas con respecto a los clientes de servicios de acceso a Internet que intercambian archivos se funda en que los titulares de derechos de propiedad intelectual llevan a cabo una actividad previa de fiscalización del tráfico en la Red. Esa actividad de supervisión va referida en realidad con gran frecuencia a datos personales pues precisamente son esos datos los que hacen posible conocer la identidad del usuario (en particular, en la medida en que incluyen la dirección IP), al tiempo que también comprende información sobre el contenido de los archivos transmitidos y en ocasiones puede implicar el tratamiento de información muy sensible incluso de personas que no cometen ninguna infracción pero cuyas actividades son también fiscalizadas en busca de eventuales infracciones.

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html - acerca de la inconstitucionalidad de normas adoptadas en transposición de la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Sobre las dudas acerca de la compatibilidad de esta Directiva con diversos derechos fundamentales de la Carta y del CEDH –entre otros, los derechos al respeto a la vida privada, la protección de datos de carácter personal y a la libertad de expresión- resulta muy relevante la petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland (Irlanda) en el asunto pendiente C-293/12, *Digital Rights Ireland*.

9. En España la llamada “Ley Sinde”²² -desarrollada por medio de RD 1.889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual- optó por un modelo de regulación diverso al de la respuesta gradual y que no se centra en la persecución de los usuarios. El legislador español al adoptar esta normativa rechazó esa última posibilidad, lo que cabe entender que puede resultar razonable, no tanto por el coste político de la introducción de tales mecanismos, sino porque precisamente la experiencia de otros países europeos ilustra, de momento, su lenta y muy escasa aplicación, así como los inciertos problemas legales asociados a su introducción, en particular los que plantea su compatibilidad con el derecho fundamental a la protección de datos personales (en todo caso, su escasa aplicación efectiva no excluye que la mera introducción de ese tipo de mecanismos basados en la sanción de los usuarios haya podido producir un efecto disuasorio). La “Ley Sinde” no modifica la legislación sobre propiedad intelectual ni el Código Penal en lo que concierne a la determinación de qué actividades son ilícitas. Básicamente lo que crea es un mecanismo para que un órgano administrativo pueda declarar acreditada la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable de un servicio de la sociedad de la información y que dicho órgano pueda ordenar a ese prestador “la retirada de los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento”.

La función asignada en esta normativa a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo como encargados de autorizar la ejecución de las medidas acordadas por un órgano como la Comisión de la Propiedad Intelectual resulta insólita y poco apropiada. Tratándose de la defensa de derechos privados en

²² Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 05.03.11), por la que se modifican la LSSI, el RD legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y la Ley 29/1998, reguladora

relación con supuestos que constituyen infracción de derechos de la propiedad intelectual, la vía adecuada para obtener la cesación de esas conductas debe ser el ejercicio de acciones civiles o, en su caso, penales. A ese respecto, la gran aportación de este mecanismo parece ser que permite a los titulares de derechos acudir a la mencionada Comisión para tramitar este procedimiento, dejando a un lado la vía civil o la penal (ciertamente, supuestos en los que se prevé que actúe la Comisión conforme al art. 13.3 RD 1.889/2011 pueden ser constitutivos de infracción penal, pero el art. 13.4 contempla que la Comisión siga actuando salvo que el órgano jurisdiccional penal ordene lo contrario) y con ello el ejercicio de otras acciones frente a los responsables como las indemnizatorias.

10. No sólo para los eventuales infractores sino también para los titulares de derechos cabe entender que lo apropiado sería que en estos casos el titular de los derechos acudiera –y pudiera encontrar cuando corresponda conforme a Derecho– tutela efectiva por la vía civil y penal, como ocurre típicamente en los países de nuestro entorno de la UE, en los que –dejando de nuevo a un lado los mecanismos destinados a sancionar a usuarios– no ha tenido lugar una creación de órganos administrativos con el fin específico de declarar las infracciones de derechos de propiedad intelectual en estos casos (cuestión muy distinta podría ser la introducción de mecanismos específicos con respecto a la aplicación de sistemas de detección y retirada de contenidos por prestadores de servicios intermediarios). Como dice el artículo 13.3 RD 1.889/2011 reproduciendo el nuevo artículo 158.4 LPI, la actividad de la Comisión de la Propiedad Intelectual en este ámbito se limita “a los casos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual, por el responsable de un servicio de la sociedad de la información, siempre que dicho responsable, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar

de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

un daño patrimonial al titular de tales derechos” y las medidas que puede adoptar se limitan a ordenar a ese prestador la retirada de los contenidos o la suspensión del servicio (art. 22.2 RD 1.889/2011) y en caso de incumplimiento de tal orden la suspensión del servicio por el prestador intermediario que corresponda (art. 22.3). Pero en nuestro ordenamiento el ejercicio de acciones en la vía civil permite obtener (como en el resto de los Estados de la UE) ordenes de ese tipo no sólo contra quienes infringen derechos sino también contra prestadores intermediarios cuyos servicios son utilizados para la infracción, incluso si el intermediario no puede ser considerado responsable de infracción alguna y con independencia de que se beneficie o no de las normas específicas sobre limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios.

