



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por Eduardo Novella González  
del Castillo

Con objeto de estudio de *Los derechos de Autor en las plataformas digitales; El ejemplo YouTube.*

Director/es

D. Miguel Lacruz Mantecón.

Universidad de Zaragoza  
2016

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>I. PARTES.....</b>	<b>3</b>
<b>II. HECHOS.....</b>	<b>5</b>
<b>III. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.....</b>	<b>7</b>
<b>IV. ESTUDIO DEL FONDO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.....</b>	<b>8</b>
<b>I. YOUTUBE COMO PLATAFORMA.....</b>	<b>8</b>
<b>II. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN ESPAÑA.....</b>	<b>12</b>
<b>III. EL COPYRIGHT EN EEUU: LA RESOLUCIÓN DEL CASO YOUTUBE V VIACOM.....</b>	<b>17</b>
<b>IV. YOUTUBE V VIACOM EN ESPAÑA.....</b>	<b>28</b>
<b>V. SOLUCIÓN AL PROBLEMA.....</b>	<b>32</b>
<b>VI. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>40</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

El objeto del presente dictamen es la elaboración de un análisis jurídico sobre los derechos de autor en las plataformas digitales. Desde su creación las plataformas digitales han ido adquiriendo popularidad hasta el punto de llegar a convertirse en un fenómeno social y cultural.

Lo que comenzó siendo una oportunidad para los autores ha acabado convirtiéndose en un auténtico quebradero de cabeza. Este cambio radical en la postura de los autores respecto al tema está estrechamente vinculado con el avance de las nuevas tecnologías.

Resulta que actualmente la velocidad de adaptación de la ley a las nuevas tecnologías es inferior a la velocidad de cambio del mercado y de desarrollo de las nuevas tecnologías.

Por ello a través de este trabajo voy a intentar explicar la regulación actual y destacar los cambios que la misma ha ido sufriendo hasta entenderla tal y como se presenta en la actualidad.

## **II. ANTECEDENTES**

### **I. PARTES**

El caso YouTube es uno de los casos más mediáticos de los últimos tiempos. La razón de su interés no sólo se debe a la cantidad de millones en juego –más de un billón- sino a la importancia de las entidades y modelos de negocio discutidos.

Es un caso que pone en el estrado a internet y a las industrias que han hecho del mismo su negocio más valioso. El caso objeto de estudio es concretamente contra YouTube, sin embargo se trata de un caso a seguir muy de cerca por otras plataformas como Facebook, Twitter o Instagram<sup>1</sup> que también permiten alojar un tipo de contenido similar al que YouTube aloja en sus servidores.

Las partes en el proceso son dos: VIACOM y YouTube.

---

<sup>1</sup> Página oficial de la ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, «<https://www.eff.org/cases/viacom-v-youtube>», accedido en Septiembre de 2016.

VIACOM. INC ostenta la condición de demandante. Se trata de una de las marcas de entretenimiento más importantes del mundo. Con una red internacional que excede de los 700 millones de suscriptores, la multinacional estadounidense es muy famosa por ser propietaria de una multitud de marcas de reconocido prestigio<sup>2</sup> como MTV, VH1, CMT, Logo, BET, CENTRIC, Nickelodeon, Nick Jr., TeenNick, Nicktoons, Nick at Nite, COMEDY CENTRAL, TV Land, SPIKE, Tr3s, Paramount Channel y VIVA.<sup>3</sup>

Estamos hablando de una compañía con unos intereses económicos estratosféricos. El hecho de que VIACOM sea la demandante en el procedimiento se debe a que YouTube procede a la emisión de material propiedad de VIACOM sin tener ni licencias ni otro tipo de autorización que le habilite a ello.

Al procedimiento también se añadió la Premier League a través de una figura que si bien no existe como tal en nuestro ordenamiento jurídico podría asemejarse a lo que aquí se entiende como co-demandante.

Como ya he adelantado YouTube es quién ostenta la condición de demandado en el presente procedimiento. YouTube es una plataforma que se dedica a ofrecer la emisión de vídeos de forma gratuita. YouTube pertenece a Google desde que esta adquiriera la propiedad en octubre del 2006.<sup>4</sup>

El hecho de que Google ostente la propiedad de YouTube es de vital importancia por dos factores. El primero dado que esta circunstancia añade un extra de repercusión mediática al caso, y el segundo debido a que el fallo de la sentencia va a poder ser potencialmente aplicable al resto de las plataformas que Google tiene en propiedad.

A título informativo YouTube es una empresa norteamericana afincada en San Francisco. Esta localización va a marcar el fuero del caso y con ello la legislación aplicable. Sin embargo y como veremos posteriormente no van a existir grandes diferencias legislativas entre Europa y EEUU. El principal motivo de estas similitudes obedece a los intereses económicos de ambas potencias que son productoras y

---

<sup>2</sup> Página oficial de VIACOM, «<http://www.viacom.com/brands/pages/default.aspx>, accedido el 19/10/2016»

<sup>3</sup> Nos encontramos ante un gigante de la industria del entretenimiento. Si quisiéramos hacer un símil con su sucedáneo aquí en España, Viacom sería salvando las distancias como el grupo ATRESMEDIA.

<sup>4</sup> Página oficial de la BBC News, «<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6034577.stm>.», accedido en Noviembre de 2016.

compradoras respectivamente y a las que les interesa una regulación parecida para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema.

## II. HECHOS

Para conocer la historia del caso hay que remontarse al año 2005 cuando tres empleados de PayPal deciden iniciar una nueva aventura y crean el portal de vídeos YouTube. En 2006 YouTube ya se había posicionado al frente de las empresas más rentables del mundo. Fue su rápido crecimiento lo que motivó que ese mismo año fuera adquirida por el gigante de las telecomunicaciones Google.

Como ya he mencionado la principal actividad de YouTube era y es la de emitir vídeos online. Los vídeos son creados y subidos por los usuarios, siendo YouTube el que permite la posibilidad de almacenamiento online. Otro dato a tener muy en cuenta es que aunque posteriormente se han derivado problemas legales de la actividad de YouTube, la intención de los creadores de la plataforma no fue la de articular una plataforma que emitiera material protegido no autorizado de forma gratuita, sino que ha sido una consecuencia derivada de la popularidad que ha llegado a adquirir la plataforma.

En Marzo de 2007 VIACOM demandó a YouTube por la cantidad de 1 billón de dólares entendiéndolo que esta última había cometido una infracción de copyright al permitir que se visualizara contenido protegido a través de su plataforma. VIACOM estimaba que alrededor de unos 150.000 vídeos no autorizados se estaban alojando y reproduciendo en la plataforma de forma ilegal.

Entre los programas propiedad del conglomerado de marcas, los que mayores ratios de visualización obtuvieron fueron *Bob Sponja o The Daily Day*.

En su demanda VIACOM se centró más en argumentar el hecho de que se estaba emitiendo material no autorizado que en especificar concretamente los vídeos que habían sido infringidos, circunstancia que sería vital a la hora de exculpar a YouTube.

También tuvo una enorme importancia en la resolución del caso el hecho de que una vez notificada la demanda, YouTube procedió al día siguiente a eliminar cualquier tipo

de material copiado propiedad de VIACOM. Fue una medida muy expeditiva y que demostró las buenas intenciones de YouTube ya desde el inicio del procedimiento.

Las demandas realizadas por VIACOM estaban basadas en cuatro tipos de infracciones diferentes sobre copyright, la infracción directa (*direct infringement*), la infracción por contribución (*contributory infringement*), la infracción por beneficiarse de la contribución al incumplimiento (*vicarious infringement*) y la infracción por inducir al incumplimiento (*inducement infringement*).

El siguiente hito importante en el caso tuvo lugar en Julio de 2008 cuando VIACOM consiguió en la fase procesal del *discovery*<sup>5</sup> que el juez encargado del caso requiriera a YouTube a que proporcionara los datos de historial de búsqueda de sus clientes así como correos internos entre trabajadores de la plataforma.

En esta fase típica de los juicios norteamericanos tanto VIACOM como YouTube obtuvieron información muy valiosa que luego incorporaron a sus defensas.

VIACOM además de obtener un listado de las personas que habían infringido sus derechos de autor<sup>6</sup> también pudo tener acceso a unos correos electrónicos confidenciales que se intercambiaron los fundadores de YouTube y algunos de sus directivos.

En estos correos se podía ver como los miembros de la plataforma comenzaban a ser conscientes del problema que podía tener la plataforma con el copyright incluso antes de la interposición de la demanda. En ellos se podía leer la preocupación que les suscitaba el hecho de haberse dado cuenta de que el número de vídeos ilegales estaba creciendo exponencialmente.

---

<sup>5</sup> El *discovery* es un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en la vista del juicio. Sirve también para confrontar a un testigo que sí pueda acudir al juicio con sus propias declaraciones, en caso de que resulten contradictorias Pero primordialmente sirve para perfilar tanto la propia posición como la posición del contrario. GUAL GRAU, C, «Breves apuntes sobre el Discovery», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 29, 2011, p. 114-119.

<sup>6</sup> Página oficial de la BBC news, noticia publicada el día 3 de julio de 2008, «<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7488009.stm>», accedido en Noviembre de 2016; Página oficial del New York Times, «<http://www.nytimes.com/2008/07/04/technology/04youtube.html>», accedido en Noviembre del 2016.

Por su parte YouTube a través de esta fase tuvo conocimiento de que VIACOM había contratado a más de 18 empresas de marketing diferentes con el objetivo de que estas en su nombre «subieran» contenidos propiedad de VIACOM a YouTube. Este movimiento de VIACOM tenía como principal objetivo el utilizar la plataforma como lanzadera publicitaria a sus contenidos. Semejante descubrimiento hizo que YouTube alegara en su defensa que no sólo VIACOM no sufría pérdidas debido a la actividad de YouTube sino que la misma le ayudaba a promocionar sus programas y conseguir más audiencia.<sup>7</sup>

El caso objeto del presente dictamen está compuesto de un juicio sumario (*summary judgement*<sup>8</sup>) y dos recursos (*appeals*<sup>9</sup>).

Se trata de un caso cerrado pero que admite mucha discusión ya que la ley no es clara al respecto.

Existen muchas interpretaciones y todas ellas pueden ser válidas. A lo largo del presente dictamen voy a intentar explicar cuál es el marco jurídico actual en la materia, así como intentaré explicar como se habría resuelto este mismo caso si por las circunstancias que fueran hubiera tenido que ser debatido en España.

### III. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El presente dictamen aborda el tema de los derechos de autor en las plataformas digitales, como lo son YouTube o Facebook.

La cuestión jurídica que nos plantea este caso tiene que ver con la delimitación de las responsabilidades en un supuesto de infracción masiva de copyright.

El hecho de que se haya cometido una infracción en materia de derechos de autor es algo notorio y no discutible. Sin embargo no existe una postura clara acerca de quiénes son los responsables de esa infracción y es en este aspecto en el que más me voy a centrar en el presente dictamen.

---

<sup>7</sup> ZAHAVAH LEVINE, «Broadcast Yourself», en Blog Oficial de YouTube, a fecha 18 de Marzo de 2010.

<sup>8</sup> Summary Judgement, United States District Court of New York, 23 de Junio de 2010, <[https://www.docketalarm.com/cases/New\\_York\\_Southern\\_District\\_Court/1--07-cv-02103/Viacom\\_International\\_Inc.\\_et\\_al\\_v.\\_Youtube\\_Inc.\\_et\\_al/364/](https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc._et_al_v._Youtube_Inc._et_al/364/)>.

