

Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde

Por **D. David Ordóñez Solís**, Magistrado. Doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en el Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

Resumen. La lucha contra la piratería en Internet es un reto de nuestra sociedad. Sin embargo, el marco jurídico europeo no es claro y las estrategias nacionales seguidas resultan poco definidas respecto de los intereses en juego, principalmente de los autores y la industria cultural, de los ciberpiratas, los proveedores de servicios en Internet y de todos los ciudadanos. En la perspectiva europea, se exponen los últimos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente los asuntos *Promusicae*, *L'Oréal* y *Scarlet Extended*. En la perspectiva nacional, se analiza la nueva regulación española (*Ley Sinde*), que establece un procedimiento administrativo en el que, al estar implicados derechos fundamentales, como la protección de datos y la libertad de expresión, requiere para su instrucción y ejecución de la autorización judicial.

Palabras clave. Autorización judicial. Control administrativo. Derecho de la Unión Europea. Internet. Libertad de expresión. Propiedad intelectual. Protección de datos.

Abstract. *Fighting against piracy in Internet is a great challenge in our society. However, the European framework is not clear and National strategies are not until now well defined regarding the interests at stake of authors and cultural industry, the cyber pirates, the Internet Service Providers and, obviously, all the citizens. From the European view, it is important to analyse the last developments in the European Court of Justice case-law, especially, Promusicae, L'Oréal y Scarlet Extended affairs. From the National perspective, it is discussed the new Spanish regulation (Sinde Act) establishing an administrative process where, due to the implications for fundamental rights, as data protection and freedom of speech, this requires authorisation by a judge for investigation and enforcement.*

Key words. *Administrative review. Data protection. EU Law. Freedom of speech. Injunction. Intellectual property. Internet.*

I. Introducción

La lucha contra la falsificación y la piratería en Internet constituye, sin duda, un reto de nuestra sociedad; sin embargo, la unanimidad para identificar el desafío se torna en abierto enfrentamiento a la hora de proponer soluciones. En primer lugar, y probablemente contagiados por nuestras lecturas juveniles, los ciudadanos solemos conferir a las acciones de los ciberpiratas un aura romántica de quienes enarbolan la bandera de la libertad y siempre y cuando no nos afecte directamente o incluso cuando nos beneficiamos de su acción ilegal. Por su parte, los autores, las grandes productoras de música y de cine, así como las sociedades que constituyen para la protección de sus derechos han conseguido hacernos ver los daños a la industria de la cultura y, desde luego, a sus propios intereses¹. En fin, las empresas de telecomunicaciones

que facilitan el acceso a Internet están sometidas a un fuego cruzado, de modo que cuando el cerco se estrecha, se deciden bien por unos o por otros protagonistas con el fin de eludir cualquier tipo de responsabilidad. En una sociedad democrática no se puede tomar partido por unos y, en todo caso, también los piratas deben tener garantías y la persecución de las fechorías que puedan haber cometido no les impide gozar de sus derechos.

Esta batalla encarnizada por devolver la paz a los mares de Internet y que libran los autores, las multinacionales y las sociedades de gestión de sus derechos contra los piratas y demás ciudadanos que simpatizan o que, incluso, se aprovechan del reparto del botín, ha generado respuestas variadas en los distintos países, más o menos originales y vinculantes jurídicamente, como ha ocurrido en el Reino Unido², en Francia³ o,

1 Desde una perspectiva fundamentalmente económica en lo que se refiere a las descargas de música en Internet y aun cuando el contexto sea ya el lejano 2005, destaca el estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realizado por Sacha Wunsch-Vincent y Graham Vickery, *Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music*, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL, de 13 de diciembre de 2005 (disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf>; consultado el 1 de agosto de 2011).

2 *Consultation document on legislative options to address illicit P2P file-sharing*, presentado el 24 de julio de 2008; disponible en <http://www.berr.gov.uk/files/file47139.pdf> (consultado el 17 de agosto de 2011); véase el balance de esta estrategia en el informe de Ian Hargreaves, *Digital Opportunity: A review of Intellectual Property and Growth*, informe independiente presen-

más recientemente, en España a través de la denominada *Ley Sinde*, aprobada en marzo de 2011⁴.

En el marco europeo se han tratado de ofrecer, tal como resulta de la experiencia del Consejo de Europa, que, como es sabido, integra a 47 Estados, soluciones consensuadas al específico problema de la lucha contra las descargas ilegales entre los implicados que, si bien no tienen carácter vinculante, establecen principios que sirven de guía en un ámbito particularmente confuso y cambiante⁵.

Del mismo modo, aun cuando la Unión Europea, con 27 Estados miembros, no ha ofrecido una solución específica a este problema, cuenta con una regulación que, en gran medida, faculta para que cada Estado miembro adopte sus propias medidas para luchar contra las descargas ilegales. No obstante, y como ocurre en otros casos, el Derecho de la Unión Europea constituye un marco dentro del cual deben arbitrarse los medios de luchar contra la piratería, especialmente en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales.

Así, por una parte, en la Unión Europea se ha adoptado una normativa relativa a la privacidad, constituida por la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a su circulación⁶; por otra parte, la Directiva 2002/58/CE se refiere a la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁷; y, en fin, la Directiva

2000/31/CE regula el comercio electrónico⁸. Sin embargo, no existe propiamente hablando una regulación europea específica del problema de las descargas y de la protección de los derechos de propiedad intelectual, sino algunas previsiones normativas dispersas o adoptadas para fines muy concretos, como ocurre con la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos relativos a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas⁹. No obstante, y ante los tribunales, se ha planteado el problema de la protección de la propiedad intelectual en Internet y se han utilizado distintos procedimientos para atajar la plaga de la piratería en Internet, que han sido objeto de análisis por la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰.

En cuanto a la legislación española, la referida *Ley Sinde* es una más de las innumerables reformas introducidas por una Ley comodín denominada Ley de Economía Sostenible y trata de aportar, a través de una regulación especialmente compleja y que estuvo sometida a un importante debate público en 2010, una solución administrativa y judicial al problema de las descargas ilegales en Internet: por una parte, se encomienda la protección de los derechos de propiedad intelectual en Internet a una autoridad administrativa que, para hacer efectivas sus decisiones, generalmente de acceder a los datos que identifican el punto de conexión a la red y de cancelar el acceso a la red o de retirar los contenidos de los sitios de Internet a través de los cuales

tado en mayo de 2011 al Gobierno británico; disponible en <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (consultado el 17 de agosto de 2011).

