

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL



**DERECHO PÚBLICO Y
PROPIEDAD INTELECTUAL:
SU PROTECCIÓN EN
INTERNET**

MOISÉS BARRIO ANDRÉS

Letrado del Consejo de Estado

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Abogado



ASEDA

ABREVIATURAS

- AED Agenda Digital para Europa.
- AEPD Agencia Española de Protección de Datos.
- Ar. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi.
- BOE Boletín Oficial del Estado.
- CBPOLA Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886.
- CC Código Civil.
- CCAA Comunidades Autónomas.
- CDA Communications Decency Act.
- CE Constitución Española.
- CfPI Código francés de la Propiedad Intelectual, versión consolidada de 1 de enero de 2014.
- CMT Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- CNMC Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
- CPI Comisión de Propiedad Intelectual.
- DCE Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).
- DDASI 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.

DMCA	Digital Millennium Copyright Act.
DNS	Domain Name System.
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual.
FCC	Federal Communications Commission.
IAB	Internet Architecture Board.
IANA	Internet Assigned Numbers Authority.
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.
IETF	Internet Engineering Task Force.
IIPA	International Intellectual Property Alliance.
ISOC	Internet Society.
ISP	Internet Service Provider. Proveedor de Servicios de Internet.
LCDCE	Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las Redes públicas de comunicaciones.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LGCA	Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
LGTel 2014	Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
Ll.	Repertorio de jurisprudencia La Ley.
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LS56	Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956.
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

ORECE	Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas.
OTT	Over-the-Top Content.
P2P	Red peer-to-peer.
RDU	Reglamento de disciplina urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.
REPEPOS	Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.
RF	Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SSI	Servicio de la Sociedad de la Información.
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STJUE/SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
TCP/IP	Transmission Control Protocol/Internet Protocol.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLPI	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
TRLS76	Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.
UE	Unión Europea.
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones.
USACA	Copyright Law of the United States, de 19 de octubre de 1976.
USTR	Office of the United States Trade Representative.

PRÓLOGO

Esta monografía tiene su origen en el último capítulo de mi tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid el 10 de junio de 2016, con el título *Internet y derecho público: responsabilidad de los proveedores de Internet*, dirigida por los profesores Santiago MUÑOZ MACHADO y Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, y que mereció la máxima calificación al tribunal compuesto por los profesores PAREJO ALFONSO, BAÑO LEÓN y MESTRE DELGADO.

En aquel trabajo de investigación tuvimos ocasión de abordar la creciente expansión del Derecho Público en lo que se refiere al régimen jurídico de Internet como consecuencia del nuevo papel del Estado garante (*Gewährleistungsstaat*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, cuando proceda, de las misiones de servicio público que se les confían.

De ello se desprende que, como bien ha estudiado entre nosotros MUÑOZ MACHADO¹, las nuevas actividades de regulación y garantía implican una más intensa actividad de los órganos administrativos competentes en cuanto concierne a la formulación de normas y al ejercicio de vigilancia sobre los operadores económicos que desarrollan actividades

¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV: la actividad reguladora de la Administración*. Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 25 y ss.

de interés público en las que los intereses generales y los derechos de los ciudadanos aparecen concernidos, como es por ejemplo el caso de Internet.

De ahí la intensificación del poder del Estado a través de la regulación, que ha conllevado en este campo la promulgación de un nuevo grupo normativo reglamentador de la Sociedad de la Información e Internet, y la extensión de las técnicas de la clásica actividad de policía administrativa a la protección de la propiedad intelectual en Internet, ya que los mecanismos tuitivos penales y civiles se han revelado muy insuficientes para dispensar a ésta del adecuado amparo en el nuevo marco de la Red.

En efecto, la base de Internet es el soporte digital. La popular *digitalización* de contenidos supone, de hecho, la conversión de la información en bits, ceros y unos. A diferencia de otros soportes empleados a lo largo de la historia, la información digital ofrece una inagotable capacidad de reproducción y una extraordinaria volatilidad. Cada una de estas características oculta un grave riesgo que conduce a la vulnerabilidad de la información, fácil de copiar, de reproducir, de alterar o de reutilizar. Cualquier persona tiene la posibilidad de publicar y descargar contenidos de la Red, por lo que potencialmente puede convertirse tanto en creador como en receptor de contenidos con cualquier internauta, independientemente de que físicamente se encuentre situado en las antípodas del mundo.