<sup>9</sup> United State Court of Appeal, Second Circuit, 5 de Abril de 2012 y la sentencia final del United States Court of New York, 18 de Abril de 2013.

## IV. ESTUDIO DEL FONDO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

### I. YOUTUBE COMO PLATAFORMA

¿Qué es YouTube?.

YouTube es una plataforma digital web 2.0<sup>10</sup> que nació en el año 2006 y que un año después se consolidó como una «*start up*» de éxito tal que fue adquirida por la multinacional Google.

La principal fortaleza de YouTube reside en la confianza depositada en su idea inicial. Desde su nacimiento YouTube no ha tenido ni la tentación ni la intención de cambiar su modelo de negocio, circunstancias que han llevado a YouTube a la cúspide de las plataformas basadas en el «*broadcast*»<sup>11</sup>.

Para contextualizar la creación de la plataforma hay que remontarse al año 2006. En aquél momento tres trabajadores de *pay-pal* se preguntaron ¿Y si se pudiera comunicar en tiempo real lo que estamos haciendo cada uno?.

Así se germinó la que ahora conocemos como la mayor plataforma de visionado de contenido online del momento.

Sin embargo y aunque el principal pilar de YouTube son los vídeos, la plataforma no se ha quedado estática en su oferta de contenido sino que cada año va incorporando nuevas funciones. Tal es la aceptación de YouTube que a día de hoy se ha convertido en un fenómeno social.

---

<sup>10</sup> Hay que decir que algunos teóricos no entienden la idea de concebir a YouTube como una plataforma web 2.0 sino como una plataforma web 1.0. Personalmente considero que es encuadrable entre las plataformas web 2.0 en tanto que YouTube es una plataforma que permite la interacción entre usuarios. Las plataformas web 1.0 se caracterizan porque la interacción entre usuarios es inexistente mientras que las plataformas web 2.0 que es la predecesora de la 1.0 se caracteriza porque los usuarios que acceden a la misma pueden interactuar entre ellos. MURRAY, A, *Information Technology Law, The Law and the Society*, 3º edic., Oxford, Glasgow, 2016, p. 111-114

<sup>11</sup> Término anglosajón utilizado para expresar aquellas plataformas que permiten el visionado online de contenidos.



Se ha llegado a tal punto que incluso existe gente que se dedica profesionalmente a subir vídeos a internet, siendo esa es su principal fuente de ingresos. Son los conocidos *youtubers*.

Actualmente además de poder ver vídeos de diferente tipología el usuario de YouTube puede interactuar con el resto de usuarios a través de opciones como son el «*rating*»<sup>12</sup>, el «*feedback*»<sup>13</sup> o incluso la propia comunicación directa entre usuarios.

Esta diversidad de opciones que YouTube ofrece es precisamente lo que coloca a la plataforma entre las nuevas web 2.0 de la época dando un salto cualitativo desde las antiguas web 1.0 en las que la interacción entre usuarios era mínima o inexistente.

Antes de entrar de fondo a explicar como funciona la plataforma, me gustaría aclarar que a diferencia de lo que mucha gente cree **YouTube no es una plataforma P2P**.

Una plataforma P2P se caracteriza porque sus funciones se limitan a poner en contacto a los usuarios que acceden a la misma. Utilizo el término limita porque es esa la única función de la plataforma, dotar un espacio virtual en el que los usuarios a través de el mismo intercambiarse mutuamente contenidos.<sup>14</sup>

Estas plataformas son muy utilizadas para el *linking*, *catching* o *file sharing*. Aunque el germen de su nacimiento no fue ilícito lo cierto es que pronto este tipo de plataforma se han convertido en la plataforma ideal para poder compartir material no autorizado. La razón de esto se debe a que estás plataformas son muy rápidas y permiten al servidor sortear las restricciones legales puesto que no almacena el material en las plataformas, sino que el material está en las terminales de los usuarios.

El no almacenar el material les habilita para alegar una excepción a los delitos de copyright que consiste en la ausencia de conocimiento acerca de la actividad delictiva que se está llevando a cabo en la plataforma.

A modo de ejemplo, si yo accedo a una plataforma P2P para descargarme la última película de Woody Allen, lo que la plataforma va a hacer es «buscar» qué usuario tiene esa película. Una vez que la plataforma halle al poseedor de la película me va a poner en contacto directo con él para que me transfiera los archivos a mi ordenador.

---

<sup>12</sup>Permite a los usuarios valorar un vídeo.

<sup>13</sup>Permite dejar comentarios en los vídeos de otro usuario.

<sup>14</sup>Tercera Sesión del seminario Cyberlaw 2016 de la London School of Economics and Political Science.

Efectivamente la transferencia que se hace entre ordenadores no es una transferencia de la versión original sino de una copia exacta, pero que a la postre posee las mismas cualidades y características que el original.

Sin embargo como ya adelantaba, YouTube es más que eso. La primera diferencia reside en el hecho de que YouTube almacena los vídeos en sus servidores<sup>15</sup>.

Cuando nosotros como usuarios subimos un vídeo a la plataforma, YouTube no sólo hace una copia del mismo sino al menos tres y en diferentes formatos. El objetivo de esta mecánica es el crear la mejor copia posible para luego ser compartida de forma eficaz. Como dice el Profesor Lacruz en su artículo «Copias privadas y Calamidades Públicas», la problemática con esta copia digital es que se trata de una copia totalmente exacta de la original y que a la vez puede convertirse en matriz de otras copias.<sup>16</sup>

Volviendo a la operatividad de YouTube, cuando entramos en la plataforma y escribimos en la barra rectangular que se halla en la parte superior de la pantalla el vídeo que queremos buscar, lo que YouTube hace es buscar en sus servidores más cercanos a nuestra dirección IP –ya que YouTube servidores repartidos por casi todo el mundo– cuál de ellos posee una copia del vídeo que queremos ver y automáticamente nos manda una copia de la copia a nuestro ordenador.<sup>17</sup>

Muchas veces habrán visto que a la hora de cargar un vídeo procedente de la plataforma les aparece un circulito que da vueltas. Esto recibe el nombre del Buffer. Básicamente el Buffer es un espacio de nuestro ordenador dedicado al almacenamiento temporal de datos.

En el caso del acceso a vídeos de YouTube, lo que se está almacenando en nuestro ordenador es una copia exacta del vídeo que tiene YouTube en sus servidores. Por ello si nosotros dejamos cagar por completo un vídeo y acto seguido quitamos la conexión de nuestra terminal, podremos ver el vídeo de todas formas, ya que se habrá almacenado en nuestra terminal una copia del mismo.

---

15 Página oficial de Google donde se muestra donde se almacenan exactamente los datos procedentes de la plataforma, «<https://www.google.com/about/datacenters/>» accedido en Noviembre de 2016.»

16 LACRUZ MANTECÓN, M., «copias privadas y calamidades públicas», p. 7.

17 Vídeo accesible en YouTube en el que dos trabajadores de la plataforma explican como opera la plataforma, «<https://www.youtube.com/watch?v=OqQk7kLuaK4>» accedido en Noviembre de 2016.

Hay que mencionar que esta copia no se almacena para siempre a diferencia de lo que ocurre si descargamos una película de cualquier otro portal, sino que simplemente se almacena por un corto periodo de tiempo y su borrado es automático. Se podría desarrollar un software que pudiera permitir el obtener la copia permanentemente a partir del Buffer, pero para la inmensa mayoría de los usuarios esta copia sigue siendo temporal.

YouTube, que sabe que su estructura puede ser conflictiva en cuanto al tema de copyright, nunca ha sido ajeno a la realidad y ya desde sus inicios ha optado por abordar el tema del copyright de forma activa. La primera medida que YouTube tomó para combatir el copyright en la plataforma fue la de limitar los minutos de duración de los vídeos.<sup>18</sup> De esta forma se minimizaba el daño que podía hacer un infractor al titular de los derechos sobre una obra.

Es lógico, si yo sólo puedo subir vídeos de 8 minutos y quiero emitir una película, tendré que dividir esa película en 8 vídeos, lo cual será siempre menos perjudicial para el titular de la obra que si subo un sólo vídeo con la película completa, porque 8 vídeos separados son menos atractivos para el usuario que un sólo vídeo, además las posibilidades de que salten las alarmas de copyright son ocho veces superiores que si puedo subir la película entera de una sola vez.

Además de las medidas limitativas de minutos YouTube tiene un sistema de rastreo llamado *Content Id*<sup>19</sup>, de tal forma que cada vez que se sube un vídeo a la plataforma, éste es comparado mediante algoritmos con los vídeos existentes en la misma, con el resultado de que si los algoritmos determinan que dos vídeos son semejantes, YouTube manda un requerimiento al titular de los derechos del vídeo original para que presente una reclamación ante la plataforma por violación de contenido.

Además de este sistema previo existe también un sistema de «*take down*» que funciona a petición de aquel que considere que existe un vídeo en la plataforma que es una copia de otro de su propiedad. Una vez presentada la reclamación, YouTube suspende automáticamente la emisión del vídeo cuestionado mientras se resuelve el expediente.

---

<sup>18</sup> Página oficial de YouTube, concretamente YouTube Help, «<https://support.google.com/youtube/answer/71673?ctx=sibling>».

<sup>19</sup> Página Oficial de YouTube, «<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en>», accedido en Noviembre de 2016.

Si finalmente se consigue probar la ilegalidad del vídeo, YouTube automáticamente retira el vídeo de la plataforma y procede al bloqueo del usuario que ha infringido el *copyright*. De lo contrario se archiva el expediente y se procede a levantar la suspensión de emisión que recaía sobre el mismo.

Por último me gustaría mencionar una característica de YouTube ha tener en cuenta luego en el análisis jurídico. Esta circunstancia es los ingresos de la plataforma o su beneficio. La plataforma aunque oficialmente es deficitaria<sup>20</sup>, tiene un sistema de remuneración directa y otro de remuneración indirecta.

La remuneración directa es llevada a cabo a través de ofertar la posibilidad de anunciarse en la plataforma. Cualquier empresa con un caché importante (Debido a las altas tarifas) pueden ofertar sus productos a través de la plataforma. Con estos ingresos YouTube hace dos cosas, la primera sufragar los gastos de la explotación y procurar obtener ganancias y la segunda dar comisiones en forma de pagos a los usuarios registrados que más visitas tienen en sus vídeos. De tal manera que si un vídeo es muy famoso y recibe muchas visitas pronto tendrá un anuncio y al titular del vídeo que lo haya subido se le abonará una cantidad proporcional a la que YouTube recibe de la empresa ha pagado por publicitarse en la plataforma.

La remuneración indirecta tiene que ver con la idea de que YouTube es parte de Google. Si bien los servicios que oferta YouTube como plataforma son deficitarios, la imagen que se ha creado sobre YouTube es la de una plataforma muy importante. Esta idea en último término favorece a Google ya que repercute positivamente en su reputación. Muchas veces para valorar los beneficios que una acción empresarial conlleva no sólo tenemos que acudir a los resultados económicos directos de esa actividad sino también a los indirectos. Este es el claro ejemplo de que si bien YouTube como plataforma es deficitaria, Google sólo en imagen comercial ve más que rentabilizada la inversión.<sup>21</sup>

## II. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN ESPAÑA.

---

20 ROLFE WINKLER, «YouTube: 1 Billion Viewers, No Profit», Wall Street Journal de Febrero de 2015 <<http://www.wsj.com/articles/viewers-dont-add-up-to-profit-for-youtube-1424897967>>

21 ANDREW BEATTIE, «How YouTube Makes Money off Videos» publicado en noviembre de 2016 en la página web de Investopedia, <<http://www.investopedia.com/articles/personal-finance/053015/how-youtube-makes-money-videos.asp>>.