- 3 La Ley francesa n.º 2009-669, de 12 de junio, creó la HADOPI (*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* o Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los Derechos en Internet) y estableció un procedimiento de advertencia, realizado a través de su Comisión de Protección de Derechos, a los titulares de un acceso a Internet que fuese utilizado para vulnerar los derechos de propiedad; no obstante, esta ley fue declarada en gran parte inconstitucional por el Consejo Constitucional francés en virtud de la decisión n.º 2009-580, de 10 de junio de 2009; la adaptación propuesta pasó en gran medida el nuevo examen de constitucionalidad contenido en la decisión n.º 2009-590 de 22 de octubre de 2009 que permitió la adopción de la Ley n.º 2009-1311, de 28 de octubre de 2009, relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet.
- 4 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE n.º 55, de 5 de mayo de 2011).
- 5 Consejo de Europa, *Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet développés par le Conseil de l'Europe en coopération avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EuroISPA)*, H/Inf (2008) 9, Estrasburgo, julio de 2008; disponible en [http://www.coe.int/t/information/society/documents/H-Inf\(2008\)009_fr.pdf](http://www.coe.int/t/information/society/documents/H-Inf(2008)009_fr.pdf) (consultado el 2 de agosto de 2011).
- 6 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE n.º L 281, de 23 de noviembre de 1995, pg. 31).
- 7 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DOUE n.º L 201 de 31 de julio de 2002, pg. 37); que fue modificada primero por la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos, tal como se cita en la nota siguiente, y, a continuación, por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 (DOUE n.º L 337, de 18 de diciembre de 2009, pg. 11).
- 8 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 (DOUE n.º L 178, de 17 de julio de 2000, pg. 1).
- 9 Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DOUE n.º L 105, de 13 de abril de 2006, pg. 54).
- 10 David Ordóñez Solís, *Privacidad y Protección Judicial de los Datos Personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

se vulneren los derechos de propiedad intelectual, debe obtener la autorización del juez. La intervención del juez en un procedimiento administrativo parece justificada en la medida en que se vean comprometidos determinados derechos fundamentales, en este caso el derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, y como lo ha explicado el Tribunal Supremo estadounidense: «la capacidad de la tecnología de encontrar y publicar informaciones personales, incluyendo los archivos utilizados por el gobierno, presenta cuestiones serias y sin resolver en lo que se refiere a la privacidad personal y a la dignidad que pretende salvaguardar»¹¹.

Estas legislaciones, sin embargo, se enfrentan a un medio absolutamente novedoso y lábil, como es el de Internet, en un entorno tecnológico en vertiginoso cambio y que plantea más incertidumbres que seguridades. Por eso, me propongo hacer un análisis del contexto europeo de este problema y, a continuación, procuraré exponer y valorar el nuevo procedimiento administrativo-judicial establecido en España.

II. Las limitaciones del Derecho de la Unión Europea al control de las descargas ilegales en Internet

Cuando surge un problema realmente global y que se caracteriza con precisión por ser una novedad y por estar transformando nuestra sociedad, surge un irreprimible impulso de saber si en Europa, en la Unión Europea, ya ha recibido la atención que se merece. Y eso es lo que ocurre con el problema jurídico de las descargas ilegales en Internet y su conexión, por una parte, con los derechos de propiedad intelectual, y, por otra parte, con el derecho fundamental a la protección de datos personales. Por eso es preciso recordar, aun cuando sea brevemente, el marco legislativo y la interpretación del Tribunal de Justicia en su más reciente jurisprudencia.

1. Las movilizadas bases europeas del control de las descargas ilegales: las regulaciones en materia de protección de datos, de comunicaciones electrónicas y de derechos de propiedad intelectual

En la Unión Europea son tres los frentes legislativos abiertos con el fin de atajar el problema de las descargas ilegales en Internet: uno general de protección de datos; otro relativo al comercio electrónico; y, en fin, uno específico relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual.

En primer lugar, y de manera preeminente, la regulación europea es especialmente detallada en relación

con la protección de datos personales, tal como se deduce de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y su circulación, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, modificada en 2006 y en 2009, y la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos aplicable a la persecución de los delitos graves.

La Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas consagra unos derechos a la confidencialidad de las comunicaciones y de protección de los datos de tráfico y de localización. Sin embargo, el artículo 15.1 de la Directiva ya admite desde 2002 que los Estados miembros puedan prever restricciones al alcance de los derechos reconocidos cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para «para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas». A tal efecto, la misma Directiva se refiere a título de ejemplo a un determinado tipo de medidas «legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado», aun cuando puntualiza: «Todas las medidas contempladas en el presente apartado deberán ser conformes con los principios generales del Derecho comunitario, incluidos los mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea [referido al respeto de los derechos fundamentales]».

Ahora bien, la Directiva 2002/58 fue modificada en 2006, al mismo tiempo que se aprobaba la Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos, con el fin de destacar la particularidad que suponía la retención de datos en relación con la regulación específica de esta Directiva de 2006, de modo que, en los términos del artículo 15.1.bis de la Directiva 2002/58, se admitía expresamente la especialidad que suponía la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos en el ámbito de la «investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves».

En 2009 se aprovecha la modificación por la Directiva 2009/136/CE del marco regulador de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas para introducir una nueva precisión en la Directiva 2002/58 sobre privacidad y comunicaciones electrónicas que, en realidad, constituye una habilitación a favor de las autoridades nacionales. De conformidad con el nuevo

11 La opinión de la mayoría del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Sorrell v. IMS Health Inc.* 564 U. S. ____ (2011), de 23 de junio de 2011, expresada por el Juez Kennedy, y con un voto particular del Juez Breyer, apoyado por las Jueces Ginsburg y Kagan; la cita en inglés es como sigue: «The capacity of technology to find and publish personal information, including records required by the government, presents serious and unresolved issues with respect to personal privacy and the dignity it seeks to secure».

artículo 15.1.ter de esta Directiva 2002/58: «Los proveedores instaurarán procedimientos internos para responder a las solicitudes de acceso a los datos personales de los usuarios con arreglo a las disposiciones nacionales promulgadas de conformidad con el apartado 1. Previa solicitud, facilitarán a las autoridades nacionales competentes información sobre esos procedimientos, el número de solicitudes recibidas, la motivación jurídica aducida y la respuesta ofrecida».

Del mismo modo, el nuevo artículo 15.bis de la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas refuerza considerablemente los mecanismos de aplicación y cumplimiento a través de un sistema sancionador, administrativo y penal, así como mediante la atribución a las autoridades de supervisión o a otras de facultades de investigación y para solicitar la cesación de las infracciones.

Por su parte, la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos fue adoptada para responder a la preocupación desatada por los atentados en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de julio de 2005. A la hora de proponerla, la Comisión Europea subrayó la importancia del conocimiento de los 'datos de tráfico' y de los 'datos de localización' generados por el acceso a Internet para luchar contra el terrorismo y la delincuencia organizada¹². No obstante, esta Directiva sobre conservación de datos se aplica estrictamente al ámbito penal, pues define su ámbito de aplicación en estos términos: «la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves»¹³.

La Directiva 2006/24/CE de conservación de datos ha suscitado algunos problemas en cuanto a su validez, pero, especialmente, en cuanto a la validez de las

normas nacionales de transposición, tal como ha ocurrido de manera paradigmática con la anulación de la legislación alemana por su Tribunal Constitucional Federal. En efecto, el tribunal alemán declaró en su decisión de 2 de marzo de 2010 la inconstitucionalidad de la transposición de la Directiva sobre la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas argumentando: «Es parte de la identidad constitucional de la República Federal de Alemania que el disfrute por los ciudadanos de la libertad no puede ser totalmente grabada y registrada, y la República Federal debe esforzarse por preservarla tanto en sus dimensiones europea como internacionales. El almacenamiento preventivo de los datos del tráfico de las telecomunicaciones reduce también considerablemente la amplitud de la recogida de datos sin necesidad, incluida la recogida de datos en virtud del Derecho de la Unión Europea»¹⁴.