11. Desde la perspectiva comparada cabe reseñar que las decisiones de la *High Court (Chancery Division)* inglesa en el asunto *Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications PLC* de 28 de julio de 2011²³ y 26 de octubre de 2011²⁴. En este asunto la *High Court* accedió a la petición de seis de los principales estudios cinematográficos estadounidenses de imponer al proveedor de acceso a Internet British Telecom medidas de bloqueo a todas las direcciones IP y URLs desde las que se pueda acceder al sitio web conocido como Newzbin o Newzbin2 en el que se infringían derechos de propiedad intelectual de los estudios demandantes. Antecedente de este asunto es una decisión previa en la que los tribunales ingleses a petición de esos demandantes habían ordenado la cesación de sus actividades infractoras de la propiedad intelectual a la sociedad Newzbin Ltd que operaba ese sitio de Internet. Aunque el sitio web había cesado su actividad posteriormente volvió a estar disponible con una actividad similar pero en circunstancias en las que sus responsables resultaban desconocidos y parecían operar desde el extranjero, lo que

²³ [2011] EWHC 1981 (Ch).

²⁴ [2011] EWHC 2714 (Ch).

obstaculizaba la posibilidad de hacer efectivo el mandato de cesación en el Reino Unido. Ante esa situación, los estudios cinematográficos optaron por solicitar al tribunal la imposición al principal proveedor de acceso a Internet del Reino Unido de medidas para bloquear el acceso (de sus clientes) al sitio infractor, poniendo de relieve que de tener éxito los demandantes se proponían solicitar posteriormente medidas similares contra otros proveedores británicos de acceso a Internet. Como ha quedado dicho, la *High Court* accedió a la petición de los demandantes, lo que da pie a ciertas reflexiones.

Esta decisión refleja un importante mecanismo de reacción por la vía civil frente a actividades de infracción de la propiedad intelectual llevadas a cabo a través de servicios de la sociedad de la información que escapan al alcance de la jurisdicción en la que los derechos resultan lesionados, que se funda en una posibilidad semejante a la prevista en el ordenamiento español en el artículo 139.1.h) LPI, según el cual las medidas de cesación de la actividad ilícita pueden comprender: “La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSI”. En relación con la situación en España, donde el potencial de nuestro ordenamiento para una más eficaz tutela de la propiedad intelectual en Internet (antes ya de la negativa aportación que representa la llamada “Ley Sinde”) se ha visto lastrado por cierta confusión jurisprudencial en el ámbito civil en relación con el significado de las acciones de cesación dirigidas contra intermediarios²⁵, decisiones como las reseñadas en el asunto *Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications PLC* son muy significativas porque ilustran el potencial en este entorno del ejercicio de acciones contra los intermediarios, pues determinante en la decisión de la *High Court* es la aplicación del artículo 11 Directiva 2004/48 (y

²⁵ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., pp. 776-780.

artículo 8.3 Directiva 2001/29/CE) a la luz de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 2011 en el asunto *L’Oreal*.²⁶

En la Sentencia *L’Oreal* el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el significado de la previsión del artículo 11 Directiva 2004/48 sobre la tutela de los derechos de propiedad intelectual que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar “que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un [requerimiento] judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual”. Según el Tribunal se trata de una disposición que no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, derivándose de esa norma la exigencia de que los Estados miembros garanticen que ciertos prestadores intermediarios (en el asunto litigioso, un operador de un mercado electrónico como eBay) pueden verse obligados a adoptar, además de medidas destinadas a poner término a las infracciones de derechos de propiedad intelectual causadas por los usuarios de sus servicios, medidas destinadas a evitar que se produzcan nuevas lesiones de este tipo. Como ejemplo de las medidas que pueden adoptarse, la sentencia menciona la imposición al operador del mercado electrónico de la obligación de suspender la cuenta del usuario que vulneró los derechos de marca para evitar que vuelva a cometer infracciones en relación con las mismas marcas. Asimismo, la sentencia prevé que puede dirigirse un requerimiento al operador de un mercado electrónico para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes vendedores, destacando que quien actúa en el tráfico comercial y no en el ámbito de la esfera de su vida privada debe ser claramente identificable, de modo que en tales circunstancias la protección de datos personales no debe ser un obstáculo a su identificación (ap. 142) si bien reitera la necesidad de garantizar el equilibrio entre los derechos y deberes implicados (ap. 143 con expresa referencia a la sentencia *Promusicae*). En relación con la potencial repercusión de esta sentencia, debe tenerse presente que la posibilidad de adoptar requerimientos

²⁶ STJ de 12 de julio de 2011, C-324/09, *L’Oreal*.

contra los prestadores intermediarios aparece además recogida en el artículo 8.3 Directiva 2001/29/CE en relación con los derechos de autor. Desde la perspectiva de la práctica española se trata de una cuestión de gran trascendencia –especialmente en el contexto de los derechos de autor- que debe condicionar la evolución de la práctica de nuestros tribunales, habida cuenta de que varias decisiones de tribunales españoles han negado la posibilidad de ejercitar acciones de cesación o tendentes a la suspensión de la prestación de algunos de sus servicios frente a tales intermediarios.²⁷ En la medida en que tal negativa se ha fundamentado en la circunstancia de que así resultaba de la circunstancia de que esos intermediarios reunían los requisitos para beneficiarse de la limitación de responsabilidad del artículo 14 DCE (16 LSSI) cabe considerar que la negativa a la adopción de las medidas no resultaba justificada y contrasta abiertamente con el contenido y fundamento de los artículos 8.3 Directiva 2001/29/CE y 11 Directiva 2004/48/CE (así como de las normas españolas de transposición), lo que viene a quedar confirmado a la luz del significado que según el Tribunal de Justicia debe atribuirse al mencionado artículo 11 (y a su equivalente en el ámbito de los derechos de autor, el art. 8.3 Directiva 2001/29).