La Propiedad Intelectual no es un instrumento jurídico reciente, en España la protección a los derechos de autor vino en 1763 de la mano de la Real Orden de marzo de 1763.

Han sido muchas las normas que a lo largo de la historia española han ido mimbreando la regulación actual sobre la materia.<sup>22</sup> Lo cierto es que en España poseemos una regulación diferente a la anglosajona cuyo «copyright» se fundamenta no tanto en la protección moral del autor como en la protección económica del mismo.

Los derechos de autor en España protegen cualquier creación original artística, literaria o científica expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible<sup>23</sup>. La propia ley enumera (aunque no es un *numerus clausus*) las obras que se pueden considerar amparadas por este derecho.

En el caso de los vídeos la ley los reconoce expresamente como una creación que puede ser objeto de protección por los derechos de autor.<sup>24</sup>

En cuanto al contenido del derecho reconocido en la ley es un contenido bicéfalo, por un lado está el contenido moral ya mencionado y por otro lado el patrimonial.<sup>25</sup> La ley por tanto entra a valorar el vínculo emocional existente entre una obra y su autor. Es por ello que además de proteger la obra como instrumento económico también dota al autor de la capacidad de decidir sobre su finalidad, divulgación, modo de explotación, etc.

Este hecho de protección de los derechos morales de los autores es algo que no sucede en todos los países del mundo. Esta concepción es típica de los países del sistema jurídico continental sin embargo en los países anglosajones la obra es concebida y protegida desde su aspecto económico.

---

<sup>22</sup> Desde que se promulgara la RO de 1963 a esta le han sucedido la RO de 1974 que ampliaba la protección a los herederos de los autores previa petición expresa; El Decreto de Libertad de Prensa de 1810 que permitía a los autores gozar exclusivamente de sus obras y transmitirlos con un límite temporal de 10 años; La Ley de Calatrava de 1823 que fue significativa en la protección de los derechos de autor ya que además de no imponer ningún límite temporal equiparaba a efectos legales el plagio de una obra a el hurto de un objeto; La Ley de Propiedad Literaria de 1847 que permitía la reproducción de la obra por un máximo de 50 años y la representación escénica por un máximo de 25; La Primera ley de Propiedad Intelectual en 1879 que permaneció vigente hasta 1989 cuando finalmente fue derogada por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Actualmente tenemos el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>23</sup> Artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. (En adelante LPI)

<sup>24</sup> Artículo 10.1.d del LPI.

<sup>25</sup> Artículo 2 del LPI.

El sentido de la incorporación a la ley este tipo de derechos morales tiene como fundamento la idea de que una creación no siempre tiene como objetivo su comercialización. Además en virtud de las circunstancias de cada momento, la decisión que un autor puede tomar sobre la distribución de su obra puede cambiar.

Los derechos que la ley reconoce como morales e inherentes a una creación artística son la divulgación de la obra, el reconocimiento de la autoría, el respeto a la integridad de la obra, la posibilidad de retirar la obra del mercado, el derecho a la modificación de la obra y el derecho al acceso al ejemplar único de la obra.<sup>26</sup>

En el caso de la ley española los derechos morales sobre la obra son intrasmisibles *inter vivos*<sup>27</sup> a la vez que son irrenunciables.

La segunda parte del derecho de autor corresponde a los llamados derechos patrimoniales de la obra.

Al contrario que los morales, estos derechos pueden cederse con bastante libertad tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, y son los siguientes: Reproducción<sup>28</sup>, distribución<sup>29</sup>, comunicación pública<sup>30</sup>, transformación<sup>31</sup>, publicación por parte del autor de sus obras reunidas en colección escogida o completa, sin que haya impedimento por la cesión de los derechos de explotación<sup>32</sup>, derecho de participación en la reventa de sus obras<sup>33</sup> y compensación equitativa por copia privada<sup>34</sup>.

Aunque la ley sea muy estricta con el cumplimiento de la voluntad del creador lo cierto es que existen algunas limitaciones al derecho de autor a través de las cuales un tercero puede explotar una obra sin el consentimiento del autor. Estas limitaciones están recogidas en el texto de la Ley de propiedad Intelectual, pero a efectos del asunto a tratar en el presente trabajo sólo voy a hablar de la excepción de **la copia privada**.

Nuestra LPI proclama que «*No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona*

---

<sup>26</sup> Artículo 4 LPI.

<sup>27</sup> Sin embargo sí que son transmisibles a sus herederos.

<sup>28</sup> Artículo 18 LPI.

<sup>29</sup> Artículo 19 LPI.

<sup>30</sup> Artículo 20 LPI.

<sup>31</sup> Artículo 21 LPI.

<sup>32</sup> Artículo 22 LPI.

<sup>33</sup> Artículo 24 LPI.

<sup>34</sup> Artículo 25 LPI.

*física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.»<sup>35</sup>*

La excepción de copia privada es una excepción que fue incorporada antes de la expansión de las telecomunicaciones. Esta excepción tenía su fundamento en la reproducción privada de la obra además los problemas derivados de la copia cuando se introdujo legalmente no eran comparables con los de ahora, en primer término porque la copia de antaño perdía valor con respecto al original. El claro ejemplo está con las fotocopias, si yo quiero fotocopiar un libro, las fotocopias que obtenga del original serán parecidas pero nunca de igual calidad que el original. Además la copia sobre la copia o bien es imposible o bien es mucho peor que la original.

La ley cuando habla de copia está pensando en la copia física. Por ello el legislador para dar respuesta a un problema que era imposible de controlar y que tampoco afectaba muy negativamente al autor inventó la excepción de copia privada.

Si analizamos bien el concepto, la idea de prohibir que las obras puedan ser copiadas por los particulares es contraproducente desde el punto de vista de la política económica. No existe ningún estado capaz o dotado de los mecanismos necesarios para perseguir a cada uno de las personas que copian material protegido, y si se quisiera combatir esto, los gastos incurridos en la protección del autor llevarían a la antieconomicidad de las obras ya bien porque estos gastos habrían de ser costeados por la sociedad o por los autores.

Como bien establece el profesor LACRUZ en su artículo «**Copias privadas y calamidades públicas**» el legislador con la copia privada ha hecho de la necesidad una virtud.

Permitiendo el ejercicio de copia y restringiéndolo a la esfera más íntima (la privada) el legislador consigue lidiar con el problema de tener que ser garante absoluto de las obras de los autores.

---

<sup>35</sup> Artículo 31 LPI.

Además y con el objetivo de contentar al colectivo creador, el legislador incorpora en la actual LPI unas remuneraciones compensatorias que si bien no son remuneraciones a un ilícito civil sufrido por el autor son compensaciones a las pérdidas que el ejercicio de la copia privada por parte de los usuarios puede provocar sobre las previsiones económicas del autor.

Sin embargo, la copia privada de aquella época no era igual que la actual. Resulta como ya he dicho en mis líneas anteriores que cuando antes se hacía una copia sobre un material original está automáticamente perdía valor en comparación con el original ya que la calidad de la misma no era comparable a la obra original. Por ello el perjuicio económico que sufría la obra original era mucho menor que el actual. Ahora esto ha cambiado drásticamente. Con los medios telemáticos y con las nuevas tecnologías la pérdida ya no se produce sobre la copia sino sobre el original ya que en realidad no se copia sino que se clona. Actualmente en el mundo de internet resulta imposible atisbar la diferencia entre una obra original y una obra copiada. Además la idea de escalabilidad es infinita, de un original se pueden hacer millones de copias de igual calidad, pero es que de una copia del original se pueden hacer otros millones de copias de igual calidad que el original. Ya no hablamos sólo de copia sobre el original sino de copia sobre la copia.

Todo esto sin tener en cuenta que el coste del espacio es nulo, dado el estado de la técnica de las tecnologías, se puede almacenar millones y millones de datos sin tener porque asumir un coste demasiado elevado.

Visto que la rapidez de copiado, la gratuidad del mismo y la facilidad de distribución de material ilegal a través de la red está en continuo crecimiento, los sectores más críticos están empezando a considerar que la ley de protección de los derechos de autor que tenemos ahora no es eficaz combatiendo la piratería.

Actualmente el legislador se encuentra ante unos problemas históricos y que parece que van a seguir creciendo de forma exponencial en los años venideros. De forma ejemplificativa los principales derechos de contenido patrimonial sobre las obras han experimentado una mutación tremenda con el avance de las nuevas tecnologías y que puede resumirse de la siguiente manera:



1. **Derecho de reproducción:** la copia digital, que ha revolucionado la facilidad, fiabilidad y rapidez para realizar copias de obras originales, es la causante también de una serie de conflictos por el daño económico que las reproducciones provocan en la explotación comercial de los originales, con el problema añadido de que las copias son idénticas a los originales.
2. **Derecho de distribución:** en el ámbito digital, no se realiza una distribución de ejemplares, pues en concepto de distribución está indisolublemente ligado al soporte físico. Lo que se produce es la comunicación pública de copias intangibles
3. **Derecho de comunicación pública:** ahora adquiere una mayor relevancia y dimensión que en su concepto tradicional. Internet y las redes permiten que el acto de comunicación de una obra se realice a escalas antes impensables, posibilitando que los usuarios accedan a obras protegidas en el lugar y momento que estimen oportuno.
4. **Derecho de transformación:** el entorno digital facilita la modificación de obras, por ejemplo en obras multimedia, en las que la unión de imágenes, texto y sonido pueden dar lugar a obras nuevas, que en ocasiones tendrán poco que ver con el original. Es el caso actual de los memes, creaciones humorísticas que en algunos casos pueden convertirse en verdaderas obras de arte.

### III. EL COPYRIGHT EN EEUU: LA RESOLUCIÓN DEL CASO YOUTUBE V VIACOM<sup>36</sup>.

Estados Unidos es el país referencia en la protección de los derechos de autor en las plataformas digitales<sup>37</sup>. A pesar de que su sistema jurídico es diferente al continental, las

---

<sup>36</sup>MURRAY, A, *Information Technology Law, The Law and the Society*, 3ª edic., Oxford, Glasgow, 2016. Capítulo 9.

<sup>37</sup>Uno de los principales motivos de esta posición privilegiada se debe a que es la sede de las mayores plataformas digitales del mundo. Hablamos de que en Silicon Valley se albergan la sede de gigantes como Google, YouTube o Facebook.

decisiones de sus tribunales albergan pautas muy útiles que pueden ser tomadas en cuenta por los tribunales europeos a la hora de enfrentarse a este tipo de temas.

A modo introductorio la protección del autor en el mundo anglosajón y estadounidense es una protección muy parecida al resto de los países debido a los dos grandes tratados que se han firmado a lo largo de la historia en el tema, el primero la Convención de Berna, el segundo es un tratado mucho más reciente y es el *WIPO Copyright Treaty* (WCT)<sup>38</sup>, sin embargo y como adelantaba ya en el punto anterior, la legislación anglosajona se caracteriza por proteger más la esfera económica del autor que la moral.

La privilegiada posición que ocupa EEUU en el tema es debida a su amplia experiencia en la materia.

Aunque no hay una razón acerca del porqué, lo cierto es que EEUU está muy avanzado en temas relacionados con nuevas tecnologías.