En el ámbito de la propiedad intelectual y de la lucha contra la piratería, la Comisión Europea ha insistido en la necesidad de «completar el marco normativo vigente con medidas sin carácter legislativo que permitan luchar contra la vulneración de los DPI [derechos de propiedad intelectual] en todo el mercado interior de manera más focalizada y a través de una mayor colaboración», en particular creando un Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería, fomentando la cooperación administrativa y facilitando acuerdos voluntarios entre los interesados¹⁵. Ahora bien, parece haber consenso en que la vigente Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual no resuelve los numerosos problemas planteados por la piratería y las descargas ilegales en Internet, porque, como señala la Comisión Europea, «a la hora de concebir la Directiva no se tuvo en cuenta el reto que planteaba Internet para la observancia de los derechos de propiedad intelectual»¹⁶.

12 Comisión Europea, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE*, COM (2005) 438 final, Bruselas, 21.9.2005, pg. 2.

13 Sobre la transposición y la aplicación de la Directiva sobre conservación de datos, me remito al completo e interesante informe de la Comisión Europea, *Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC)*, COM (2011) 225 final, Bruselas, 18 de abril de 2011.

14 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08; véase el comentario de Christiane DeSimone, «Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive», *German Law Journal* [Vol. 11 No. 03 2010], pgs. 294-295, disponible en <http://www.germanlawjournal.com/> (consultado el 29 de julio de 2011).

15 COMISIÓN EUROPEA, *Mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior*, COM (2009) 467 final, Bruselas, 11 de septiembre de 2009, pg. 12; véase también la Comunicación de la Comisión Europea, *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*, COM (2011) 287 final, Bruselas, 24 de mayo de 2011, pgs. 20-21.

16 COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la Aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, COM (2010) 779 final, Bruselas, 22.12.2010, pg. 10; las respuestas a este Informe se recopilaron en el documento de la propia Comisión Europea, *Synthesis of the comments on the Commission report on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 april 2004 on the enforcement of intellectual property rights* (COM 2010/779 final), Dirección General del Mercado Interior y Servicios, julio de 2011, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/intellectual_property_rights/summary_report_replies_consultation_en.pdf (consultado el 4 de agosto de 2011).

En definitiva, en el Derecho de la Unión Europea no existen unas bases claras y directas para la lucha contra las descargas ilegales en Internet: no las hay en la específica regulación europea de protección de los derechos de propiedad intelectual ni tampoco en la normativa de desarrollo del comercio electrónico, aunque sí se han introducido disposiciones que, con el fin de proteger derechos fundamentales, especialmente vinculados a la privacidad, no impiden que se adopten, sin especificar cuáles puedan ser, medidas de protección de los derechos de propiedad intelectual. En definitiva, y en estos momentos, la legislación europea actúa más como marco y como límite de las regulaciones nacionales que como solución jurídica al problema de la piratería y de las descargas ilegales, como así lo corrobora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Los límites que imponen los derechos fundamentales de acuerdo con la jurisprudencia europea: la privacidad y la protección de datos en los asuntos *Promusicae*, *L'Oréal* y *Scarlet Extended*

En este marco legislativo cambiante y construido por aluvión, la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de datos personales, se aplica específicamente a través de una Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que, gracias a las modificaciones de 2006 y 2009, contiene un régimen general de conservación de datos, y mediante la Directiva 2006/24/CE se establece el régimen específico de la conservación de datos a los efectos de la persecución de los delitos graves. Por tanto, resulta trascendental la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente a través de tres asuntos: *Promusicae*, de 2008, y *L'Oréal* y *Scarlet Extended*, de 2011.

La sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, fue dictada por el Tribunal de Justicia en respuesta a un reenvío prejudicial de un juez mercantil español¹⁷. Precisamente, en el asunto *Promusicae*, esta asociación de productores de música en España solicitaba que Telefónica revelase la identidad y la dirección de determinadas personas a las que prestaba un servicio de acceso a Internet y de las que se conocía su dirección «IP» y la fecha y hora de conexión, debido a que tales personas utilizaban el programa de intercambio de archivos denominado «KaZaA», que permitía el acceso a fonogramas cuyos derechos patrimoniales de explotación corresponden a los asociados de *Promusicae*.

En su respuesta, el Tribunal de Justicia consideró, en primer lugar, que el Derecho comunitario no

imponía «el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil», lo que determinó la desestimación de la demanda en el procedimiento principal.

Pero también el Tribunal puntualizó, en segundo lugar, que el Derecho comunitario exige que la interpretación por las autoridades y jueces nacionales «garantice[n] un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario» e impide que puedan adoptar una interpretación del Derecho comunitario «que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad» (apartado 70).

En la sentencia *Promusicae* planea, en realidad, la posibilidad contenida en la Directiva 95/46/CE en la medida en que, a juicio del Tribunal de Justicia, «autoriza también a los Estados miembros a adoptar medidas que limiten la obligación de confidencialidad de los datos personales, cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la protección de los derechos y libertades de otras personas» (apartado 53). Y en este sentido lo termina reconociendo el Tribunal de Justicia: «Los mecanismos que permiten encontrar un justo equilibrio entre estos diferentes derechos e intereses se encuentran, por un lado, en la propia Directiva 2002/58, ya que establece normas que determinan en qué situaciones y en qué medida es lícito el tratamiento de datos personales y cuál es la tutela que debe dispensarse, y en las tres Directivas mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente [Directivas 2000/31, 2001/29 y 2004/48], que exceptúan el supuesto en que las medidas adoptadas para proteger los derechos que regulan afecten a la protección de los datos personales. Por otro lado, estos mecanismos deben resultar de la adopción, por parte de los Estados miembros, de disposiciones nacionales que garanticen la adaptación del Derecho interno a estas Directivas y de la aplicación de las citadas disposiciones por las autoridades nacionales (véase, en este sentido, en relación con la Directiva 95/46, la sentencia *Lindqvist*, antes citada, apartado 82)» (apartado 66).

En virtud del auto de 19 de febrero de 2009, *LSG*, el Tribunal de Justicia contesta, utilizando los mismos argumentos de *Promusicae*, una petición de decisión prejudicial del Tribunal Supremo austriaco en un litigio muy similar¹⁸. *LSG*, una sociedad de gestión de derechos de autor, pidió a los jueces austriacos, con el fin de poder iniciar un procedimiento civil contra los infractores, que ordenasen a Tele2 comunicar los

17 TJCE (Gran Sala), sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae* (C-275/06, Rec. pg. I-271).

18 TJUE, auto de 19 de febrero de 2009, *LSG- Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten* (C-557/07, Rec. pg. I-1227).

nombres y direcciones de las personas a las que esta presta un servicio de acceso a Internet y de las que se conoce su dirección IP, así como el día y la hora de su conexión.