12. Ciertamente, para una efectiva tutela de los derechos de propiedad intelectual en Internet resulta relevante la posibilidad de imponer a proveedores locales de acceso a Internet (en este caso españoles) el bloqueo (a sus clientes) del acceso a ciertos servicios de Internet (en concreto, típicamente a las URLs desde las

²⁷ Vid. Sentencia de 20 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid en el asunto *Telecinco c. YouTube*. En el Fundamento de Derecho 4º de esta sentencia se considera “de una evidencia cegadora” que el texto de los artículos 138 y 139 LPI elimina de raíz la posibilidad de interponer una acción de cesación frente a los intermediarios que queden exentos de responsabilidad conforme al artículo 16 LSSI. No obstante, cabe entender que en realidad es todo lo contrario. La posibilidad de adoptar medidas de cesación frente a intermediarios que queden exentos de responsabilidad conforme al artículo 16 LSSI (14 DCE) resulta una exigencia tanto de la Directiva 2001/29/CE como de la Directiva 2004/48/CE; al tiempo que es algo que contempla expresamente el artículo 14.3 DCE y es bien conocido que resulta necesario interpretar de conformidad con esta norma el artículo 16 LSSI, así como es necesario interpretar la LPI de conformidad con la Directiva 2001/29/CE.

que están accesibles), pues ello permite reaccionar frente a prestadores de servicios (infractores) que se encuentran establecidos fuera del país al que pertenece el tribunal pero cuyas actividades producen efectos significativos en ese país, sin tener que proceder a la ejecución de la decisión en el extranjero. En España, en el marco del mecanismo de la “Ley Sinde” el artículo 22.3 RD 1.889/2011 puede llevar a adoptar tales medidas, pero no cabe desconocer que esto no resulta en realidad una innovación con respecto a lo que ya previamente era posible –conforme a la LPI y la LSSI- en el marco del ejercicio de acciones penales y civiles por infracción de la propiedad intelectual.

Sobre este punto precisamente cabe pensar que en la redacción del RD 1.889/2011 se desliza –sin duda de manera involuntaria- una restricción para la posición de los titulares de derechos que no viene exigida por el Derecho de la UE. En concreto, el último inciso del párrafo segundo del apartado IV de la Exposición de Motivos del RD sólo contempla que se impida el acceso “a servicios o contenidos... de prestadores establecidos fuera de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”. En realidad, habida cuenta de que este mecanismo va referido únicamente a infracciones de la propiedad intelectual carece de justificación excluir (si bien puede pretenderse encontrar el origen de esta deficiencia en la propia LSSI) la posibilidad de bloquear el acceso desde España a prestadores establecidos en la UE o en el EEE. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 3 y en el Anexo I de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (que incorpora la LSSI) pues dicho Anexo prevé de manera expresa que tales restricciones –las relativas al bloqueo del acceso a los servicios de prestadores establecidos en un Estado Miembro- no operan en el ámbito de la propiedad intelectual (lo que tiene su reflejo en el art. 3.1.a LSSI). En todo caso, el alcance de la eventual afectación de otros derechos fundamentales como consecuencia de tales medidas de bloqueo de acceso refuerza la idea de que el ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil y penal resulta una vía más apropiada

para la adopción de tales medidas que el diseño de un mecanismo como el desarrollado en este RD.

13. Aunque el mecanismo que desarrolla el RD 1.889/2011 no esté destinado a sancionar a los usuarios, el respeto al derecho a la protección de los datos personales de tales usuarios puede presentar especial relevancia en relación con su eventual tratamiento por los titulares de derechos de propiedad intelectual de cara a acreditar la explotación de la obra o el ánimo de lucro en el supuesto responsable o los daños causados al titular. En relación con los mecanismos legales instaurados para combatir ciertas prácticas potencialmente infractoras de la propiedad intelectual en Internet y sancionar civilmente a los usuarios que participan en las misma reviste especial importancia el control de los límites dentro de los cuales cabe requerir a prestadores de servicios de intermediación que proporcionen los datos que puedan conducir a la identificación de los usuarios a los que se pretende exigir responsabilidad.

A esos efectos la llamada “ley Sinde” introdujo en la legislación española un nuevo apartado segundo en el artículo 8 LSSI, que prevé la posibilidad de que los órganos competentes puedan requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora de la propiedad intelectual. Ciertamente, no cabe desconocer que desde la perspectiva de los titulares de derechos una aportación significativa de esta normativa es que contempla un mecanismo específico para obtener la identificación del responsable del servicio, lo que tiene su reflejo en el artículo 18 del RD 1.889/2011. No obstante, precisamente a la luz del estado del Derecho de la UE sobre protección de datos en la aplicación del texto de la LES y del RD sobre este resulta de gran importancia valorar si contiene todos los elementos precisos para asegurar un justo equilibrio entre la tutela de los derechos de propiedad

intelectual y el derecho fundamental a la protección de datos personales (que sorprendentemente no aparece mencionado en el último párrafo del apartado IV de la Exposición de Motivos del RD entre aquellos derechos fundamentales con los que es preciso lograr tal equilibrio).