La legislación estadounidense contempla cuatro tipos de infracciones sobre el copyright básicas.

Empezaremos hablando del *primary infringement*. Es el más básico de los ilícitos. Empezamos con este tipo de ilícito ya que el primer caso sobre el copyright y las plataformas digitales se debió a este tipo de ilícito y fue el caso *UGM Recordings v MP3.com (2000)*<sup>39</sup>. Fue también el primer caso en el que se acabó condenando a una plataforma digital por *primary infringement*.

Este tipo de delito se produce cuando la plataforma es la que directamente copia el material no autorizado.

MP3.com era una plataforma en la que se juntaban multitud de usuarios de todo el mundo. El servicio que la plataforma ofrecía era básicamente crear un mundo virtual en el que todos los usuarios que se incorporasen al mismo pudieran compartir libremente los archivos de mp3 que tenían bajo a su disposición.

---

<sup>38</sup> Firmado por los países miembros de la WIPO. Página oficial de la WIPO <<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

<sup>39</sup> 92 F.Supp. 2d 349 (SDNY 2000).

La plataforma cuando se incorporaba algún usuario le requería al mismo a que subiera los archivos mp3 que tuviera alojados en su terminal y los almacenaba en sus bases de datos para luego finalmente distribuirlos entre el resto de usuarios que los demandaran.

Dado el sistema creado *UGM recordings* no dudó en demandar a MP3.com por ***direct infringement***.

La defensa de la plataforma giraba en torno a tres pilares fundamentales. El primero de ellos hacía alusión a que ellos no infringían ningún tipo de copyright ya que con anterioridad a almacenar cualquier tipo de archivo ellos pedían la prueba a los usuarios de que efectivamente poseían el archivo de forma legal.<sup>40</sup> Los dos argumentos restantes hacían alusión a dos excepciones del llamado *fair use*<sup>41</sup> que ya se habían tratado en dos casos anteriores y de vital importancia.

La primera de ellas es el llamado «*Time shifting*». Esta excepción se trajo a colación en el caso *SONY Betamax v Universal (1984)*<sup>42</sup>. En este caso Universal demandó a Sony por poner en el mercado un VCR que permitía grabar los programas de televisión. La defensa de Sony la cual fue aceptada por los tribunales se basó en la idea de que ellos nunca podían ser responsables de copyright primero porque ellos ponían a disposición de los consumidores un producto legal no destinado a ninguna actividad delictiva y segundo porque lo que los usuarios hacían con las grabadoras era grabar los programas que no podían ver por sus horarios tempestivos para luego en su tiempo libre poder visionarlos (*Time shifting*). De esta manera Sony dejó claro que no sólo no se había producido ningún perjuicio a Universal sino que se había contribuido a que sus programas fueran más demandados.

El segundo «*Fair use*» alegado fue extraído de la sentencia *RIAA v Diamond (1999)*<sup>43</sup>. Este es el llamado «*space shifting*». Diamond lo que hacía era producir dispositivos portátiles mp3 en los que se podían almacenar archivos mp3 para ser reproducidos. Así

---

<sup>40</sup> La forma en que pedían esa evidencia era o bien pidiendo a los usuarios que remitieran una copia del CD original que ellos tenían a su disposición o permitir al programa MP3.com comprobar la autenticidad del CD.

<sup>41</sup> El «*fair use*» es una figura anglosajona. Fue introducida por la Convención de Berna y básicamente es una excepción al derecho de exclusiva del autor y permite en algunos casos el aprovechamiento de la obra sin que por ello se este infringiendo el derecho de autor. Los límites del *fair use* son establecidos por la jurisprudencia *ad causam*, aunque hay algunos muy conocidos como el «*time shifting*» que lo trajo el caso *SONY Betamax* o el «*space shifting*» que lo introdujo el caso *Diamond* lo cierto es que es el juez el que en virtud del caso concreto puede estimar o desestimar la excepción.

<sup>42</sup> 464 US 417 (sup. CT 1984).

<sup>43</sup> 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

como sucedía con SONY, a Diamond se le demandó por *primary infringement* porque se entendía que ellos copiaban los archivos en sus dispositivos.

La defensa de Diamond fue muy parecida a la de Betamax, en primer lugar ellos demostraron que no eran ellos quienes copiaban los archivos sino sus clientes, por tanto no cometían ese *primary infringement*, además lograron demostrar la inocencia de sus clientes a través de un *fair use*, el *space shifting*. Alegaba Diamond que lo que sus clientes estaban haciendo no era nada ilegal, simplemente estaban almacenando en un mismo espacio todos los archivos que previamente habían adquirido legalmente. Se trataba de que en vez de almacenarlos en el ordenador los almacenaban en sus dispositivos privados para poder reproducirlos sin necesidad de tener que transportar el ordenador.

Volviendo al caso de MP3.com ninguno de estos dos argumentos sobre el «*Fair use*» fueron aceptados en dicho caso. Esto se debió en mayor medida a que a diferencia de lo que sucedía con SONY o con Diamond, MP3.com sí que cometía el *primary infringement* porque efectivamente copiaba los archivos en sus servidores.

En el caso de YouTube la propia Court of Appeal asume el hecho de que los vídeos son copiados por la plataforma, lo que es más, el propio tribunal deja como hechos probados que la plataforma hace copias exactas de el vídeo original y las transforma en diferentes versiones para asegurarse el correcto visionado de las mismas.<sup>44</sup> Lo que el tribunal está afirmando es que YouTube ha realizado la conducta de copiado que podría conllevar al *primary infringement*.

Sin embargo así como en España tenemos el derecho de la copia privada allí en EEUU tienen el llamado «*safe harbor*»<sup>45</sup> que permite el copiado de archivos siempre y cuando se cumplan algunas de las dos circunstancias:

- El portal no tiene conocimiento de que en su plataforma se está infringiendo copyright. Ese desconocimiento no se puede alegar si hay hechos aparentes que pueden llevar a pensar que se está infringiendo copyright.
- Tiene conocimiento pero ha procedido a eliminar todo el material que se ha calificado de infractor.

---

<sup>44</sup> Párrafo 23 sentencia Court of Appeal de 2012.

<sup>45</sup> Section 512 DMCA.

Se trata de una legislación muy tediosa ya que gira entorno al conocimiento específico. Esto quiere decir que para poder castigar a una de estas plataformas, estas han de conocer exactamente qué vídeos están infringiendo el copyright, pero lo que es más importante es que aunque se demuestre que estas plataformas alojan vídeos ilegales las mismas aún pueden eximirse de responsabilidad si deciden eliminar los vídeos de manera inmediata. El conocimiento específico que requiere la ley no es más que una idea con la que el legislador ha querido de alguna manera contrapesar los intereses de las grandes plataformas que manejan millones de datos con los derechos de autor. De esta manera se les exonera a las plataformas de tener que estar en una continua búsqueda de material ilegal. Este hecho es muy importante ya que de lo contrario la mayoría de estas plataformas perderían operatividad.

Si acudimos a la última de las sentencias sobre el caso *YouTube v Viacom* la primera pregunta que resuelve la corte es acerca de si efectivamente YouTube tenía conocimiento específico de que se estaba infringiendo el copyright en su plataforma. Al responder a la pregunta el tribunal comienza valorando la función social de este tipo de plataformas para finalmente dar por asumido que toda plataforma de la misma entidad que YouTube va a poseer material copiado. Es por ello, argumenta el tribunal, que para castigar a alguna de estas plataformas lo que tiene que haber es un **conocimiento exacto** de los vídeos que se están infringiendo de tal manera que la plataforma sólo será responsable en el caso de que permita que se alojen en ella vídeos que sabe que son ilegales.

Además el tribunal impone la carga de la prueba al demandante, de tal forma que el demandante tiene el deber de comunicar por escrito a la plataforma qué materiales concretos se están infringiendo.

Una vez que la plataforma es consciente de los materiales que infringen el copyright ésta puede librarse de responsabilidad si actúa vehementemente en la retirada de los mismos, y esto es lo que salvó a YouTube de salir culpable del pleito ya que procedió a la retirada inmediata de los materiales copiados tan pronto como supo de su existencia.

Avanzaba diciendo que se trata de una legislación muy tediosa ya que con el simple hecho de tener un sistema de «*take down*» la plataforma podría eludir cualquier tipo de responsabilidad. ¿Que quiere decir exactamente esto?, lo que quiere decir es que aún en el supuesto de que una plataforma sepa que contenidos específicos son ilegales, si actúa

inmediatamente de forma expeditiva y los retira de la misma, la plataforma no podrá ser declarada responsable.<sup>46</sup>

Como ya he comentado YouTube no fue condenado por *primary infringement* porque aunque se demostró que copiaba material ilegal en sus servidores, YouTube desconocía al completo la ilegalidad de su procedencia, además tan pronto como le fue comunicado el listado de vídeos que eran ilegales la plataforma procedió a eliminarlos del sistema al día siguiente, por lo tanto se entendió que YouTube debía estar bajo la protección del *safe harbour*.

El siguiente caso importante concerniente al derecho de autor y las plataformas digitales fue el caso *A&M records v Napster (2001)*<sup>47</sup>. Este caso es muy ilustrativo ya que en él se detallan las ideas del *contributory infringement* y el *vicarious infringement*.

Con MP3.com habían aflorado los problemas legales que suponía el hecho de que una plataforma procediera a copiar material.

Napster sin embargo fue un paso más allá. Napster es considerado como una de las precursoras de las plataformas P2P.

Shawn Fanning el creador de Napster hablaba así de la plataforma que el mismo había creado:

*«Existe una diferencia entre las redes cliente-servidor y la red Napster y esta se puede expresar con el ejemplo de una fiesta de cumpleaños.*

*En las fiestas servidor-cliente cada invitado acude a la fiesta sin nada ya que toda la bebida y comida es proporcionada por el anfitrión. Si quiere tomar algo de beber debes pedirselo al anfitrión y te lo podrá dar si previamente lo ha llevado a la fiesta. Tu anfitrión puede ser el más eficiente pero de todas formas si todo el mundo le pide bebida a la vez tendrás que hacer cola hasta que seas servido.*

*En cambio, en la fiesta de Napster cada invitado lleva su comida y bebida. Sigue existiendo un anfitrión pero lo único que hace es abrirte la puerta y anotar que has*

---

<sup>46</sup> Podría ya que una cosa es el *primary infringement* y otra muy distinta es el *contributory* y el *vicarious* o incluso el *inducement*.

<sup>47</sup> 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001).

*traído. De tal forma que si tu quieres algo en especial le puedes preguntar al anfitrión si lo tiene, él comprobará en su lista quién lo ha traído y te pondrá en contacto con él.*

*Así, la fiesta de Napster funciona siempre y cuando la gente que acuda a ella no sea egoísta y tenga predisposición a compartir»<sup>48</sup>.*

La idea de Shawn Fanning era la de crear una comunidad de fans a la música que estuvieran dispuestos a compartir los archivos que lícitamente poseían.<sup>49</sup>

En términos más simples Napster era un intermediario. Napster actuaba con un servidor central que almacenaba no los archivos de los usuarios sino una lista con los nombres de los archivos de los usuarios. De esta forma cuando un usuario accedía a Napster con la intención de obtener un archivo determinado, este lo que hacía era darle la referencia a Napster la cual se encargaba de encontrar a otro usuario que dispusiera de ese archivo. Una vez identificados el solicitante y el emisor Napster los ponías en contacto y se procedía al intercambio de archivos entre ellos, pero nunca siendo almacenados en los servidores de Napster.