En primer lugar, el Tribunal comunitario puntualizó: «la Directiva 2002/58, en particular su artículo 15, apartado 1, no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil, pero tampoco obliga a dichos Estados a imponer tal deber» (apartado 27). Y respecto de la otra cuestión, el Tribunal de Justicia constató que en virtud del artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor» (apartado 42), por lo que debe incluirse en el concepto de «intermediario» a un proveedor de acceso, que sea el único que está en posesión de los datos que permiten identificar a los usuarios que han infringido dichos derechos con el fin de no disminuir sustancialmente la protección perseguida por dicha Directiva (apartado 45); en definitiva, y a juicio del Tribunal de Justicia, debe considerarse intermediario a «un proveedor de acceso, que se limita a facilitar a los usuarios el acceso a Internet sin proponer otros servicios como los servicios de correo electrónico, de descarga o de intercambio de ficheros, ni ejercer un control de hecho o de Derecho sobre el servicio utilizado» (apartado 46).

A la vista de la sentencia *Promusicae*, y después de las reformas introducidas en 2009, resulta que, si bien el Derecho de la Unión permite establecer estos mecanismos que limitan, por ejemplo, el derecho a la protección de los datos personales, no constituye propiamente y por el momento una base específica para la protección de tales derechos de autor en los términos que indica el Tribunal de Justicia en el asunto *L'Oréal*. La sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, tiene su origen en el uso fraudulento de una marca en el mercado electrónico, y se refiere expresamente al problema de la identificación del operador, «cuando el autor de la infracción actúa en el tráfico comercial y no en el ámbito de la esfera de su vida privada», que haya vulnerado un derecho de propiedad intelectual¹⁹. En este asunto se enfrentaba *L'Oréal*, la conocida empresa de cosméticos y titular de marcas muy renombradas de perfumes, con la no menos famosa empresa de

subastas en Internet eBay. *L'Oréal* presentó una demanda ante la *High Court of Justice* en Londres contra eBay y varias personas físicas que a través de la plataforma de Internet habían vendido 17 productos falsificados o sin cumplir las condiciones de embalaje de la marca.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia se refiere, al responder la última cuestión prejudicial planteada por el tribunal británico, a los límites de un eventual requerimiento judicial con el fin de prevenir futuras lesiones del derecho de propiedad intelectual, en este caso del derecho de marca. Pues bien, el Tribunal de Justicia considera, por una parte, que «si el operador del mercado electrónico no decide *motu proprio* suspender la cuenta de quien vulneró los derechos de propiedad intelectual para evitar que el mismo comerciante vuelva a cometer infracciones de esta naturaleza en relación con las mismas marcas, podrá ser obligado a ello mediante un requerimiento judicial» (apartado 141). Y, por otra parte, y de manera subsidiaria, el Tribunal de Justicia advierte: «puede dirigirse un requerimiento al operador de un mercado electrónico para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes vendedores [y] si bien es cierto que resulta necesario respetar la protección de datos personales, no lo es menos que, cuando el autor de la infracción actúa en el tráfico comercial y no en el ámbito de la esfera de su vida privada, este debe ser claramente identificable» (apartado 142). En fin, en la misma sentencia *L'Oréal* recuerda los criterios sentados en *Promusicae* en estos términos: «Las medidas descritas de modo no exhaustivo en los anteriores apartados, al igual que cualquier otra medida que pueda adoptarse a través de los requerimientos a los que se refiere el artículo 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48, deben garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos e intereses anteriormente mencionados (véase, por analogía, la sentencia *Promusicae*, antes citada, apartados 65 a 68)» (apartado 143).

Por último, el Tribunal de Justicia está a punto de pronunciarse sobre la legalidad en relación con el derecho fundamental de la privacidad de los filtros y bloqueos de las comunicaciones electrónicas basadas en la protección de los derechos de autor en el asunto *Scarlet Extended*²⁰. Se trata de un reenvío prejudicial procedente de un tribunal belga en el asunto *Scarlet Extended* y que, en realidad, pretende desentrañar el problema jurídico planteado en la sentencia *Promusicae*, pero, en este caso, en relación con la aplicación de un sistema de filtrado y bloqueo de la transmisión de

19 TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oréal* (C-324/09, pendiente de publicación en el *Rec.*, apartados 135 a 144).

20 Conclusiones el abogado general Pedro Cruz Villalón, de 14 de abril de 2011, en el asunto *Scarlet Extended SA* (C-70/10); en el asunto *Sabam/Netlog NV*, el mismo tribunal belga plantea idénticas cuestiones (C-360/10, *DOUE* n° C 288, de 23 de octubre de 2010, pg. 18).

datos electrónicos autorizado por el Derecho belga. A tal efecto, SABAM, la sociedad de autores de Bélgica, solicita ante el juez nacional la adopción de una medida cautelar de cesación frente a Scarlet, una empresa prestadora de servicios de acceso a internet, con el fin de evitar el pirateo realizado por determinados internautas. El Derecho nacional invocado es precisamente una Ley belga que transpone las Directivas 2001/29 y 2004/48 y que, en particular, permite al juez nacional constatar la existencia y ordenar la cesación de cualquier atentado a un derecho de autor o a otro derecho similar, para lo que puede adoptar una orden de cesación frente a los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para atentar contra tales derechos.

El tribunal belga de primera instancia accedió a la solicitud de SABAM, ordenó el cese de los atentados a los derechos de autor y, de conformidad con un informe técnico, exigió la aplicación de un procedimiento informático que impidiese el intercambio de ficheros que contuviesen una obra musical del repertorio de la sociedad de autores. Sin embargo, Scarlet formuló recurso ante el Tribunal de apelaciones de Bruselas, que acudió en vía prejudicial a Luxemburgo.

En sus conclusiones, el abogado general Cruz Villalón hace una interpretación muy interesante de los límites o de las restricciones que pueden imponerse al derecho fundamental de protección de datos personales. A tal efecto, adopta las mismas técnicas de interpretación utilizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Convenio de 1950 en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, y propone reformular la cuestión que hace el tribunal belga respecto del Convenio de 1950 por la interpretación de las disposiciones de la Carta (apartado 34 de las conclusiones).

Y a partir de ahí, el abogado general examina el problema del sistema de filtro y de bloqueo de los servidores de internet. A juicio del abogado general, y a pesar de las incertidumbres de naturaleza tecnológica, este sistema de filtro y de bloqueo es susceptible de afectar de manera incontestable al derecho a la protección de datos personales en un grado suficiente que permite calificarlo de limitación en el sentido del artículo 52.1 de la Carta (apartado 80). A tal efecto, el abogado general determina, con ayuda de la interpretación del Convenio Europeo, cuáles son las condiciones que deben cumplir las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios: la previsión legal, más en particular, la cobertura por una norma de rango legal, por una norma adoptada por el Parlamento (apartados 100 y 113).

Estos razonamientos llevan al abogado general a proponer que conteste al tribunal de apelación de Bruselas que el Derecho de la Unión, incluida la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos, se opone a que un juez pueda dictar una orden de cesación provisional contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines o para que ordene a un proveedor de servicios de alojamiento de datos que instale, para toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, a sus expensas y sin limitación en el tiempo, un sistema que filtre la mayor parte de la información que se almacena en sus servidores relativa a obras musicales, cinematográficas o audiovisuales de las que es titular SABAM y que a continuación bloquee el intercambio de estos archivos.

En definitiva, de la jurisprudencia europea parece deducirse que la intervención judicial con el fin de atajar los atentados a los derechos de propiedad intelectual puede estar justificada también desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Sin embargo, el enjuiciamiento que hace el Tribunal de Justicia advierte de los límites tanto formales, necesidad de una previsión en forma de ley, como materiales, proporcionalidad de la medida en tanto que afecta a derechos fundamentales, en particular el relativo a la protección de datos personales.