IV. Dimensión internacional: ACTA

14. El desarrollo a escala internacional de estándares específicos en materia de observancia de la propiedad intelectual en las redes digitales ha sido objeto de especial atención en el marco del Acuerdo Comercial contra la Falsificación (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), más conocido como ACTA.²⁸ Se trata de una cuestión acerca de la cual las negociaciones de este acuerdo, que tuvieron lugar de manera reservada desde 2007, generó mucha preocupación, hasta el punto de que cuando el 21 de abril de 2010 se hizo público oficialmente por primera vez el texto del Borrador del Acuerdo se presentó con carácter previo una Declaración conjunta que destacaba que finalmente no se preveía incluir en el Acuerdo ningún mecanismo de control de las infracciones de derechos de autor en Internet del tipo del sistema de los tres avisos, como el instaurado poco antes en Francia y en otros países.

La eventual inclusión de este tipo de medidas y su potencial impacto sobre los usuarios de Internet era una de las cuestiones que habían suscitado más expectación y polémica al hilo de las filtraciones previas sobre las negociaciones. A este respecto, cabe reseñar que el Supervisor Europeo de Protección de Datos puso de relieve en un Dictamen relativo a las negociaciones del ACTA que una legislación de ese tipo puede resultar contraria a la normativa comunitaria sobre protección de datos personales, destacando que impone medidas de control generalizado sobre el

²⁸ El texto final puede verse en la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino

conjunto de los usuarios que resultan desproporcionadas, existiendo medidas alternativas a disposición de los titulares de derechos de propiedad industrial y de las autoridades competentes que podrían resultar eficaces.²⁹

15. Pese a que ciertamente el Acuerdo no impone el establecimiento de mecanismos de respuesta gradual, su texto final contempla normas de gran trascendencia con respecto a la regulación de las actividades desarrolladas a través de Internet. Interesa detenerse en la Sección 5 del Capítulo II, dedicada a la tutela de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. Desde la perspectiva de la UE, cabe señalar que el ACTA no era el marco adecuado para regular aspectos complejos que no han sido todavía objeto de armonización en el seno de la UE. Por ello, debe ser bien valorado que finalmente no se incluyeran en su texto normas que prevean la adopción de mecanismos específicos frente a infracciones a través de ciertos servicios como los fundados en una respuesta gradual o sistema de los tres avisos que puede concluir con la terminación del contrato de acceso a Internet de los usuarios afectados.

En este sentido, la solución adoptada en el ACTA en lo relativo a la interacción entre derechos de propiedad intelectual y derecho fundamental a la protección de datos personales en el marco de los procesos por infracción en el entorno digital y la eventual obligación de ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información de proporcionar datos sobre usuarios de sus servicios, se funda en atribuir en normas no vinculantes un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, como refleja la disposición más relevante en la materia contenida

de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza, COM(2011) 380 final, de 24 de junio de 2011.

²⁹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA), DO C 147 de 5.6.2010, p. 1.

en el artículo 27.4 ACTA³⁰, que cabe entender que se corresponde con los límites a la armonización de esta cuestión en la UE, en línea con el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Promusicae*, antes mencionado. No obstante, a la luz de la flexibilidad y falta de precisión de los términos del texto final del Acuerdo, en su segundo Dictamen sobre el ACTA³¹ el Supervisor Europeo de Protección de Datos ha insistido en que muchas de las medidas previstas en el contexto de la observancia de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital implicarían la supervisión del comportamiento de los usuarios y sus comunicaciones electrónicas en Internet y pueden llegar a interferir en los derechos a la intimidad, la protección de datos y la confidencialidad de las comunicaciones si no se aplican de manera adecuada.

Cabe reseñar, en particular, su preocupación en relación no sólo con el artículo 27.4 sino también con la referencia contenida en el artículo 27.3 ACTA a que “cada Parte procurará promover esfuerzos de cooperación dentro de la comunidad empresarial, para tratar de forma eficaz las infracciones de marcas de fábrica o de comercio y los derechos de autor o derechos conexos”; en la medida en que su vinculación con el deseo expresado en el preámbulo “de promover la cooperación entre los proveedores de servicios y titulares de los derechos para enfrentar las infracciones pertinentes en el entorno digital” pueda facilitar la puesta en marcha de

³⁰ En concreto, el artículo 27.4 ACTA establece: “Una Parte podrá establecer, conforme a sus leyes y reglamentos, que sus autoridades competentes estén facultadas para ordenar a un proveedor de servicios en línea, que divulgue de forma expedita al titular de los derechos, información suficiente para identificar a un suscriptor cuya cuenta se presume fue utilizada para cometer una infracción, cuando dicho titular de los derechos haya presentado una reclamación con suficiente fundamento jurídico de infracción de marca de fábrica o de comercio o derechos de autor y derechos conexos, y donde dicha información se busque para efectos de protección u observancia de dichos derechos. Estos procedimientos serán implementados de forma tal que eviten la creación de obstáculos para actividades legítimas, incluido el comercio electrónico y, conforme a la legislación de cada una de las Partes, que preserven los principios fundamentales tales como libertad de expresión, procesos justos y privacidad.”

³¹ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the proposal for a Council Decision on the Conclusion of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement between the European Union and its Member States, Australia, Canada, Japan, the Republic of Korea, the United Mexican States, the

una supervisión de amplio alcance del tráfico de datos en Internet, para controlar ciertas conductas y poder conocer el contenido de los archivos objeto de intercambio o de descarga por usuarios así como obtener la información que permita eventualmente identificar a quienes introducen los archivos, los intercambian o descargan a través de Internet. En el apartado 70 de dicho Dictamen el Supervisor concluye que resulta preciso asegurar que las medidas de tutela que puedan adoptarse en el seno de la UE como consecuencia de una eventual participación en el ACTA respeten que la afectación a la protección de datos resulta proporcional al objetivo perseguido de tutelar la propiedad intelectual, lo que considera que excluye medidas amplias de supervisión de las actividades y comunicaciones de los usuarios de Internet, en particular en relación con vulneraciones de la propiedad intelectual de escasa entidad. En este contexto, mediante votación celebrada el 4 de julio de 2012 el Parlamento Europeo rechazó la ratificación por la UE de este Acuerdo.