La consecuencia de lo anterior es que la información se vuelve «blanda». Gráficamente, Andrew SHAPIRO² ha descrito Internet como «una gigantesca maquina de copiado», y conlleva una permanente vulnerabilidad de la información y de los derechos de propiedad intelectual en Internet, que se agrava en un entorno abierto como es la Red, donde el acceso es libre y sin previo control, los participantes son desconocidos y la seguridad incierta. En este sentido, a través de la proliferación de las páginas web de enlaces bien se puede descargar una obra de forma directa en los ordenadores (y otros dispositivos como tabletas, smartphones...), bien acceder directamente a la misma mediante *streaming*, es decir, el visionado o escucha de la obra sin necesidad de previa descarga.

Cuando se alude a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en Internet se trata, fundamentalmente, del contenido patrimonial del derecho de autor que reconocen tanto los textos internacionales (destacadamente el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, CBPOLA en lo sucesivo) como

² SHAPIRO, Andrew: *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*. Editorial Public Affairs, Nueva York, 1999, pág. 79.

nacionales (por ejemplo, la estadounidense Copyright Law of the United States, de 19 de octubre de 1976³, abreviadamente USACA, o nuestro texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, TRLPI en lo sucesivo), y que viene integrado por los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, los cuales no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la ley.

Comenzando por el derecho de reproducción, este otorga a los autores la capacidad exclusiva de autorizar la duplicación de su obra bajo cualquier forma o procedimiento⁴. Es decir, 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. Pese a esto, este derecho no es absoluto: se reconoce la excepción por la copia privada que puede hacer el adquirente de una obra protegida en el ámbito doméstico.

El siguiente derecho es el de distribución, que viene a consistir en la facultad de los autores de autorizar a un tercero para la puesta a disposición del público del original o copias de una obra en un soporte tangible mediante la venta, alquiler o cualquier otra fórmula elegida⁵. La diferencia con el primero es que este implica la acción de la puesta a disposición en la esfera pública de una obra ya fijada, es decir, ya reproducida. Tanto la «compra» de una canción en la tienda de música de Apple, como el alquiler de películas que ofrecen plataformas digitales como Netflix o Yomvi, implicarían un acto de distribución que se da con una obra digital en la Red.

El tercer derecho es la comunicación pública, que confiere al autor la posibilidad de autorizar el acceso a la obra a una pluralidad de público, siempre que sea fuera del ámbito doméstico⁶. La ley concede a los autores el derecho para que la obra pueda ser comunicada en el espacio público, lo que implica que una pluralidad de personas pueda acceder a la obra sin que exista previa distribución de ejemplares. Tradicionalmente este derecho se había entendido respecto de las representaciones dramáticas, los conciertos o interpretaciones poéticas, sin embargo las tecnologías han ido ampliando sus márgenes. Además de las actuaciones, pronto hubo que incluir en él actos que chocaban con el viejo principio explicativo de que

³ Public Law 94-553.

⁴ Así, artículo 9 CBPOLA, § 106 (a) USACA o artículo 18 TRLPI.

⁵ Así, artículo 14.1.(i) CBPOLA, § 106 (3) USACA o artículo 19 TRLPI.

⁶ Así, artículos 11 y 14 CBPOLA, § 106 (4), (5) y (6) USACA o artículo 20 TRLPI.

la comunicación pública comportaba la simultaneidad del acto de exposición y el público. La posibilidad de retransmitir las obras desbordará su alcance y se incluirán en esta categoría las emisiones radiofónicas o televisivas. Pero, sin duda, la Red será la invención tecnológica que más amplíe la noción, ya que implica unas posibilidades de retransmisión sin los límites que tenían las antiguas tecnologías. En la actualidad, el criterio más determinante para entender la existencia de comunicación pública es que se den acciones que conlleven una exposición que salte del ámbito doméstico al público, no importando tanto el hecho físico del acto. Pensemos en nuevas formas de explotación online, como el *streaming* de películas o música: si aplicáramos estrictamente los criterios tradicionales no podrían ser consideradas comunicaciones públicas, y sin embargo parecen esto a todas luces. Así que lo determinante para el legislador ha sido la posibilidad de acceso generalizado por un gran público, antes que la simultaneidad de éste y la exposición.

Por último, la legislación sobre propiedad intelectual concede a los autores la posibilidad de autorizar posibles trabajos derivados de la obra protegida, que se conocen normalmente como obras derivadas⁷. Los actos de transformación son los que se ejecutan sobre una obra que existe para realizar un trabajo distinto del original que generará derechos para el que transforma. Por ejemplo, pueden ser los arreglos de una pieza musical, la novelización de una película, la versión de una canción, la adaptación teatral de una novela, etc. Con la creciente importancia y desarrollo de las tecnologías surgió la duda de si la digitalización entrañaba o no un acto de transformación de la obra. Sin embargo, hay que aclarar que se trata únicamente de un cambio de formato del soporte de fijación, que no altera el contenido mismo de la obra, por lo que no se puede entender que surjan derechos a favor del que digitaliza. Por último, apuntamos la invención de los programas conocidos como sistemas DRM (Digital Rights Management), los cuales se añaden a las obras digitales para limitar las posibilidades de copia; en estos casos, aunque parece que podría apreciarse una transformación porque a la obra se le añade algo más, no se considera que exista un trabajo derivado, pues los DRM solo implican un sistema de protección que tampoco cambia la obra.