III. La Ley *Sinde* y los límites de los derechos fundamentales: los poderes administrativos y la autorización y el control judicial de las descargas ilegales

España ha ensayado una solución legislativa para combatir las descargas ilegales en Internet que, inspirándose en gran medida en la experiencia francesa, se basa en la actuación combinada de la intervención de la Administración y la autorización y el control de los tribunales contencioso-administrativos. Ahora bien, debe subrayarse que esta regulación específica de carácter administrativo-judicial no obsta la aplicación de otros regímenes penales, administrativos o civiles tradicionales.

En efecto, y a título de ejemplo, en el ámbito penal, la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos relativos a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que se aplica específicamente en el caso de la persecución de delitos graves, se ha incorporado al Derecho español mediante la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones²¹. En este caso, y tal como explica el preámbulo de la Ley española de transposición: «los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son

21 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (BOE nº 251, de 19 de octubre de 2007).

datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de esta; y [l]a cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas exigirá, siempre, la autorización judicial previa».

Asimismo, y en el ámbito civil, tal como muestra la jurisprudencia europea en los asuntos *Promusicae*, *LSG*, *L'Oréal* o *Scarlet Extended*, estos litigios surgen como consecuencia de las demandas formuladas ante la jurisdicción civil por los titulares de los derechos de propiedad intelectual o por los prestadores de servicios en Internet, planteándose, en realidad, únicamente el alcance de la potestad del juez civil para adoptar medidas de cesación frente a la vulneración por los piratas informáticos de los derechos de propiedad intelectual²².

Por lo demás, esta *Ley Sinde* establece su propio procedimiento administrativo-judicial que, no obstante, además de plantear serios reparos jurídicos, ha de examinarse en el contexto de la transposición de la Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, tal como fue modificada en 2009, que en breve debería hacerse en España mediante la reforma sustancial de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones²³.

Para comprender los distintos procedimientos y, en particular, el específico procedimiento administrativo-judicial de la *Ley Sinde*, es preciso tener presentes las relaciones que surgen entre la Administración (la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, a quien se le encomienda la actuación administrativa de protección de determinados intereses), los

prestadores de los servicios de la sociedad de la información (las compañías que permiten acceder a Internet y que actúan como intermediarias), los responsables de la violación de los derechos de propiedad intelectual (los piratas informáticos) y, en fin, los titulares de los derechos de propiedad intelectual (empresas y particulares titulares de los derechos que la Administración pretende apoyar administrativamente).

1. Los nuevos poderes administrativos frente a las descargas ilegales: la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad

La *Ley Sinde* no es otra cosa que la disposición adicional 43ª de la Ley de Economía Sostenible y, en realidad, supone una modificación de tres leyes: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado en 1996, y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

La *Ley Sinde* crea un órgano administrativo y establece un procedimiento administrativo con dos fases en las que implica a los jueces contencioso-administrativos con el fin de proteger de manera específica los derechos de propiedad intelectual. Esta nueva vía administrativa no impide que se pueda recurrir, como se señala expresamente en la propia reforma, a las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes. Por tanto, estamos ante la habilitación especial de una vía administrativa, en la que se prevé una intervención judicial,

22 Véase en España, y a título de ejemplo, AP Barcelona (Sección 15ª), sentencia nº 301/2001, de 7 de julio (recurso nº 589/2010, ponente: Rallo Ayezuren); se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada por la sección especializada en asuntos mercantiles, que confirma la sentencia que en instancia desestima una demanda de la SGAE contra un particular para que declarase que reproducía ilegítimamente obras musicales del repertorio de la sociedad de autores a través de un sitio de Internet y para que ordenase la cesación de la utilización en el sitio mencionado, o en cualquier otro, la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación, y reclamaba una indemnización por daños y perjuicios de los daños causados y por el importe de las investigaciones efectuadas con carácter previo a la demanda; sin embargo, y en este supuesto, la Audiencia Provincial barcelonesa considera: «la descarga del archivo se produce desde un sitio web diferente del sitio del demandado y el usuario puede advertirlo. Pese a su denominación, no se trata de descargas directas desde el sitio del enlace, sino que este redirecciona –como se dice en la demanda– a otro distinto». En la sentencia de instancia se hacía referencia expresa a la responsabilidad penal, civil y administrativa de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información señalada en el artículo 13 de la Ley española de los servicios de la sociedad de la información, lo que no fue acreditado por la SGAE.

23 En la exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se explica: «La presente ley, que exigirá un posterior desarrollo reglamentario en los aspectos referidos a condiciones de acceso a las redes, conservación de números, contenido de las notificaciones en caso de violación de datos personales, derechos de los consumidores, bloqueo del acceso a números o servicios, derechos de los abonados en relación con los datos personales y la privacidad, y la regulación relativa a los títulos habilitantes otorgados a través de un procedimiento de licitación, entre otras cuestiones, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de las Directivas citadas, respetando plenamente los principios recogidos en ellas, aunque adaptándolos al estado de la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en nuestro país, pues se da la circunstancia de que algunas de las novedades que incorporan las Directivas, sobre todo en lo que se refiere a garantías de derechos de usuarios, habían sido con anterioridad incorporadas a nuestras normas nacionales» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A: 27 de mayo de 2011, núm. 124-1, pg. 2).

diseñada de manera especial para luchar contra las violaciones de los derechos de propiedad intelectual en Internet.

Por una parte, en virtud de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, se encomienda al Ministerio de Cultura la competencia de velar «por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información». A tal efecto, se crea la Comisión de Propiedad Intelectual, que actúa por medio de dos secciones: la Sección Primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje, y la Sección Segunda velará, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. Estas competencias se traducen, en definitiva, en dos tipos de actuaciones: cortar el acceso a Internet y retirar los contenidos de Internet, o, con palabras de la *Ley Sinde*, «adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial».

La nueva regulación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual establece su composición, su funcionamiento y el procedimiento a seguir. Se prevé un desarrollo reglamentario del funcionamiento y del procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas esta Sección Segunda²⁴.

La Sección Segunda, integrada por cinco miembros, está presidida por el subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que este delegue, y se compone de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia. Se trata, por tanto, de un órgano administrativo integrado por funcionarios y a los que se supone con un alto grado de profesionalidad que, no obstante, siguen la dirección política marcada por el Gobierno de la Nación. Por lo que se refiere al funcionamiento de la Sección Segunda, se establecen como principios de su actuación la objetividad y la proporcionalidad.

Todo el sistema institucional está al servicio del nuevo procedimiento para el restablecimiento de la legalidad consistente en cortar el acceso o en retirar los contenidos ilegales de Internet. La información precisa

sobre este nuevo «procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual» la proporciona su desarrollo reglamentario, realizado mediante el referido Real Decreto.