De esta forma el material copiado no se alojaba nunca en los servidores de Napster y por tanto no se le podía condenar a la plataforma por **primary infringement**.

Shawn Fanning, sin embargo se olvidaba de una cuestión muy importante, el **contributory infringement**<sup>50</sup> y el **vicarious infringement**<sup>51</sup>.

Napster finalmente fue declarado culpable por los dos tipos de infracciones.

Por **contributory infringement** se le condenó a Napster no sólo porque tenía conciencia de que en su plataforma se estaba traficando<sup>52</sup> con contenido no autorizado sino porque

---

<sup>48</sup>MURRAY, A, *Information Technology Law, The Law and the Society*, 3ª edic., Oxford, Glasgow, 2016. P. 299.

<sup>49</sup>AMBROSEK, R. *Shawn Fanning: The Founder of Napster*, Rosen Publishing Group 2006. P.30.

<sup>50</sup> Para que exista **contributory infringement** tienen que existir tres circunstancias; Que los usuarios cometan **primary infringement** y no estén amparados por el «*fair use*»; que la plataforma sepa o deba saber que se está cometiendo una violación de derechos a través de su plataforma; que la plataforma contribuya materialmente a la actividad ilegal de los usuarios.

<sup>51</sup> Para que exista **vicarious infringement** tiene que existir; **Primary infringement** por parte de los usuarios y que no estén amparados por el «*fair use*», la plataforma tiene que estar en una posición que le permita controlar las acciones de los usuarios; la plataforma tiene que beneficiarse económicamente a través de las infracciones de los usuarios.

<sup>52</sup> El Juez del caso Napster, el señor Beezer estableció en su sentencia que el hecho de que una plataforma digital pueda servir para poder infringir los derechos de copyright no significa que categóricamente esa plataforma tenga que ser responsable de la violación de copyright, para ello ha de probarse que la plataforma no ha hecho todo lo que está en sus manos para retirar el contenido ilegal.

no hizo nada para retirar de la misma todos los archivos ilegales. Como ya hemos adelantado el *contributory infringement* consiste en ayudar a la comisión de un ilícito, los comportamientos tendentes a ayudar a esta comisión delictiva no sólo tienen porque ser activos sino que también se incorporan en ellos los pasivos. El no dificultar o eliminar que material ilegal se esté intercambiando a través de tu plataforma es el claro ejemplo de una actitud pasiva que puede llevar a una condena por *contributory infringement*.

Por otro lado también se le condenó a Napster por *vicarious infringement* ya que Napster se beneficiaba económicamente de la actividad delictiva de sus usuarios.

En el mundo digital la mayoría de las páginas webs son gratuitas, este hecho no impide que las mismas obtengan enormes beneficios aun a costa de los recursos que se han de emplear para su funcionamiento. El principal recurso económico de una página web son los anuncios y la regla de oro para obtener anuncios en una página web son las visitas, el atractivo de tu página web para los empresarios es directamente proporcional al número de visitas que recibas.

Por ello Napster obtenía fuertes ingresos de los anuncios que se alojaban en su página web aun ofreciendo el servicio totalmente gratuito. Napster debido a la cantidad de visitas que obtenía era un portal muy atractivo para la industria del anuncio. Circunstancia que fue importante para condenar a Napster por *vicarious infringement*, porque el único sentido de Napster era el de compartir archivos ilegales.

Existe una similitud entre Napster y YouTube, esta se debe a que ninguna de las dos plataformas nació con el propósito de compartir material ilegal, sino que fue el devenir del tiempo lo que acabó alojando material ilegal en ellas. Sin embargo la diferencia radical entre Napster y YouTube está en que el nivel de material copiado en Napster era tal, que no habría sucumbido a una retirada masiva de contenido ya que la concepción que se tenía de Napster era la de una plataforma en la que compartir material ilegal.

Analizando el *contributory infringement* y el *vicarious infringement* en YouTube es diferente.

A simple vista cuando analizamos la plataforma YouTube podemos pensar que infringe el copyright en las dos vertientes explicadas porque primero es una plataforma que almacena los vídeos en sus servidores y por tanto es consciente de que lo que se está



subiendo a la plataforma es ilegal y segundo porque de esos comportamientos de sus usuarios obtiene ingresos en forma de publicidad.

Sin embargo cuando hablamos de YouTube no podemos dejar de lado su escalabilidad. YouTube es una plataforma en la que se suben 400 horas de vídeo al minuto<sup>53</sup>. Para dar cabida a esta demanda, los creadores de la plataforma han tenido que crear sistemas automatizados de gestión de vídeos. Se trata de una necesidad y no de una estrategia.<sup>54</sup> Además hay que tener en cuenta que y para proteger a los autores YouTube ha desarrollado algunas medidas entre las que destacan las limitaciones a la duración de los vídeos o el examen previo a los vídeos que van a ser subidos.<sup>55</sup>

Es por ello que se acaba absolviendo a YouTube por considerar que no realiza ningún comportamiento tendiente al *vicarious ni contributory infringement*. Se trata de una decisión muy discutida y que mucha gente no puede entender pero sigue la línea de la filosofía de internet. Internet nació para hacer la vida más fácil y la naturaleza de internet es su rapidez.

El castigar a YouTube porque se le han colado vídeos ilegales habría supuesto un duro golpe a la industria del *streaming* que habría visto reducida exponencialmente su rapidez.

Por otro lado hay que volver a lo explicado al inicio de presente epígrafe. En el ámbito de las plataformas digitales, el hecho de infringir los derechos de autor viene supeditado a que el infractor conozca específicamente que obra se está infringiendo. Es por ello que tampoco se le condenó a YouTube, ya que no se demostró por parte de **VIACOM** que vídeos concretos se estaban infringiendo.

Finalmente nos quedaría por abordar el último de los supuestos en los que se puede condenar a una plataforma por copyright. Este supuesto es el llamado «*inducement infringement*» o la teoría del «*turning the blind eye*».

---

<sup>53</sup> Gráfico sobre la evolución de las horas de vídeo que se suben a YouTube -of-video-  
«<https://www.statista.com/statistics/259477/hours-uploaded-to-youtube-every-minute/>»

<sup>54</sup> Es muy importante ya que de ser una estrategia YouTube podría ser responsable a través de la corriente doctrinal «*inducement infringement*» o «*turning the blind eye*».

<sup>55</sup> Se trata de una técnica de cotejo que compara el vídeo que se va a subir con los que ya han sido almacenados en la plataforma. En caso de que el examen salga positivo la plataforma se pone en contacto con el usuario del vídeo que ha sido copiado para que alegue lo que estime oportuno. Aunque las técnicas de cotejo de vídeos son unas técnicas muy avanzadas, actualmente se están consiguiendo eludir estos exámenes previos con técnicas muy sencillas como es el giro de pantalla o atenuar el color de la imagen.

Se trata de un tipo de infracción que fue considerada en el caso *MGM Studios v Grokster (2005)*.<sup>56</sup>

Como hemos visto lo que hizo caer a Napster fueron sus servidores centralizados, ya que en ningún caso podía alegar desconocimiento de que los materiales que discurrían por sus servidores eran ilegales.

Grokster fue una plataforma que revolucionó el mundo del P2P como se concebía al inicio. Si en un P2P la plataforma es el servidor, Grokster lo que hizo es crear una red de nodos en la que no sólo había un servidor sino multitud de ellos. Además estos servidores eran los propios usuarios, pero lo que es más sorprendente es que los servidores no estaban inmóviles sino que iban alternándose en virtud de que usuario poseía las mejores redes de conexión. En resumidas cuentas, esta ingeniería informática que *Grokster* voluntariamente construyó lo que provocaba era que el propio Grokster fuera incapaz de saber que materiales estaban siendo intercambiados a través de su plataforma.

Es sin duda una maniobra muy inteligente ya que la plataforma no podía ser castigada por conocer que se está infringiendo copyright en la misma y por tanto no podía ser condenada a *contributory infringement* ni tampoco a *vicarious infringement* ni mucho menos *primary infringement*.

Sin embargo los tribunales pronto recurrieron a otra figura legal para poder atacar este tipo de conductas claramente reprobables.

La primera figura es la del *inducement infringement*. Este tipo de ilícito hace referencia al hecho de instrumentalizar una plataforma para que se cometa un ilícito a través de ella. No existe un *numerus clausus* acerca de lo que es o no un conducta tendente a este tipo de infracción por lo que los tribunales tienen que examinar *ad casum* todas las circunstancias referentes al mismo.

A modo de ejemplo algunos actos propios que pueden llevar a ser condenado por *inducement infringement* son el hecho de publicitar tu actividad sugiriendo que se puede obtener material ilegal gratis. Para finalizar con la figura el hecho que se tipifica aquí es inducir por cualquier medio al usuario a que cometa un ilícito.

---

<sup>56</sup> 545 US 913 (2005).

Esta figura es diferente a la corriente doctrinal del «*turning the blind eye*» que castiga aquellas plataformas que hacen lo posible para que no quede constancia de que son sabedores de la actividad delictiva de sus usuarios en su plataforma. A diferencia del *inducement infringement*, aquí no hace falta realizar ningún acto tendente a provocar en un tercero una reacción sino simplemente hacer actos que no te permitan a ti mismo tener conocimiento.

Al igual que lo que sucede con el *inducement infringement* aquí tampoco existe un *numerus clausus* de circunstancias, sin embargo atendiendo a las decisiones acaecidas a lo largo de este tiempo, conductas como el no articular un sistema de «*take down*» o simplemente el hecho de no actuar expeditivamente cuando se tiene constancia de que un clip en concreto vulnera el copyright ya son conductas suficientes para castigar a la plataforma.

En el caso YouTube también se alegó por Viacom este tipo de delito. Adelanto ya que tampoco se le condenó a YouTube por ninguno de ellos.

La sentencia lo primero que recoge es de nuevo la idea de la necesidad de tener un conocimiento específico de los materiales copiados. Ya sólo con este argumento no se puede condenar a YouTube porque como se demostró Viacom no fue capaz de hacer una lista de los materiales copiados.

A pesar de que sin el conocimiento específico del que hemos hablado no hay *inducement infringement*, el tribunal quiso dejar aún más clara la posición de YouTube rechazando cualquier tipo de *inducement infringement*. El Tribunal se apoyó en todas las medidas anti infracción de copyright que la plataforma había tomado.

Difícilmente se puede alegar que una plataforma induce a un tercero a cometer un ilícito si al mismo tiempo está tomando medidas para que ese tercero no cometa ningún ilícito. Lo mismo sucede con la doctrina del *turning the blind eye*. No se puede alegar que YouTube haga todo lo posible para no ver que existe contenido ilegal alojado en su plataforma si al mismo tiempo tiene un sistema muy avanzado de *take down* que permite al autor de las obras retirar contenido de terceros que infrinjan sus derechos.

Finalmente me gustaría acabar este punto con otro argumento personal a favor de la plataforma y que no se recoge explícitamente en la sentencia. Su naturaleza. A diferencia de lo que sucedía con plataformas como *The Pirate Bay* o *Grokster*, YouTube

no nació con el objetivo de compartir material ilegal. Fue su popularidad lo que finalmente le llevó a tener que lidiar con este problema.