De lo anterior se deduce que el principal problema de la propiedad intelectual en Internet es el enfrentamiento de los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual y las miles de copias de sus obras que proliferan sin su autorización. La situación ha venido agravándose

⁷ Así, artículos 2 y 12 CBPOLA, § 106 (2) USACA o artículo 21 TRLPI.

por las insuficiencias de los instrumentos clásicos, penales y civiles, protectores de la propiedad intelectual, lo cual ha propiciado la implantación de un nuevo mecanismo administrativo para reprimir las vulneraciones de la misma en el ámbito de Internet cuya aplicación como novedad va a corresponder a la Administración pública.

El carácter gratuito de estos accesos a las obras como consecuencia de su «pirateo» genera un innegable daño en los derechos de autor de los derechohabientes de estas obras, puesto que esos archivos se graban, reproducen y transfieren sin control, evadiendo los derechos patrimoniales de los titulares de derechos (lo que incluye también a los productores e intérpretes en el caso de que los haya), y también se violan, del mismo modo, sus derechos morales.

Además, tales perjuicios no quedan reparados íntegramente por la imposición de un «canon» que compense la copia privada de los contenidos protegidos, puesto que su cuantía no tiene por finalidad cubrir el daño que produce la descarga en sí de la obra por medio de un acto ilícito, máxime cuando no se trata de una descarga aislada ya que los medios disponibles en Internet (centralización de contenidos, redes P2P y agregación de enlaces) permiten la descarga, simultánea y en poco tiempo, de muchas obras. En efecto, el objeto de la compensación por copia privada es resarcir únicamente los usos *lícitos* que la ley permite a través de esta excepción contenida en el artículo 31 TRLPI (con sus requisitos y límites).

A todos estos problemas vamos a dirigir nuestra atención seguidamente, si bien como tarea previa debemos enmarcar, si quiera someramente, la institución de la propiedad intelectual y los embates que viene sufriendo desde la generalización de Internet.

Madrid, noviembre de 2016.

Moisés BARRIO ANDRÉS
Letrado del Consejo de Estado
Doctor en Derecho
Abogado
moises@moisesbarrio.es

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
PRÓLOGO	9
I. EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET	15
II. EL FRACASO DE LOS MECANISMOS PENALES Y CIVILES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET	29
2.1. FRACASO DE LOS MECANISMOS PENALES	29
2.2. FRACASO DE LOS MECANISMOS CIVILES	37
III. EL NUEVO MECANISMO DE TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET	49
3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	49
3.2. DERECHO COMPARADO	61
a) El sistema de notificación y retirada por los propios proveedores de Internet	62
b) El sistema de protección por la Administración	64
c) El modelo mixto: el sistema español	67
3.3. DERECHO ESPAÑOL: EL NUEVO MECANISMO ADMINISTRATIVO DE LA «LEY SINDE»	67
IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NUEVA POTESTAD ADMINISTRATIVA	77
a) Es una potestad de restablecimiento de la legalidad intelectual, y no tiene carácter sancionador	81

b) La intervención judicial es una garantía de determinados derechos fundamentales de los afectados.....	88
c) El nuevo procedimiento administrativo de salvaguarda es compatible con el ejercicio de las correspondientes acciones civiles y penales.....	90
d) No confiere, como regla general, derechos indemnizatorios ...	92
V. EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET	95
5.1. SUJETOS Y ELEMENTOS BÁSICOS DEL PROCEDIMIENTO	95
a) Objeto.....	95
b) Finalidad	96
c) Actividad sometida a control de la Administración.....	96
d) Sujeto activo.....	96
e) Sujeto pasivo	97
f) Otros interesados	98
g) Órgano competente	98
5.2. PROCEDIMIENTO	99
a) Fase preliminar.....	100
b) Iniciación e instrucción del procedimiento	105
c) Fase de prueba.....	106
d) Resolución.....	107
5.3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN FAVORABLE A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS. EN ESPECIAL, EN RELACIÓN CON LOS PROVEEDORES DE INTERNET INTERMEDIARIOS ...	110
a) Carácter preceptivo de la autorización judicial	112
b) Objeto.....	113
c) Sujetos legitimados y plazos.....	118
d) Recursos contra el Auto denegando o autorizando la medida	119
5.4. LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA	119
5.5. MEDIDAS CAUTELARES.....	121
VI. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	129