No obstante, al iniciar el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, la Comisión de Propiedad Intelectual necesita obtener los datos precisos sobre la conexión a Internet del presunto vulnerador de los derechos de propiedad intelectual. En suma, debe tenerse en cuenta que las actuaciones relevantes desde el punto de vista jurídico están vinculadas a los presuntos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual y son: la solicitud de sus datos sobre la conexión a Internet, la prohibición de acceder a Internet y la retirada de determinados contenidos en Internet; obviamente, las acciones de revelación de los datos de conexión, la prohibición de acceso y la retirada de contenidos depende, en gran medida, de los prestadores de los servicios de la sociedad de información.

El procedimiento se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio. A este procedimiento se aplican los derechos de defensa y los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud y las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa.

La *Ley Sinde* prevé que se realicen dos actuaciones: la primera, que el reglamento de desarrollo denomina «fase preliminar del procedimiento», consiste en que el órgano administrativo y, subsidiariamente, el juez contencioso-administrativo requiera a los prestadores de servicios la cesión de datos para identificar al responsable de la conducta presuntamente ilícita; y, la segunda, es el resultado de la decisión constatando la ilegalidad de la conducta contraria a los derechos de propiedad intelectual y consiste en un requerimiento, cuyo cumplimiento forzoso debe dictar también el juez contencioso-administrativo, para poner fin a la conducta considerada ilegal por el órgano administrativo.

La primera intervención judicial se refiere al derecho de protección de datos personales en poder de los proveedores de servicios electrónicos²⁵. Esta intervención judicial debe ser solicitada por la Comisión de Propiedad Intelectual y está amparada por el nuevo artículo 8.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

24 El Borrador de Real Decreto __/2011, de __ de _____, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, así como el procedimiento para el ejercicio de sus funciones, fue adoptado en abril de 2011, se sometió a información pública y fue comunicado a la Comisión Europea, que dio su visto bueno el 22 de julio de 2011.

co, conforme al cual: «Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento». Este requerimiento de la Comisión de Protección Intelectual para identificar al «responsable de la presunta conducta vulneradora de los derechos de propiedad intelectual» exige la previa autorización judicial por estar en juego derechos fundamentales, de modo que, solo seguidamente, «una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación».

Esta fase preliminar del procedimiento administrativo constituye, en realidad, una actuación administrativa de investigación que, al afectar ya en esta fase del procedimiento a un derecho fundamental como es el de la protección de datos, requiere la autorización judicial. Esta autorización judicial relativa a la cesión de datos corresponde otorgarla a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

La solicitud de la cesión de datos personales con el fin de proteger el derecho de propiedad intelectual tiene un paralelismo evidente con la regulación derivada de la Directiva de conservación de datos, que, sin embargo, y como ya se ha subrayado, está dirigida únicamente a la persecución de delitos graves. Por tanto, no puede considerarse que las obligaciones de conservación de tales datos por un plazo de un año sean aplicables en este supuesto. De modo que la regulación en este ámbito de la protección de la propiedad intelectual deja abiertos numerosos interrogantes que no se pueden resolver apelando a una regulación europea prevista para otro tipo de problemas. Sería preciso, si acaso, una previsión europea o, desde luego, nacional que establezca una obligación clara de los prestadores de servicios de acceso a Internet de mantener por un determinado periodo de tiempo tales datos.

La segunda intervención judicial se produce respecto de la ejecución del acto que resuelve el procedimiento de restauración de la legalidad: la Comisión de Propiedad Intelectual decide en un plazo máximo

de tres días y una vez que se haya practicado la prueba en dos días y con traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. El control jurisdiccional de tal resolución se encomienda a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que, no hace falta recordarlo, debe ser impugnada en dos meses, al cabo de los cuales la resolución administrativa sería firme.

Pues bien, la ejecución de la decisión de la Comisión, consistente en la prohibición de acceso a Internet del infractor o en la obligación de que se retiren los contenidos reputados administrativamente como ilegales, puede ser voluntaria o forzosa. Si se deja de acceder a Internet o se retiran voluntariamente los contenidos, terminaría el procedimiento, sin que sea previsible litigio alguno. En otro caso, y para imponer el cese de los servicios y para retirar los contenidos, se exige nuevamente la previa autorización judicial, al estar en juego derechos fundamentales como la libertad de expresión, de información, etc. Es precisamente en este supuesto donde la *Ley Sinde* introduce el segundo procedimiento judicial especial de autorización encomendado también a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, y denominado reglamentariamente «Autorización judicial para la ejecución forzosa de la resolución».

La regulación de la *Ley Sinde* resulta peculiar por cuanto, por una parte, sin que pueda calificarse el procedimiento administrativo de sancionador, presenta todos los elementos básicos que reclaman las garantías de este tipo de intervención administrativa y aun cuando la Administración pretende asumir la función dirimente en lo que se refiere a la comisión de ilícitos; ciertamente, estos no pueden ser calificados como penales, tampoco administrativo-sancionadores, y con cierta dificultad podrían considerarse ilícitos civiles. Y, por otra parte, la intervención del juez contencioso-administrativo no está prevista para controlar la legalidad de la actuación administrativa, lo que resulta asegurado por la revisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sino para que el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo autorice la limitación por una decisión administrativa de un derecho fundamental como es el de libertad de expresión o del derecho de información.

25 En el Proyecto de ley del Gobierno se proponía únicamente la intervención judicial en cuanto a los derechos del artículo 20 de la Constitución, pero no en relación con el derecho a la protección de datos; sin embargo, el informe del Consejo General del Poder Judicial (Pleno), Informe de 28 de enero de 2010, al anteproyecto de Ley de economía sostenible, apuntaba el carácter sancionador o cuasi sancionador del procedimiento y, al mismo tiempo, señalaba la necesidad de la autorización judicial de determinadas medidas y no solo de «las contenidas en una resolución adoptada por la CPI pendiente de ejecución, lo que parece abocar únicamente a medidas adoptadas en resoluciones que ponen fin al procedimiento, sino también aquellas que se adopten con carácter cautelar en el curso de un procedimiento no concluso».

2. *La misión de los tribunales de lo contencioso-administrativo: autorización de la cesión de datos personales, ejecución forzosa de la interrupción del servicio o la retirada de contenidos y el control de la decisión administrativa*

Que la nueva regulación encomiende el control judicial de las resoluciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual a los tribunales de lo contencioso-administrativo, en este caso de la Audiencia Nacional, era inexcusable por tratarse, simplemente, de una intervención administrativa sujeta, como es obvio, a control jurisdiccional. Sin embargo, lo más novedoso es el establecimiento de dos procedimientos especiales de autorización judicial para, por una parte, obligar a la cesión de datos personales y, por otra parte, para la ejecución forzosa de la interrupción del servicio o la retirada de contenidos, sea o no firme el acto de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La intervención judicial responde, sin lugar a dudas, de los límites inherentes a la actuación administrativa para restringir determinados derechos fundamentales. En el primer caso, y respecto del derecho a la protección de datos personales, prácticamente en los mismos términos que para el caso de la entrada en domicilio, el legislador ha considerado que obligar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a proporcionar datos de terceras personas –los presuntos ciberpiratas– solo puede imponerla un juez. Del mismo modo, la interrupción del servicio de acceso a Internet y la retirada de contenidos de la red requieren la autorización judicial en la medida en que afectan a derechos fundamentales, como notoriamente es el caso de la libertad de expresión.