Pero más allá de las intenciones de sus creadores, lo que es cierto es que YouTube tiene vida más allá del copyright. Si ahora se retiraran todos y cada uno de los vídeos ilegales de YouTube, la plataforma seguiría siendo un fenómeno social porque ha sido adoptada como canal de explotación por muchos empresarios independientes, youtubers y videobloggers. La cantidad de vídeos ilegales que se alojan en la plataforma es mínima comparada con aquellos que sí cumplen con la legalidad.

Por ello no se puede hablar de intención de YouTube por albergar material ilegal, porque más que beneficio ellos mismos saben que les causa perjuicio.

#### **IV. YOUTUBE V VIACOM EN ESPAÑA.**

Para hablar del encaje legal de YouTube en nuestro sistema jurídico lo primero que tenemos que hacer es remitirnos al primer punto del presente trabajo donde se detalla la forma en la que YouTube funciona.

Del sistema de YouTube se deduce que a través de la plataforma tanto usuario como plataforma realizan actos de descarga (*download*), subida de archivos (*upload*) y finalmente de reproducción (*streaming*).

La ley de propiedad intelectual cuando aborda los derechos de autor no hace referencia a ninguna de las figuras anteriormente mencionadas, sin embargo, con ayuda de la Ley de Sociedad de la Información y a través de la interpretación se le puede buscar encaje legal a los tres elementos.

Empezaremos por la figura del *download*. El *download* en YouTube es el menor de los comportamientos ya que sólo se produce a través del buffer. Cuando nosotros queremos ver un vídeo de YouTube, la plataforma lo que hace es enviarnos pequeñas copias del mismo a nuestro ordenador, estas copias son almacenadas en una memoria temporal llamada buffer y que automáticamente es borrada por nuestro ordenador tiempo después de visionar el clip.

Cuando nuestro ordenador realiza esta maniobra lo que en realidad está haciendo es una copia del «archivo original».<sup>57</sup> Como ya hemos estudiado en el apartado segundo de este trabajo en nuestro ordenamiento existe una excepción al derecho de autor que es la llamada copia privada.

Esta excepción está supeditada a unos requisitos que son:

- La obra esté divulgada.
- La copia la realice una persona física.
- La finalidad sea de uso privado.
- Se haya accedido legalmente a la obra.
- La copia no es objeto de una utilización colectiva
- La copia no es objeto de una utilización lucrativa.

La idea de que nosotros almacenemos en nuestro ordenador una copia exacta del trabajo no es por si sola una infracción. La sentencia del Juzgado de Instrucción nº. 4 de Madrid, en su auto 20 de Diciembre de 2006 literalmente expone:

*«Es un criterio generalizado actualmente que la actividad de descarga de archivos a través de Internet no es constitutiva de delito, no sólo porque es una actividad generalizada y de la que no existe precedente judicial alguno condenatorio sino porque parte de la doctrina así lo entiende.»*

Así definido este aspecto de la ley se puede concluir que la copia privada que nosotros realizamos cuando descargamos un vídeo de internet está amparada siempre que posteriormente no se proceda a la divulgación.

Esto en YouTube es impensable ya que como hemos mencionado las copias que se hacen de los vídeos que nosotros vemos son copias temporales y que no están al alcance del usuario. Se trata simplemente de la mecánica que nuestro software tiene de actuar y que permite la reproducción más rápida y efectiva de los vídeos demandados.

Por tanto cuando nosotros vemos un vídeo de YouTube, en lo que hace referencia a la copia que nosotros obtenemos del mismo, siempre vamos a estar amparados por la idea

---

<sup>57</sup> Me refiero a archivo original ya que YouTube trabaja con copias, por tanto siendo escrupulosos lo que nuestro ordenador esta realizando es una copia de una copia del original.

de copia privada, al no ser que manipulemos nuestra terminal para finalmente tener acceso a esa copia como archivo y posteriormente enviarla a otras personas.

La siguiente figura que vamos a analizar es la subida de archivos o *upload*. Se trata de la acción que da fundamento a la plataforma YouTube. La plataforma funciona precisamente porque los usuarios quieren compartir sus vídeos y por tanto lo suben a la plataforma.

En esta acción es necesario hacer una distinción entre la acción del usuario que decide subir un vídeo y la acción de la plataforma que los almacena para luego reproducirlos.

En lo referente al usuario la primera consideración que hay que hacer es a donde se suben esos archivos. Si esos archivos se suben a una plataforma privada entre gente conocida y de acceso muy restringido podríamos estar amparados por la figura de la copia privada, sin embargo si la plataforma a la que se suben los vídeos es una plataforma pública o a la que el acceso es fácil y multitudinario como es el caso de YouTube, el comportamiento del usuario que decide subir un vídeo sería un comportamiento tipificable como comunicación pública<sup>58</sup> y por tanto no tendría derecho a realizar tales actos. En efecto el usuario que sube un vídeo con contenido protegido por derecho de autor a YouTube ya está realizando un acto ilícito, ya que está realizando una comunicación pública sin el consentimiento del autor.

Y en el caso de que finalmente se obtuviera beneficio económico indirecto o directo y perjuicio a terceros en ese caso estaríamos ante un ilícito civil, lo que es aún más grave.

Nuestros tribunales han abordado este tema y concretamente en relación a las plataformas P2P, concretamente el Juzgado de Instrucción de Alcoy en auto de 17 de Junio de 2009:

*«Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer de intercambio de archivos, realiza una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular, dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal.»*

---

<sup>58</sup> Artículo 20 LPI.

Esto que hemos comentado es en referencia a los usuarios que suben los archivos a una plataforma. En el caso de la plataforma tenemos que hacer diferenciación entre dos tipos de plataformas.

Las que directamente suben los archivos, en este caso se ve claro que estarían vulnerando el artículo 20 de la LPI, y además podrían cometer un ilícito penal en el caso de que obtuvieran beneficios derivados de dicha actividad. Hay que recordar que es muy fácil obtener beneficios con esta actividad ya que estos normalmente vienen dados por las visitas que recibes, debido a que si obtienes dichas visitas tu página web atraerá muchos más anuncios.

La segunda rama es la que ocupa a YouTube y hace referencia a los sitios de hosting. En estos casos los usuarios son los que suben los vídeos a la plataforma para que luego sean visionados. En estos casos el acto de comunicación pública no lo realiza la plataforma sino el usuario, sin embargo si que se le podría derivar responsabilidad. Para ello hay que acudir a la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y concretamente al artículo 16. Este artículo es muy similar al «*Fair use*» anglosajón y a la sección 512 c ya que exime de responsabilidad sobre el contenido que almacenan en sus servidores a aquellas plataformas que:

- No tengan conocimiento efectivo<sup>59</sup> de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.
- Si tienen ese conocimiento también quedan exonerados si actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Hasta el momento hemos estudiado los dos aspectos fundamentales de YouTube como son el *download* y el *upload*, sin embargo nos queda el elemento estrella que es la reproducción digital o «*streaming*».

Como ya he mencionado en el apartado YouTube como plataforma, el *streaming* es una técnica que usa el buffer como elemento pivotal. Aunque los usuarios no copian el vídeo en sus terminales, cuando van a acceder al vídeo realizan una precarga temporal que si que contempla esa idea de copia.

---

<sup>59</sup> El conocimiento efectivo sólo se da si un órgano competente ha declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada y el prestador de servicios conoce de la resolución.

En el caso que nos ocupa estaríamos ante un supuesto del artículo 18 de la LPI. Se trata de un derecho de explotación del titular de una obra y del que posee también exclusividad.

El hecho de que la reproducción se realice en línea no obsta a calificar la conducta como una conducta de reproducción. Para valorar la tipicidad de la misma tendremos que aplicar como así hacíamos en la descarga las premisas del artículo 31.2 de la LPI.

Teniendo esto en cuenta, si el usuario lo que hace es reproducir el vídeo en su casa para si mismo o para su familia o amigos estaría amparado por la excepción de copia privada.

Sin embargo diferente encuadre tiene el hecho de que el usuario sea titular de un bar y decida reproducir su vídeo en el bar. En este caso estaríamos hablando de una conducta ilícita porque se daría el supuesto de la comunicación pública. Como ya hemos mencionado anteriormente la conducta también podría ser un ilícito penal si se demostrara el ánimo de lucro del usuario.

## **V. SOLUCIONES AL PROBLEMA.**

El contexto actual en el que nos encontramos es un contexto muy volátil, a diferencia de lo que sucedía hace más de 20 años, el avance de la tecnología en este momento es incontrolable.

Se trata de un hecho que debemos reconocer y asumir como tal y que pueden constatar con el siguiente ejemplo que les voy a proponer. Acuérdense de cuando se compraron un dispositivo que en su momento estaba a la moda, miren sus prestaciones y lo que les costó, ahora vayan a una tienda especializada y pregunten que pueden obtener por el mismo precio. Verán como no sólo pueden obtener más por menos sino que probablemente en dos meses saldrá una nueva versión del dispositivo mucho más mejorada y con más prestaciones.

Exactamente lo mismo sucede con las plataformas digitales. Actualmente tenemos softwares y plataformas que en la vida habríamos imaginado y cada vez el avance será más rápido porque los medios con los que se crean estas plataformas cada vez son más avanzados.

La escalabilidad de internet es infinita, ingobernable. Esto hace que sea muy difícil si no imposible regular a la misma velocidad que lo hace el avance de internet.



Además de los problemas logísticos que conlleva no tener una legislación global hay que sumarle lo ya dicho, el hecho de que al tiempo en el que se decide plasmar por escrito aquello en lo que se ha llegado a consenso internet ya ha avanzado y por tanto dejado obsoleta esa legislación.

Entonces, ¿Cómo regular internet?.

Actualmente existen tres doctrinas que nos hablan de la regulación del ciberespacio<sup>60</sup>.

La primera corriente que surgió fue la de los «*cyberlibertarian*». Es la doctrina más anarquista de las tres que voy a comentar.

Estos usuarios conciben internet como un mundo digital en sentido literal. Para estos teóricos existen dos mundos diferenciados, el mundo digital y el mundo analógico.<sup>61</sup>

El mundo digital es aquel formado por internet mientras que el mundo analógico es el mundo terrenal, el de las personas, los coches, las casas...

No creen en la conexión entre mundos ni tampoco creen en la responsabilidad de la persona física sobre los actos que comete en el ciberespacio. Para ellos el usuario es un ente diferente a la persona física que lo gobierna. Esta postura hace que rechacen cualquier intento de regular el ciberespacio con leyes promulgadas en el mundo analógico.

Su defensa radica en el criterio de territorialidad, hablan de las fronteras como fundamento a las leyes que se aplican en ellas. Se centran en hablar de competencia territorial, así como ningún estado puede legislar más allá de sus fronteras, los *cyberlibertarian* entienden que el ciberespacio – que posee fronteras propias y diferenciadas a las de los estados- no se puede gobernar por las leyes promulgadas por los estados.

Hablan de la no regulación del ciberespacio o en el peor de los casos de la autorregulación del mismo.

Esta teoría surgió junto con el nacimiento de internet, cuando todavía no se habían experimentado acerca de los problemas que podían surgir con esta novedad.. Fue con estos problemas como por ejemplo la pornografía infantil cuando se empezó a ver que la idea de separar el mundo digital del mundo analógico no era lógica puesto que detrás de cada usuario era lógico que existiera una persona física.

La siguiente teoría es la de los ciberpaternalistas. Nace como contraposición a la idea de que el ciberespacio es una soberanía diferente a la de los estados<sup>62</sup> y tiene como precursor a Lessig<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup>MURRAY, A, *Information Technology Law, The Law and the Society*,3º edic., Oxford, Glasgow, 2016. Capítulo 4.