V. Intimidad y protección de datos

16. En el debate sobre la tutela de la propiedad intelectual en Internet y los posibles límites que para la configuración de las medidas de protección a favor de los titulares de derechos derivan del derecho fundamental a la protección de datos personales, resultan de gran interés tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia. Por una parte, la sentencia en el asunto *SABAM*³² debe ser analizada conjuntamente con la pronunciada un par de meses antes también por el Tribunal de Justicia en el asunto *Scarlet Extended*³³. Ciertamente, la sentencia *SABAM* viene a confirmar en relación con los prestadores de servicios de alojamiento de datos en general -y los proveedores de redes sociales en particular- el criterio ya establecido por el Tribunal

Kingdom of Morocco, New Zealand, the Republic of Singapore, the Swiss Confederation and the United States of America 24 de abril de 2012, <<http://www.edps.europa.eu/>>.

³² STJ de 16 de febrero de 2012, C-360/10, *SABAM*.

³³ STJ de 24 de noviembre de 2011, C- 70/10, *Scarlet Extended*.

de Justicia con respecto a los proveedores de acceso a Internet en su sentencia *Scarlet Extended* en lo que concierne a ciertos límites que las medidas de tutela de la propiedad intelectual deben respetar.

En el origen de estas sentencias se encuentran sendos litigios ante los tribunales belgas entre una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual (SABAM) y un proveedor de acceso a Internet (en el asunto *Scarlet*) y un proveedor de una red social (en el asunto *SABAM*). Tras constatar la infracción de derechos respecto de las obras musicales del repertorio de la demandante mediante la utilización por terceros de los servicios del proveedor de acceso a Internet y del proveedor de la red social, la parte demandante pretendía en ambos casos la adopción de mandamientos judiciales que exigieran a la parte demandada (proveedor de acceso a Internet o proveedor de red social) la instauración de medidas de supervisión generalizada de amplísimo alcance. En concreto, en el asunto *SABAM* la demandante instaba un mandamiento judicial que impusiera al prestador de servicios de red social la instauración de un sistema de filtrado de la información alojada por sus usuarios aplicable con carácter preventivo a toda su clientela, exclusivamente a expensas del prestador de tales servicios y sin limitación de tiempo. Tal medida tenía su origen en que la entidad de gestión de derechos demandante consideraba que la red social ofrecía a sus usuarios la posibilidad de utilizar, a través de su perfil, obras musicales y audiovisuales de su repertorio. El resultado de ambas sentencias es que la imposición a esos proveedores intermediarios de medidas de amplio alcance de supervisión del tráfico de sus usuarios con el propósito de controlar si éstos intercambian contenidos que infringen los derechos de propiedad intelectual pueden resultar contrarias al Derecho de la UE. En particular, tales medidas de supervisión menoscabarían el derecho a la a la protección de datos de carácter personal, ya que un sistema de filtrado como ese implicaría, por ejemplo, un análisis sistemático de las informaciones relativas a los perfiles de los usuarios de la red social que son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar, en principio, a tales

clientes, al igual que las direcciones IP de los usuarios de los servicios de acceso a Internet. Ciertamente, la sentencia *SABAM* destaca que las informaciones relativas a los perfiles de las redes sociales son típicamente datos personales ya que permiten, en principio, identificar a sus clientes. Previamente, ya la sentencia en el asunto *Scarlet Extended* había confirmado la condición de dato personal de la dirección IP.

17. Reflejo de la importancia que tiene la protección de datos personales como límite a las disposiciones específicas introducidas en los ordenamientos de varios Estados miembros de la UE para proteger los derechos de propiedad intelectual frente a sistemas de intercambio de archivos u otras vías utilizadas supuestamente para la infracción de tales derechos en Internet, es la posterior sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Bonnier*.³⁴ La aplicación efectiva de esos mecanismos legales presupone el tratamiento (y la comunicación) de datos personales de los supuestos responsables de las infracciones o incluso de otros usuarios en general cuyas actividades puedan ser determinantes para apreciar la infracción de tales derechos. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-461/10, *Bonnier*, aborda precisamente en relación con la legislación sueca los límites dentro de los cuales la autoridad judicial en el marco de un proceso civil por infracción de la propiedad intelectual puede requerir a prestadores de servicios de intermediación que proporcionen los datos de tráfico que puedan conducir a la identificación de los usuarios de sistemas de intercambio de archivos que los han utilizado para la supuesta infracción de derechos.

La aportación de la sentencia *Bonnier* debe ser apreciada en función de su valor para precisar cuáles son los límites a la aplicación de esos mecanismos que derivan de la interacción entre los derechos fundamentales en materia de protección de datos personales y de la vida privada, por un lado, y en materia de protección de la propiedad intelectual por otro, desarrollando las decisiones previas del Tribunal de

³⁴ STJ de 19 de abril de 2012, C-461/10, *Bonnier*.

Justicia al respecto, en particular, la sentencia *Promusicae* ya mencionada.³⁵ Aspecto clave de la sentencia es la valoración de si el contenido de la legislación sueca sobre este punto es compatible con el derecho fundamental a la protección de datos personales y los límites que eventualmente éste puede imponer a su aplicación.