Esta perspectiva está en sintonía, por ejemplo, con las preocupaciones del Consejo de Europa y con el Consejo Constitucional francés.

En 2008, el Comité de Ministros del Consejo de Europa subrayaba que cualquier intervención de un Estado miembro que prohíba el acceso a un contenido específico de Internet podría constituir una restricción a la libertad de expresión y de acceso a la

información en un entorno en línea, y que una restricción de tal naturaleza debería cumplir las condiciones del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶.

Del mismo modo, y en 2009, el Consejo Constitucional francés, pronunciándose precisamente sobre la regulación de la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y a la Protección de Derechos en Internet (HADOPI), declaró la inconstitucionalidad de numerosas previsiones de la Ley n.º 2009-669, de 12 de junio. En este caso, la Ley francesa encomendaba a la Comisión de Protección de Derechos, constituida en el seno de la HADOPI, la aplicación de un procedimiento de advertencia a los titulares de un acceso a Internet que fuese utilizado para vulnerar los derechos de propiedad intelectual. El Consejo Constitucional anuló numerosos artículos de la nueva regulación a partir de este razonamiento: «los poderes de sanción establecidos por las disposiciones impugnadas facultan a la Comisión de Protección de Derechos, que no es un órgano jurisdiccional, para restringir o para impedir el acceso a Internet de los abonados, así como de las personas que se benefician de tal servicio; sin embargo, la competencia reconocida a esta autoridad administrativa no se limita a una categoría particular de personas, sino que incluye a la totalidad de la población; sus poderes pueden conducir a restringir el ejercicio de cualquier persona de su derecho a expresarse y a comunicar libremente, especialmente desde su domicilio; en estas condiciones, y habida cuenta de la naturaleza de la libertad garantizada por el artículo 11 de la Declaración de 1789, el legislador, cualesquiera que sean las garantías en que se enmarque la imposición de las sanciones, no puede confiar tales poderes a una autoridad administrativa con el fin de proteger los derechos de los titulares del derecho de autor y de derechos similares»²⁷.

Para enmendar esos defectos sustanciales se adoptó la Ley 2009-1311, de 28 de octubre de 2009, relativa a la protección penal de la propiedad literaria

26 Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2008) 6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas destinadas a promover el respeto de la libertad de expresión y de información en relación con los filtros en Internet.

27 Consejo Constitucional francés, Décision n.º 2009-580 DC de 10 de junio de 2009; disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html> (consultado el 1 de agosto de 2011); el tenor el apartado transcrito es así: «16. Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilient la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins».

y artística en Internet, y una vez hubo pasado, con solo alguna dificultad procedimental, la segunda criba de constitucionalidad²⁸.

Así pues, el control de la resolución de fondo de la Comisión de Propiedad Intelectual se atribuye, como ocurre con otro tipo de organismos de carácter similar y, más en especial, como sucede con los actos administrativos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Sobre la extensión de tal control debo remitir a la teoría general; también en este supuesto cabe exigir la adopción de medidas judiciales de carácter cautelar que, en teoría, podrían ser contrarias a las ya adoptadas por el Juzgado Central. Y, en consecuencia, la novedad de la *Ley Sinde* es precisamente establecer dos procedimientos ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo: uno con el fin de que se pueda requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información *la cesión de los datos* que permitan identificación de los presuntos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual; y el otro para la ejecución forzosa de un requerimiento administrativo con el fin de que *se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos* que vulneren la propiedad intelectual.

En la misma *Ley Sinde* el procedimiento para exigir la cesión de datos de los proveedores de servicios de Internet resulta convenientemente justificado, en la medida en que está en juego un derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4.2º de la Constitución. Ahora, el artículo 8.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico no deja lugar a dudas: «En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados».

El procedimiento judicial para autorizar el requerimiento de la cesión de datos exige que se inicie con la solicitud del órgano administrativo en la que se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos. El Juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución, autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18, apartados 1 y 3, de la Constitución.

La cita específica del artículo 18.1 sobre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y del artículo 18.3 de la Constitución sobre el secreto de las comunicaciones no impide un control del derecho a la protección de datos personales en los términos que se deducen del artículo 18.4 de la Constitución. Ciertamente, en el concepto intimidad personal y familiar pueden entenderse incluidos los derechos de privacidad y de protección de datos personales, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹.

El procedimiento para la ejecución forzosa del requerimiento administrativo de restauración de la legalidad tiene dos fases: una administrativa y otra judicial. La administrativa resulta manifiesta y corresponde a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Sin embargo, la judicial se encomienda a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y su regulación es como sigue: «En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». Esta exigencia de autorización judicial está expresada en el último párrafo del artículo 8.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico: «En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».

El procedimiento judicial para la ejecución forzosa de cesación, bien con la interrupción de la prestación bien con la retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual, se inicia con la solicitud de la Comisión al Juzgado Central de autorización para su ejecución en cuanto a la posible afectación de los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución (libertad de pensamiento de expresión, de producción y creación, de cátedra y de información). El Juzgado debe poner de manifiesto en un plazo de dos días el expediente y debe convocar al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, se oiga a todos los personados. El plazo para

28 Consejo Constitucional francés, Décision n_ 2009-590, DC de 22 de octubre de 2009.

29 Sobre este particular, remito nuevamente a mi estudio, ya citado, «Privacidad y protección judicial de los datos personales».

resolver mediante auto es de dos días y la decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida. No hay duda de que contra el auto concediendo o denegando la ejecución forzosa cabría recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Las dos autorizaciones judiciales previstas en esta materia y pensadas expresamente para acabar administrativamente con las descargas ilegales tienen una configuración bien distinta. En la autorización judicial de la cesión de datos personales, el procedimiento judicial se articula con la finalidad de permitir la investigación administrativa que, de otro modo, no podría realizarse en muchos casos al no poder superar por sí misma la Administración el obstáculo de la garantía judicial del derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, el procedimiento judicial de la autorización de la ejecución forzosa de la decisión administrativa que constante la vulneración de los derechos de propiedad intelectual resulta confuso y, en cierto modo, innecesario³⁰.

La confusión deriva de la doble atribución a los juzgados centrales y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de la competencia para autorizar la ejecución administrativa forzosa (juzgados) y para controlar la legalidad de la decisión administrativa (Sala). La intervención judicial refuerza la autotutela ejecutiva reconocida en el Derecho español a la Administración, sin perjuicio, desde luego, del control, tanto cautelar como de fondo, por los tribunales contencioso-administrativos. En efecto, al afectar la ejecución administrativa forzosa al derecho fundamental de expresión, el legislador ha establecido un mecanismo judicial de autorización. Sin embargo, la autorización judicial se pronunciará sobre la ejecución de un acto administrativo que puede someterse a enjuiciamiento en su totalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y ante la cual también sería posible solicitar la suspensión de su ejecutividad. De modo que el eventual conocimiento a título cautelar por la Sala impediría seguir ante el Juzgado Central un procedimiento de autorización judicial de la ejecución provisional. De modo que únicamente cuando no se haya iniciado el procedimiento judicial ante la Sala o solo una vez que esta deniegue la suspensión provisional, podría solicitarse del

Juzgado Central la autorización de la ejecución administrativa forzosa consistente en prohibir el acceso o retirar los contenidos de Internet.