<sup>61</sup> BARLOW, JP, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, accesible en la página web de la Electronic Frontier Foundation « <https://www.eff.org/cyberspace-independence> »

Su principal diferencia radica en que defienden la regulación del ciberespacio. Los ciberpaternalistas hablan de la idea del punto patético<sup>64</sup>.

Esta idea viene a decir que los usuarios somos un punto que cuando accede al ciberespacio está regulado por las leyes de su país, la moral del momento, el mercado y la arquitectura.<sup>65</sup>

Las leyes regulan en la medida de que han de ser cumplidas y su incumplimiento puede derivar en responsabilidades civiles o penales. La moral regula en el sentido de que la presión social en muchos casos o nuestros principios morales nos guían en nuestros comportamientos. El mercado es una barrera regulatoria que impide a aquellos que no tengan dinero poder navegar por internet. Finalmente la arquitectura es otra barrera en la medida de que sólo podemos realizar aquello que los dispositivos permiten y nada más.

Dentro de estos cuatro factores, esta corriente apunta a la arquitectura como el factor más determinante en la regulación de internet. La arquitectura de la que hablan los ciberpaternalistas en el caso de internet hace referencia al código, es decir los algoritmos que permiten que internet funcione como funciona.

Haciendo un símil, el código de internet es como el espacio de almacenamiento de una Tablet sí se limita el espacio de almacenamiento de una Tablet sabes que sólo podrás guardar en ella lo acorde al número de megabytes que tenga, sin embargo si creas una Tablet ilimitada en cuanto al espacio sabes que en ella podrás almacenar todo lo que te de la gana.

El código es una medida de prevención ya que acota los futuros comportamientos que se pueden realizar.

Aunque Lessig habla del código de internet, existen multitud de medidas relacionadas con la arquitectura, un ejemplo está en las restricciones que el gobierno chino aplica sobre las IPS.

Bloqueando directamente las IPS ningún usuario aunque quiera con todas sus fuerzas acceder a la página Facebook en China lo podrá hacer, porque es imposible.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que la arquitectura aunque es la medida más eficaz no es perfecta.

Sin ir más lejos la barrera China o el bloqueo a material pornográfico en el Reino Unido se puede sortear con las *Deep webs*. Para que una medida sobre arquitectura sea eficaz

---

<sup>62</sup> REED.C, *Internet Law*, 2nd edic., CUP, 2004. & JOHNSON, D., «Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace», 48 *Stanford Law Review*, p.1367.

<sup>63</sup> LESSIG.L, *Code and Other Laws of Cyberspace*. «<http://codev2.cc/>»

<sup>64</sup> Lessig hace referencia a que el usuario está aislado y a merced de los cuatro factores (moral, arquitectura, ley y mercado), no pudiendo influir en los mismos.

<sup>65</sup> REIDENVERG.J, «Lex Informatica: The Formation of Information Policy rules through Technology», (1998) *Texas Law review*, p.553.

esta tendría que recaer sobre los cimientos de internet, o sobre todos los dispositivos del mundo (ordenadores, tablets, etc).

Esta demanda de globalidad es el principal problema de la regulación del ciberespacio. Los intereses económicos que los productores de nuevas tecnologías y de internet provocan en los Estados hace que ningún estado quiera acceder a un pacto global sobre la materia, por ello estamos aún muy lejos de lograr un internet más seguro.

Llegados a este punto considero que lo más eficaz sería acudir a la legislación para regular la arquitectura. Sin embargo la necesidad de globalización no se escapa tampoco a la legislación.

Finalmente y para acabar con las teorías acerca de la regulación en internet tenemos que hablar de los Net Comunitarianism<sup>66</sup>. Se trata de una teoría que deriva de la ya creada por Lessig y que comulga con este último en todo menos en la idea del punto patético.

Si Lessig habla del papel inactivo que tiene el usuario en la regulación los comunitarios hablan de la comunidad activa de los usuarios.<sup>67</sup>

Defienden la influencia del usuario en los factores que regulan internet, y a mi juicio es una defensa adecuada.

Si nos fijamos bien y analizamos uno por uno los factores que regulan el ciberespacio nos damos cuenta que las leyes las votan los usuarios, la moral es la que siguen los usuarios, el mercado es fruto de los comportamientos de los usuarios y finalmente la arquitectura es construida por los usuarios. Ninguna de las cuatro medidas se puede concebir sin los usuarios.<sup>68</sup>

Es por ello que esta corriente defiende la actividad de las comunidades de usuarios en la regulación de su espacio. Habla de un sistema de retroalimentación en el que se regule en virtud de las necesidades de los usuarios y para los usuarios.

Aunque distintas cada una de la otra, si analizamos una por una las tres corrientes explicadas todas ellas coinciden en un factor importante, la ley por sí sola no puede regular el espacio virtual.

A lo largo de la historia hemos intentado regular el espacio a través de cualquier medio, desde la ley hasta la tecnología. Sin embargo las medidas mas efectivas siempre han sido las derivadas de la arquitectura.

Un claro ejemplo de regulación a través de la arquitectura han sido los DRM (Digital Rights Management) y su política de licencias. A través de este sistema se prohíbe al usuario cualquier tipo de copia, pero la prohibición ya no es legal sino física. Se dota a

---

<sup>66</sup>MURRAY.A, «The Regulation of Cyberspace». Control in the Online Enviroment, (2007).

<sup>67</sup>MURRAY.A, «Nodes and Gravity in Virtual Space», 2001, 5 Legisprudence. P. 195.

<sup>68</sup>LAIDLAW.E, «A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers», 2010, 24 International Review of Law, Computers and Technology. P. 263.

los archivos de claves de seguridad que no permiten el copiado e inutilizan la copia si se quisiera transgredir esa protección.

Sin embargo me atrevería a decir que el movimiento de los DRM y las licencias no ha dado el efecto que se esperaba de ellos. En primer lugar porque con el tiempo se han ido creando softwares capaces de copiar el material encriptado y en segundo y quizá más reseñable es por su inoperatividad.

En un lado de la balanza tenemos a los usuarios que lo que nos gusta es la gratuidad, rapidez, eficacia y calidad, en el otro lado de la balanza tenemos a los titulares de los derechos de autor y productores que lo que buscan es el propio beneficio.

Volviendo a lo que decíamos acerca de la arquitectura como el mejor sistema imperfecto tenemos que decir que se ha demostrado que los avances en internet son tan continuos que se puede bordear a la arquitectura con la propia arquitectura.

Es por ello que antes de nada lo que tenemos que hacer es preguntarnos como usuarios y defensores de intereses ¿Aceptamos internet con sus pros y sus contras?.

Si la respuesta es afirmativa la solución que tienen los autores no es otra que buscar otro nicho de mercado y utilizar internet como mejor se puede utilizar, como lanzadera publicitaria.

En las siguientes líneas voy a intentar resumir mis sugerencias al problema de los derechos de autor en las plataformas digitales.

La primera solución radicaría en la ley. Lo primero que hay que saber son las debilidades de la misma en el sector.

La ley ha sido el pilar fundamental de la protección de los derechos de autor en el mundo digital, sin embargo la propia naturaleza de la ley hacen que sea un instrumento ineficaz. La tardanza en su puesta en vigor y sus trámites lentos hacen que en el mejor de los casos que la ley no sea lo suficientemente rápida como para estar a la altura de internet, llegan tarde para resolver el problema.

Otro problema importante que tiene la ley es su eficacia. La ley encuentra su legitimidad dentro de las fronteras del estado en el que se aplica. Por tanto las leyes son nacionales, locales o regionales. Aunque con los tratados de Berna y el WIPO se ha dado un salto fundamental en la armonización de los derechos de autor aun seguimos sin tener una regulación global sobre la materia.

Mi visión pesimista de la realidad se debe precisamente a la realidad, y es que actualmente para combatir la piratería en internet no sirven las medidas individualizadas o que no sean globales, y no sirve de nada porque un usuario se puede conectar desde su casa a un servidor que está en las Islas Maldivas por ejemplo.

Siguiendo la actualidad en Internet sucede lo mismo que con los paraísos fiscales, sólo basta con que un país tenga medidas fiscales más favorables para que la legislación estatal se pueda evadir.

Desde mi punto de vista, si queremos entender Internet como un espacio global, debemos crear una legislación global. No podremos combatir nunca la piratería virtual si no existen leyes globales que sean firmadas por todos y cada uno de los países que conforman la faz de la tierra.

Este es un claro ejemplo de que si se trabaja de forma coordinada y todos juntos se puede llegar a soluciones justas. Sin embargo considero que este hecho es una auténtica utopía y que si ya los países están demostrando con temas tan sensibles como es la contaminación que no son capaces de coordinarse, con un tema en el que hay tantos intereses en juego como es internet creo que nunca llegara esa legislación global que demando.

Sabiendo que los factores en juego son los que tenemos actualmente, para defender a los autores en España yo la primera medida que tomaría sería la de obligar a cada dueño de una dirección IP de internet a suscribir un seguro de responsabilidad civil. Así mismo vincularía estas direcciones con cuentas bancarias<sup>69</sup>.

Tengo la sensación de que el Estado no quiere perseguir a los particulares porque tiene asumido que es un hecho consentido el que se esté automáticamente infringiendo copyright y por tanto aluden a las deficiencias del sistema para justificar su inactividad. Sin embargo el primer paso para combatir el copyright es atacar a la base, y esos somos los usuarios.

Obligando a suscribir un seguro de responsabilidad civil indirectamente les estás mandando a los usuarios el mensaje de que te vas a tomar en serio el tema del copyright y de que vas a empezar a actuar de forma proactiva en la persecución de los ataques a la propiedad intelectual.

Cuando una persona tiene que pagar una prima anual por un seguro, lo hace con el objetivo de protegerse en el caso de causar algún daño. Legislando acerca de la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil lo que estás provocando son dos cosas, la primera es al usuario le estás diciendo que como cometa una infracción de copyright el autor le podrá demandar fácilmente y además al año siguiente si quiere seguir usando internet tendrá que pagar una prima más elevada ya que el seguro ha tenido que cubrir una incidencia. El segundo efecto que provocas es que los autores pueden ir directamente contra la aseguradora, lo cual aumenta las posibilidades de cobrar del autor.

---

<sup>69</sup> LACRUZ MANTECÓN, M. «Napster, o como cargarse la propiedad intelectual», Autor y Derecho, Unirioja, 2000.

La segunda medida que tomaría sería la de crear una policía informática estatal destinada a la persecución de este tipo de actividades. Acompañada a esta policía crearía una ley administrativa sancionadora que sancionara pecuniariamente a aquellos que infringen el copyright. Así como tenemos una Ley de Tráfico que impone sanciones por la mala conducción considero que también se puede poner el sistema sancionador al servicio del autor. Mucha gente habla de la propiedad intelectual como cultura, por ello creo que el poner el sistema sancionador de un estado al servicio de la cultura estaría justificado.

El hecho de que se recurra a la multa se debe principalmente a dos motivos. El primero una multa es una medida disuasoria muy importante y el segundo una multa es potestad estatal, por tanto lo recaudado a través de la misma va a parar a las arcas del estado. Estos beneficios pueden ser destinados precisamente a crear esa policía estatal de la que hablábamos antes y a poder dotarla de los materiales necesarios para poder desarrollar sus funciones de forma más efectiva.

Uno de los avances de la medida reside en la idea de que cuando nosotros abrimos un expediente sancionador tenemos un responsable del daño sobre el que va a caer la multa. En otras palabras se realiza ya la investigación que acaba determinando tanto el material infringido como el responsable del daño.