18. La disposición básica sobre el particular de la normativa sueca analizada en la sentencia, es decir, el artículo 53 c de la Ley sobre los derechos de autor³⁶ encuentra su fundamento en el Derecho de la UE principalmente en la previsión contenida en el artículo 8.1 de la Directiva 2004/48. Este precepto establece que los Estados miembros deben garantizar que en los procedimientos por infracción de la propiedad intelectual las autoridades judiciales con base en una petición proporcionada del demandante puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios, entre otras, a cualquier persona que haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras. En su sentencia *Bonnier* el Tribunal de Justicia se muestra en principio favorable a considerar que una normativa como la sueca pueda ser compatible con el derecho fundamental a la protección de datos y encontrar amparo en la Directiva 2004/48, en la medida en que las normas en cuestión permitan al tribunal que debe decidir si adopta el requerimiento de datos personales ponderar los

³⁵ Así como en el Auto TJ de 19 de febrero de 2009, C 557/07, *LSG Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*.

³⁶ Un extracto de esa norma, reproducida en el apartado 19 de la Sentencia, es el siguiente: “Cuando el demandante presente pruebas evidentes de que se han vulnerado los derechos de autor sobre una obra prevista en el artículo 53, los órganos jurisdiccionales podrán ordenar, so pena de sanciones, a las personas mencionadas en el segundo párrafo que faciliten la información relativa a la fuente y a la red de distribución de los bienes o servicios que infringen o vulneran un derecho (requerimiento judicial de revelación de información).[...]”

La obligación de revelación de información afecta a cualquier persona: 1º) autora o cómplice de la vulneración o infracción del derecho; 2º) que haya dispuesto a escala comercial de un bien que vulnere o infrinja un derecho; 3º) que haya utilizado a escala comercial un servicio que vulnere o infrinja un derecho; 4º) que haya prestado a escala comercial un servicio de comunicación electrónica o de otro tipo utilizado para cometer la infracción o vulneración del derecho, o 5º) que haya sido identificada por una de las personas a las que se refieren los apartados 2º) a 4º) supra

intereses contrapuestos existentes, con especial referencia al principio de proporcionalidad. Se trata de una conclusión que resulta sin duda coherente con la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en la materia –en particular, la sentencia *Promusicae* y en el auto *LSG- Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten-* y deja claro que los mecanismos legales relativos a la tutela civil de la propiedad intelectual pueden incluir la posibilidad de que los tribunales competentes requieran a prestadores de servicios de Internet la comunicación de datos personales que puedan ser relevantes para la tutela de los derechos de propiedad intelectual supuestamente infringidos.

19. Ahora bien, tras la sentencia *Bonnier* quedan muchas cuestiones abiertas y un marco normativo en el seno de la UE susceptible de generar inseguridad jurídica. La más obvia de esas cuestiones abiertas se desprende precisamente del párrafo del fallo que remite a la jurisdiccional nacional la valoración en el caso concreto acerca de si la legislación en cuestión es respetuosa con la exigencia de que “el fin perseguido por dicho requerimiento sea más importante que el daño o perjuicio que se puedan causar a la persona afectada o a otros intereses contrapuestos”. Esta exigencia resulta determinante para asegurar el equilibrio a la luz de las circunstancias del caso concreto entre, de una parte, el derecho de propiedad intelectual y, de otra, el derecho de protección de datos, sin que el Tribunal aporte criterios adicionales al respecto. Se trata de un planteamiento que otorga una gran trascendencia a la apreciación judicial, en términos alejados de la tradición continental y que puede comprometer la seguridad jurídica así como la exigencia de interpretación vinculada a los objetivos de integración en el seno de la UE.

Pero, cabe destacar otros dos importantes elementos de incertidumbre que persisten en relación con la compatibilidad de ese tipo de legislaciones y el derecho

como participante en la producción o distribución de un bien o en la prestación de un servicio que vulnere o infrinja un derecho.[...]”

fundamental a la protección de datos personales (y la normativa que lo desarrolla). El primero de esos elementos se desprende de la comparación de la sentencia con las conclusiones del Abogado General Jääskinen sobre este mismo asunto.³⁷ Aparentemente las conclusiones resultaban más restrictivas en lo que se refiere a los límites de ese tipo de legislaciones para la tutela de la propiedad intelectual. En concreto, en el apartado 60 de sus conclusiones el Abogado General consideraba que: “Para que sea posible la comunicación de datos personales, el Derecho comunitario exige que la legislación nacional establezca una obligación de conservación, con el fin de precisar las categorías de datos que hay que conservar, el fin de la conservación, su duración y las personas con acceso a los mismos. El uso de bases de datos existentes para fines distintos a los establecidos por el legislador es contrario a los principios de protección de datos personales”. En línea con esta afirmación en el apartado 62 el Abogado General concluyó que: “...no procede privilegiar a los titulares de derechos de propiedad intelectual permitiéndoles el uso de datos personales legalmente recogidos o conservados para fines ajenos a la protección de sus derechos. La recopilación y utilización de dichos datos para tales fines respetando el Derecho comunitario en materia de protección de datos personales requeriría la previa adopción por el legislador nacional de disposiciones detalladas, conforme al artículo 15 de la Directiva 2002/58”. Se trata de una exigencia muy importante en la medida en que determina que los requerimiento de comunicación de datos deban ir referidos a datos conservados para esa finalidad de protección de la propiedad intelectual en virtud de obligaciones legales impuestas a los prestadores de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 Directiva 2002/85/CE.³⁸ La sentencia *Bonnier* aparentemente no hace referencia a esta cuestión, de modo que cabría sostener que la compatibilidad con el marco legal en materia de protección de

³⁷ Conclusiones presentadas el 17 de noviembre de 2011.