Por lo demás, y en el enjuiciamiento que corresponde hacer al Juzgado Central, no puede limitarse a una mera confirmación de las medidas administrativas, sino que debe exigir una ponderación de los derechos fundamentales en juego, especialmente en lo que se refiere a la autorización de ejecución provisional. Pero también, aunque menos intensamente en cuanto se refiere a la autorización relativa al suministro de datos personales. En este sentido, un tribunal especialmente comprometido con la libertad de expresión como el estadounidense ha recordado la íntima vinculación entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad de expresión, habiendo advertido en su sentencia *Sorrell v. IMS Health Inc* de que la privacidad es un concepto demasiado consustancial a las personas y es un derecho también esencial para la libertad como para permitir su manipulación en apoyo únicamente de aquellas ideas que sean las preferidas del gobierno³¹.

IV. Conclusión

El desarrollo vertiginoso de la técnica presenta nuevos desafíos a la convivencia y a las soluciones jurídicas apropiadas. El problema es que tanto el legislador como la administración y los jueces tienen una tarea realmente difícil de llevar a cabo no solo por los cambios tecnológicos, sino también por la dificultad de elegir las soluciones jurídicas más idóneas. En lo que se refiere a la lucha contra la piratería en el ciberespacio y las consiguientes descargas ilegales en Internet, no puede perderse de vista la dimensión de la mera protección de los derechos propiedad intelectual ni tampoco los efectos que produce en determinados derechos fundamentales como la protección de los datos personales y la libertad de expresión. El hecho de que al menos en teoría estén en juego derechos fundamentales obliga a una ponderación de los mismos y las soluciones aportadas son siempre casuísticas.

El contexto europeo no ofrece una solución específica, sino que la legislación de la Unión Europea actúa como límite estableciendo normas específicas en ámbitos como los de la conservación de datos personales

30 Germán M. TERUEL LOZANO, «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* n.º 25, 2011, pgs. 81-103. Véanse numerosos e interesantes estudios publicados en Lorenzo COTINO HUESO (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011, disponible en <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-elibertades-2010> (consultado el 1 de agosto de 2011), en particular, del mismo Germán M. TERUEL LOZANO, «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», pgs. 52-87.

31 Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Sorrell v. IMS Health Inc*. 564 U. S. ____ (2011), antes citado: «Privacy is a concept too integral to the person and a right too essential to freedom to allow its manipulation to support just those ideas the government prefers».

aplicables únicamente en relación con la persecución de delitos graves, pero no para eventuales intervenciones administrativas. Además, los vertiginosos cambios producidos en poco tiempo difícilmente pueden ser desafiados por una legislación europea sometida a lento procedimiento de propuesta por la Comisión Europea, de adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo y de transposición por cada Estado miembro. En cambio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea empieza a clarificar el alcance de los límites a los derechos de los interesados y a los poderes de los jueces para hacer efectivos tales derechos en una ponderación de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la libertad de expresión.

En España se ha establecido una vía administrativo-judicial de protección de los derechos de propiedad intelectual y, como novedad, se han arbitrado dentro de esta vía administrativa dos nuevos procedimientos judiciales para la autorización de la cesión de datos y para la autorización de la ejecución forzosa de la cesación por interrupción del acceso a Internet o por la retirada de contenidos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, esta opción legislativa sigue planteando serias dudas en su diseño jurídico y en sus resultados prácticos.

Por una parte, la intervención administrativa no tiene una configuración jurídica clara. En efecto, no se trata de una intervención propiamente sancionadora, pero sus efectos, en la medida en que suponen la obligación de dar a conocer datos que pertenecen a la vida privada de las personas y en tanto que implican una limitación del ejercicio de derechos de acceder a un servicio de Internet y de utilizar la red, son plenamente sancionadores.

Por otra parte, la articulación administrativa y judicial tampoco resulta muy ortodoxa jurídicamente hablando, no tanto en lo que se refiere a requerir la autorización judicial para conocer determinados datos personales, sino en cuanto a la autorización judicial para limitar los derechos inherentes al acceso a Internet. Esta falta de claridad en el procedimiento adoptado se debe, en primer lugar, a que los poderes públicos han adoptado un procedimiento en defensa de los derechos

de propiedad intelectual de unos frente a todos, obviando, de algún modo, que la protección que debe hacerse es no solo de los derechos de unos, ciertamente legítimos, sino de los derechos de todos, incluidos los fundamentales³². En este sentido, la nueva vía administrativa parece erigirse en salvífica para los intereses de unos, los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, cuando la vía penal y, en especial, la vía civil resultan más apropiadas y, desde luego, más equilibradas. En efecto, si las descargas son ilegales constituyen un delito, lo que reclaman es la intervención del Derecho penal, o constituyen una infracción administrativa, lo que subsidiariamente apoderaría a la Administración para intervenir y para imponer la consiguiente sanción administrativa, y dando órdenes de cesación de la conducta administrativa sancionable. Sin embargo, la *Ley Sinde* ha optado por un *tertium genus* que plantea serios interrogantes y que, en todo caso, resulta una vía más cómoda para los titulares de los derechos de autor, pero en todo caso mucho más imperfecta que la tradicional vía civil que, ciertamente, sigue abierta.

En suma, se ha establecido un híbrido de intervención administrativa y de autorización judicial que supone una atribución exorbitante a favor de la Administración y que, particularmente en cuanto se refiere a la autorización por el Juzgado Central de la ejecución administrativa forzosa, puede producir incoherencias procesales para el caso de que, como es muy probable, los interesados soliciten la adopción de medidas cautelares de suspensión por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y, sin perjuicio, en todo caso, de lo que finalmente decida la propia Sala sobre la legalidad de la resolución administrativa.

Por esa razón, la virtud más relevante de la nueva regulación española ha sido probablemente indicar que, además de la nueva vía administrativa-judicial, siguen existiendo las tradicionales vías judiciales ordinarias, especialmente la penal y la civil, para proteger los derechos de propiedad intelectual. Desde el punto de vista práctico, los efectos de esta especialísima vía administrativa-judicial es probable que no sean lo suficientemente disuasorios y que no pasen de constituir una mera estrategia pedagógica para solucionar un problema acuciante en el que la del legislador se ha quedado en la frecuente actuación de amagar y no dar³³.

32 El Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de junio de 2010, sobre la gobernanza de Internet: los próximos pasos [2009/2229 (INI)], subraya: «la necesidad de reforzar el desarrollo de planteamientos ascendentes y de la democracia informática, velando al mismo tiempo por que se establezcan salvaguardias significativas contra nuevas formas de vigilancia, de control y de censura por parte de los actores públicos o privados, de modo que la libertad de acceso a Internet y la protección de la vida privada sean reales y no ilusorias» (DOUE n° C 236 E, de 12 de agosto de 2011, pg. 3, apartado 4).

33 En España se sigue la estela de la legislación francesa, antes citada, que, expresamente, al instituir la Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los Derechos en Internet, le encarga la aplicación mecanismo de advertencia a los titulares de un acceso a Internet que haya sido utilizado para una falsificación denominándolo proceso de respuesta graduada (*réponse graduée*) y definiéndolo como dispositivo pedagógico de sensibilización (*dispositif pédagogique de sensibilisation*).