Esta determinación es de vital importancia para el autor ya que le facilita en cierta medida la labor de controlar quién infringe su copyright. Para ello mi idea también propone que se comunique a las entidades de gestión que se ha iniciado o cerrado un expediente sancionador en el que se ha podido probar<sup>70</sup> que se ha cometido un ilícito civil sobre alguna obra.

De esta forma los autores pueden decidir si acudir a los tribunales para defender sus derechos, se trata de una simple notificación que se le hace al autor diciéndoles que un individuo determinado ha vulnerado su copyright. Como ya había mencionado anteriormente la existencia de un seguro de responsabilidad civil haría mucho más accesible el cobro de la indemnización por parte de las entidades de gestión.

Los problemas que con esto surgen son muy diversos, en primer lugar está el problema del derecho a la intimidad. Resulta un poco problemático el hecho de que se puedan comunicar expedientes sancionadores a particulares. Desde la óptica más estricta del derecho a la persona podríamos estar cometiendo una invasión tanto en el derecho al honor como el derecho a la intimidad del infractor. Aunque podemos acudir a la figura administrativa del interesado lo cierto es que no existe en el ámbito administrativo ningún procedimiento en el que se pueda comunicar a un tercero sobre la infracción administrativa de otro particular. Esto sólo se da si el asunto acaba en la jurisdicción penal, sin embargo hay un hecho notorio que me permite acabar afirmando que la balanza de intereses en estos casos se tiene que vencer a favor del autor, este se

---

<sup>70</sup> Hay que tener en cuenta que la capacidad probatoria de un procedimiento sancionador no tiene nada que ver con la judicial, se trata de una investigación mucho más somera que la que se realiza en sede judicial.

encuentra entre las acciones que un autor tiene para proteger una obra y sin duda una de ellas es la publicación de la sentencia.

Parece ser que la publicación o en este caso la comunicación del infractor en este tipo de materia es de vital importancia por cuanto que no sólo se discuten derechos materiales sino que también se acaban discutiendo derechos morales. Por ello entiendo que si la ley permite divulgar públicamente el nombre del infractor publicando la sentencia, nada obsta a entender que se pueda comunicar internamente al autor acerca de los expedientes administrativos abiertos y de los que es interesado.

El segundo problema es la cuantía de las sanciones. Una multa suele ser elevada por cuanto que el objetivo de la misma es la disuasión de potenciales infracciones. Volvemos a la dicotomía de lo justo y lo injusto, la balanza de intereses.

Mi opinión al respecto aunque sea paradójico diré que es igual de clara que mutante. Y es que creo que el principal problema que se tiene que poner encima de la mesa al tomar esta medida es a quién queremos beneficiar más.

Aunque se trata de un tema de justicia material los intereses detrás de la decisión son mayúsculos, pero lo cierto es que la cuantía de las multas o el abogar por otra solución menos gravosa para el infractor dependen de la hoja de ruta que se quiera tomar en el asunto. Si lo que queremos es proteger al autor por encima de todo la multa es un buen método, sin embargo si lo que queremos es un internet accesible y no tener que pasar por el aro de las distribuidoras y pagar costes «innecesarios», la multa no es el mejor aliado.

Finalmente el tercer y último problema que veo yo es la delimitación del infractor. Al principio hacía un símil entre la Ley de Tráfico y la ley que me gustaría crear. Pues aunque son muchas las semejanzas existe una diferencia que es clave entre ellas. Se trata del tema de identificación del infractor.

Un vehículo siempre vas a saber quién lo conduce, ya que o bien como titular tienes el deber de comunicar quién se hallaba al volante en el momento de la infracción o bien si te lo han robado finalmente se sabrá quién ha sido o al menos quedará certificado que tú no has sido el responsable.

Sin embargo en una dirección IP esto es mucho más complicado. Cuando comentaba acerca de las debilidades de la arquitectura aquí tenemos el principal problema y es cuando un hacker por ejemplo se cuelga en tu dirección IP y la utiliza para en este caso descargarse contenido ilegal.

En estos casos sólo tenemos dos opciones, la primera sería aceptar la debilidad del sistema y por tanto eliminar este tipo de medida protectora y la segunda sería acudir a la figura del responsable subsidiario. El dueño de la IP es quién paga hasta que no se demuestre lo contrario, algo que es tremendamente difícil.

Es aquí donde se refleja la vital importancia de que ley y arquitectura vayan de la mano. Hasta que no se creen servidores mucho más seguros en los que acceder a los mismos sin autorización sea o imposible o una auténtica quimera no se podrán tomar medidas agresivas contra los derechos de autor.

Por ello lo que nos queda ahora es asumir las debilidades del sistema y aprovecharlas en nuestro beneficio. El claro ejemplo de ello lo tienen Spotify o Netflix. Por supuesto que se puede escuchar música sin pagar o ver series de forma clandestina, pero sin embargo las tarifas tan reducidas que estos servicios ofrecen son un aliciente mayor para el usuario a la idea de tener que descargar uno por uno las músicas que les gusta o tener que acudir a links de baja calidad.

Aquí el autor no gana mucho dinero, sin embargo en el caso de Spotify el autor se puede hacer viral y endosarse buenos beneficios en giras o programas de televisión, y por su parte los autores de la serie pueden promocionar sus series que luego podrán ser cedidas a grandes cadenas o incluso ver como sus ingresos en merchandising van aumentando exponencialmente.

## **VI. CONCLUSIÓN**

El tema objeto del presente dictamen es un tema muy controvertido a la vez que difícil de solucionar.

A lo largo de las líneas de este dictamen he intentado plasmar encaje legal de este tipo de plataformas que tiene actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha podido constatar que la posibilidad de eludir responsabilidades es muy accesible y que por tanto el autor está en desventaja con respecto a las grandes plataformas. Sin embargo esto no hay que entenderlo como una injusticia sino como una oportunidad, las plataformas han traído a colación una nueva forma de hacer negocio y se ha demostrado que con la regulación actual no se les puede hacer frente, pero no hay que olvidar que muchos de los autores que ahora se quejan de las plataformas llegaron a ser lo que son en mayor medida por las ventajas publicitarias que estas plataformas ofrecen.

Es por ello que considero que la llave de todo esto no está en restringir o poner trabas a las plataformas existentes sino en hacer un balance de intereses. El control sobre las plataformas es necesario, sin embargo un sobrecontrol o una sobrerregulación de las mismas podría traer consecuencias muy negativas que afectarían en última instancia a aquellos que ahora quieren promoverlas, los autores.



Mi consideración se basa en el estudio completo de lo que es internet y de las características que hacen de él ya no un entretenimiento sino un instrumento de vida. A partir de allí la primera medida pasa por crear una regulación internacional que se extienda a todos los rincones del mundo, así como de crear o bien una organización o una comisión dentro de la WIPO que se dedique única y exclusivamente a controlar y regular sobre internet.

Sólo si se crea un marco jurídico unitario será posible abordar el tema con garantías, de lo contrario estaremos dando palos de ciego y regulando sin resultado.

Este es mi dictamen y lo someto a cualquier otro fundado en derecho.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Páginas web

- Página oficial de VIACOM, «<http://www.viacom.com/brands/pages/default.aspx>», accedido el 19/10/2016.
- Página oficial de la ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, «<https://www.eff.org/cases/viacom-v-youtube>», accedido en Septiembre de 2016.
- Página oficial de la BBC News, «<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6034577.stm>.», accedido en Noviembre de 2016.
- Página oficial de la BBC news, noticia publicada el día 3 de julio de 2008, «<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7488009.stm>». , accedido en Noviembre de 2016.
- Página oficial del New York Times, «<http://www.nytimes.com/2008/07/04/technology/04youtube.html>», accedido en Noviembre del 2016.
- Página oficial de Google, «<https://www.google.com/about/datacenters/> accedido en Noviembre de 2016.»
- Vídeo accesible en YouTube «<https://www.youtube.com/watch?v=OqQk7kLuaK4>» accedido en Noviembre de 2016.
- Página oficial de YouTube, YouTube Help, «<https://support.google.com/youtube/answer/71673?ctx=sibling>».
- Página oficial de la WIPO «<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

### Artículos

- GUAL GRAU, C, «Breves apuntes sobre el Discovery», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 29, 2011, p. 114-119.
- LACRUZ MANTECÓN, M. «Napster, o como cargarse la propiedad intelectual», Autor y Derecho, Unirioja, 2000.
- LACRUZ MANTECÓN, M., «copias privadas y calamidades públicas», Anuario de propiedad Intelectual, 2005, Reus, Madrid, 2006.
- ROLFE WINKLER, «YOUTUBE: 1 BILLION VIEWERS, NO PROFIT», Wall Street Journal de Febrero de 2015 «<http://www.wsj.com/articles/viewers-dont-add-up-to-profit-for-youtube-1424897967>»
- ANDREW BEATTIE, «How YouTube Makes Money off Videos» publicado en noviembre de 2016 en la página web de Investopedia, «<http://www.investopedia.com/articles/personal-finance/053015/how-youtube-makes-money-videos.asp>».
- BARLOW, JP, «A Declaration of the Independence of Cyberspace», accesible en la página web de la Electronic Frontier Foundation «<https://www.eff.org/cyberspace-independence>»
- LESSIG, L., «Code and Other Laws of Cyberspace», accesible en «<http://codev2.cc/>».
- REIDENBERG, J., «Lex Informatica: The Formation of Information Policy rules through Technology», (1998) Texas Law review.
- JOHNSON, D., «Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace», nº48 Stanford Law Review.
- MURRAY, A., «Nodes and Gravity in Virtual Space», 2001, 5 *Legisprudence*.
- LAIDLAW, E., «A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers», 2010, 24 *International Review of Law, Computers and Technology*.
- ZAHAVAH LEVINE, «Broadcast Yourself», en Blog Oficial de YouTube, a fecha 18 de Marzo de 2010.

### Jurisprudencia

- *VIACOM v YouTube (2010)*, Summary Judgement, United States District Court of New York, 23 de Junio de 2010, «[https://www.docketalarm.com/cases/New\\_York\\_Southern\\_District\\_Court/1--07-cv-02103/Viacom\\_International\\_Inc.\\_et\\_al\\_v.\\_Youtube\\_Inc.\\_et\\_al/364/](https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc._et_al_v._Youtube_Inc._et_al/364/).»

- *VIACOM v YouTube*(2012), United State Court of Appeal, Second Circuit, 5 de abril de 2012
- *VIACOM v YouTube* (2013), United States Court of New York, 18 de Abril de 2013.
- *UGM Recordings v MP3.com* (2000), 92 F.Supp. 2d 349 (SDNY 2000).
- *SONY Betamax v Universal* (1984), 464 US 417 (sup. CT 1984).
- *RIAA v Diamond* (1999), 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).
- *A&M records v Napster* (2001), 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001).
- *MGM Studios v Grokster* (2005), 545 US 913 (2005).

### Libros

- . MURRAY, A, *Information Technology Law, The Law and the Society*,3º edic., Oxford, Glasgow, 2016.
- AMBROSEK, R. Shawn Fanning: The Founder of Napster, Rosen Publishing Group 2006.
- REED.C, *Internet Law*, 2nd edic, CUP, 2004.
- MURRAY.A, «The Regulation of Cyberspace». Control in the Online Enviroment, (2007).

### Legislación

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- The Digital Millenium Copyright Act of 1998.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.