³⁸ Directiva 2002/58/CE, 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) (DO L 201/37, de 31.7.2002).

datos de ese tipo de legislaciones para la tutela de la propiedad intelectual no se subordina a la existencia previa de normas que impongan la obligación de retener los datos con la específica finalidad de ser comunicados cuando medie requerimiento por ser relevantes en procesos civiles relativos a la tutela de la propiedad intelectual. Ahora bien, al inicio de su fundamentación jurídica, en el apartado 37 de la sentencia, el Tribunal de Justicia incluye la siguiente afirmación como presupuesto del resto de su análisis: “Interesa señalar, con carácter preliminar, por una parte, que el Tribunal de Justicia se basa en la premisa de que los datos que son objeto del procedimiento principal se han conservado con arreglo a la normativa nacional, respetando los requisitos establecidos en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.” El Tribunal en la sentencia no aporta ninguna precisión adicional acerca cómo deben ser interpretados los requisitos establecidos en ese artículo y no descarta de manera expresa la interpretación de los mismos llevada a cabo por el Abogado General. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el mero almacenamiento de datos personales constituye una intromisión en el derecho a la vida privada de los afectados que aunque puede llegar a estar legitimado en ciertos casos requiere en todo caso la previsión en normas legales.³⁹

20. Un último elemento de incertidumbre tiene que ver con que para la adopción de medidas este tipo de legislaciones se basan típicamente en que “el demandante presente pruebas evidentes de que se han vulnerado los derechos de autor sobre una obra” –como dice la legislación sueca a la que va referida esta sentencia- (por su parte en España el art. 17.2 RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual –si bien es cierto que se basa en un modelo distinto no centrado en la sanción de los usuarios- hace referencia a que el titular de los derechos debe aportar la información que

³⁹ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, ap. 44.

acredite que la obra o prestación está siendo objeto de explotación a través del servicio de la sociedad de la información objeto de la solicitud, así como los datos de los que disponga que coadyuven a identificar al responsable...). En relación con este presupuesto de la aplicación de estas legislaciones de protección de la propiedad intelectual parece resultar también muy relevante que en la medida en que el titular de derechos aporte datos personales (por ejemplo, datos de los usuarios del servicio para acreditar que éste se usa para infringir derechos en España) dichos datos deberán haber sido recopilados y tratados por el titular de los derechos respetando el derecho a la protección de datos de los usuarios afectados.

No obstante, en la jurisprudencia nacional resulta de particular interés la práctica reciente en el Reino Unido, en concreto la sentencia de la Court of Appeal (Civil Division) de 6 de marzo de 2012, en el asunto *British Telecommunications Plc. y TalkTalk Telecom Group Plc. contra Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport*.⁴⁰ Esta sentencia referida a la impugnación de la normativa británica sobre la tutela de la propiedad intelectual en Internet contenida en la *Digital Economy Act* de 2010, aborda, entre otras cuestiones, su compatibilidad con la normativa europea sobre protección de datos personales, proporcionando una respuesta afirmativa y cuestionando el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el particular antes reseñado. Dicha conclusión se basa en la sentencia *Promusicae* del Tribunal de Justicia, así como en el criterio de que tratándose de datos de tráfico el artículo 15 de la Directiva 2002/58 debe ser entendido en el sentido de que permite a los Estados miembros limitar los derechos que en relación con el tratamiento de los datos de tráfico establece el artículo 6 de la Directiva, cuando la limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la propiedad intelectual.⁴¹

⁴⁰ [2012] EWCA Civ 232

⁴¹ En esta línea resulta de interés la STEDH de 2 de diciembre de 2008, *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, si bien en el ámbito de la persecución de ilícitos penales.

VI. Actividades de supervisión y libertades de información, expresión y empresa

21. Básico en el análisis que lleva a cabo el Tribunal de Justicia tanto en *Scarlet Extended* como en *SABAM* es que la fijación de los límites dentro de los cuales medidas de ese tipo fundadas en el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual son admisibles requiere una ponderación entre diversos derechos fundamentales, atribuyendo una particular importancia no sólo al derecho fundamental a la protección de datos de los usuarios, sino también a la libertad de empresa de los prestadores de servicios de Internet así como del derecho a la libertad de información, que considera que pueden resultar menoscabados como consecuencia de la imposición de obligaciones de supervisión de conductas en Internet tendentes a evitar ciertas infracciones de la propiedad intelectual.

En la sentencia *SABAM* el Tribunal confirma que tratándose de medidas de supervisión de ese tipo y alcance tan general también su imposición con respecto a prestadores de servicios de alojamiento de datos resulta contraria al Derecho de la UE no sólo por infringir la prohibición de imponer una obligación general de supervisión establecida en el artículo 15 de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico sino además por vulnerar la libertad de empresa del prestador de servicios de alojamiento (red social), vulnerar eventualmente la libertad de información de los usuarios en la medida en que el sistema de filtrado no distinga adecuadamente entre contenidos lícitos e ilícitos y el derecho fundamental a la protección de datos de los usuarios.

22. Punto de partida para valorar la ilicitud de las medidas objeto de las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a estos dos asuntos es que obligar a un prestador de servicios intermediario, como los proveedores de acceso a Internet o de alojamiento de datos, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de

propiedad intelectual resulta incompatible con el artículo 15.1 de la Directiva 2001/31, que prohíbe la imposición de una obligación general de supervisar los datos que los intermediarios transmitan o almacenen. Ahora bien, más allá de su incompatibilidad con esa prohibición así como con la exigencia del artículo 3.1 Directiva 2004/48 sobre el respeto a la propiedad intelectual de que las medidas para garantizar la tutela de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas, de estas dos sentencias resulta ahora que una medida de supervisión tan amplia puede también vulnerar otros derechos fundamentales, ya que resulta esencial que la configuración de las medidas asegure un justo equilibrio entre la protección del derecho a la propiedad intelectual y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por tales medidas.

Por una parte, resultaría vulnerado el derecho a la libertad de empresa que ampara a los prestadores de servicios de intermediación, habida cuenta de que una supervisión de alcance tan amplio como la resultante de las medidas objeto del litigio principal podría implicar una vulneración sustancial de tal libertad, en la medida en que obliga al intermediario a establecer un sistema de supervisión gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas que abarca prácticamente la totalidad de la información almacenada en la red del prestador de servicios afectado. Por otra parte, medidas de supervisión de esa naturaleza menoscabarían la libertad de recibir o comunicar informaciones en el caso de que la insuficiente distinción por parte del sistema entre contenidos lícitos e ilícitos tenga como consecuencia el bloqueo de contenidos lícitos. Con respecto a esta última libertad, cabe reseñar que la jurisprudencia del TEDH ha destacado el importante papel de Internet –vinculado a su accesibilidad y capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información- para el acceso del público a información y para la difusión de ésta.⁴²

⁴² STEDH de 10 de marzo de 2009, *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, nos. 3002/03 and 23676/03, § 27.

23. Si bien en el litigio principal en el asunto *SABAM*, al igual que en el asunto *Scarlet*, el mandato de supervisión tiene su origen en una decisión judicial, el análisis que lleva a cabo el Tribunal de Justicia resulta también relevante con respecto a la valoración de la compatibilidad con el Derecho de la UE de las iniciativas legales para combatir las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en Internet mediante mecanismos de sanción frente a usuarios de ciertos servicios (en particular en relación con el uso de servicios de Internet para el intercambio de archivos) que se basan en la imposición de amplias obligaciones de supervisión a los prestadores de servicios intermediarios.

No obstante, al valorar el significado de las sentencias en los asuntos *SABAM* y *Scarlet* es muy relevante tener en cuenta que el resultado alcanzado en ambos casos viene determinado por las características de las medidas de supervisión que pretendían imponerse que presentaban un amplísimo alcance de modo que exigían “una vigilancia activa de los archivos almacenados por los usuarios en los servicios de almacenamiento del prestador de que se trata y que afecta tanto a casi la totalidad de la información almacenada como a los usuarios de los servicios de ese prestador”.⁴³ Cabe considerar, por lo tanto, que estas sentencias dejan abierta la posibilidad de que otro tipo de medidas que impliquen una supervisión de menor alcance sean plenamente compatibles con el Derecho de la Unión, reiterando que corresponde a las autoridades y tribunales nacionales asegurar el justo equilibrio entre la tutela de los derechos de propiedad intelectual y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por tales medidas al concretar cuáles son admisibles.

De hecho, en sus apartados 28 y 29 la Sentencia *SABAM* recuerda que los artículos 8.3 Directiva 2001/29 y 11 Directiva 2004/48 permiten la adopción de medidas cautelares contra prestadores de servicios intermediarios –como las redes

⁴³ STJ de 24 de noviembre de 2011, C- 70/10, *Scarlet Extended*, ap. 37; y STJ de 16 de febrero de 2012, C-360/10, *SABAM.*, ap. 36.

sociales- cuyos servicios puedan ser utilizados por sus usuarios para infringir derechos de propiedad intelectual y que tales medidas pueden incluir medidas preventivas destinadas a evitar lesiones futuras de sus derechos, como en relación a la tutela de los derechos de marca en el contexto de mercados electrónicos (sitios de subastas) puso ya de relieve el Tribunal en su sentencia *L'Oréal*, ya reseñada. En este contexto, resulta relevante tener presente que los considerandos 47 y 48 del Preámbulo de la Directiva 2001/31 destacan que la prohibición de obligaciones generales de supervisión no excluye la imposición de obligaciones de supervisión en casos específicos ni afecta a la posibilidad de exigir a los prestadores de servicios de alojamiento que apliquen un deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

VII. Conclusión

24. Aunque la necesidad de ponderar los diversos derechos fundamentales implicados para determinar el alcance de la protección de la propiedad intelectual no resulta algo novedoso, la reciente evolución de los mecanismos de tutela de la propiedad intelectual en el entorno digital va unida a la particular relevancia de la interacción entre dicha tutela y ciertos derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la información y a la libertad de empresa. El limitado alcance de la armonización de la legislación europea sobre el particular, así como el margen de apreciación que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH determinan que el panorama europeo actual en este ámbito adolezca de una significativa inseguridad jurídica, que puede menoscabar objetivos básicos de la integración europea en un ámbito de especial importancia para el desarrollo del mercado interior así como para la efectiva protección de los importantes intereses implicados.

Pedro A. De Miguel Asensio
“Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la Unión Europea”,
*El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI (Obra homenaje al profesor Luis Ignacio
Sánchez Rodríguez)*, Madrid, 2013, pp. 713-738.