

# NEUTRALIDAD EN INTERNET Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL \*

## Neutrality on the Internet and Criminal Compliance

JESÚS IVÁN MORA GONZÁLEZ \*\*

Fecha de recepción: 19/10/2020  
Fecha de aceptación: 05/04/2021

*acfs, Protocolo I* (2021), 257-279  
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716  
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16223>

**RESUMEN** El artículo 270.2 del Código penal español hace responsables a los prestadores de servicios intermediarios cuando existe una facilitación activa y no neutral de un comportamiento infractor en las obras protegidas por copyright. Ello se ha traducido en un mecanismo incierto que fomenta la colaboración acrítica con los titulares del copyright sin ponderar de forma adecuada la creatividad social a través del uso transformativo de la obra. Este artículo propone un análisis de la autoría como signo distintivo con la finalidad de corregir esta incertidumbre normativa mediante una interpretación restrictiva del derecho de uso exclusivo eliminando los usos derivados como fuente generadora de una obligación de actuar, y a la vez, reconociendo la necesidad de un mecanismo de contra-notificación que permita al supuesto infractor una defensa efectiva de sus intereses sin que ello implique la pérdida de la condición de actor neutral.

**Palabras clave:** Neutralidad; Prestador de Servicios Intermediario; Copyright; Autoría Romántica; Autoría Distintiva

**ABSTRACT** Article 270.2 of the Spanish Penal Code makes intermediary service providers responsible when their behaviour can be regarded as active and non-neutral facilitation of copyright infringements. This approach has resulted in an uncertain mechanism that encourages uncritical collaboration with copyright holders neglecting the social value of creativity in transformative uses of the work. This article suggests the analysis of authorship as a distinctive sign with the aim of reducing this normative uncertainty by a restrictive interpretation of exclusive rights, eliminating derivative uses for any notice and take-down procedure. At the same time, it is required the recognition of a counter-notification mechanism to protect fair use and transformative uses as key elements to protect social creativity.

**Keywords:** Neutrality; Internet Service Provider; Copyright; Romantic Authorship; Distinctive Authorship.

---

\* Para citar/citation: Mora González, I. J. (2021). Neutralidad en internet y cumplimiento normativo penal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 257-279.

\*\* Univesidad de Granada. Departamento de Derecho Penal. Plaza de la Universidad, 1. 18001 Granada. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Melilla. Correo electrónico: [jesusi-vanmora@ugr.es](mailto:jesusi-vanmora@ugr.es).

## 1. NEUTRALIDAD EN LA RED Y DERECHOS DE USO EXCLUSIVO

El concepto de neutralidad en internet ha devenido en postulado fundamental para la protección de los prestadores de servicios intermediarios y la delimitación de los deberes de colaboración con los titulares de un derecho de propiedad industrial o intelectual. Estos deberes de colaboración ostentan un marcado alcance internacional, cuyos representantes normativos más relevantes son la *Digital Millenium Copyright Act* (1998) de Estados Unidos y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. A través de un concepto indeterminado como es el puerto seguro o *safe harbour*, el intermediario es tratado como un actor neutral y por tanto no sometido a responsabilidad alguna, siempre y cuando no infrinja sus deberes de colaboración con el titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial. Dicha aproximación, a la vez, no ha estado exenta problemas a la hora de buscar un consenso internacional para la lucha contra la falsificación y la piratería, siendo el fracaso más significativo el rechazo por el Parlamento Europeo del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)* el 4 de julio 2012. A pesar de ello, una nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital ha venido a implementar lo que los titulares de copyright han requerido a lo largo de los últimos años, esto es, un mayor deber de supervisión por parte de los prestadores de servicios para evitar los desequilibrio que se producen entre el prestador de servicios y el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial. En este sentido, es significativo el artículo 17, donde no se llega a imponer un deber general de supervisión *ex ante* (art. 17.8) pero con una redacción tan difusa en sus artículos 17.4 y 5 (por ejemplo, “mayores esfuerzos” o “actuar de modo expeditivo”) que genera grandes incentivos para la autocensura del prestador de servicios, y por tanto, erosionando considerablemente las garantías derivadas del principio de contradicción (Sánchez Lería, 2020, pp. 181-186).

De este modo, y a pesar de que los prestadores de servicios intermediarios desempeñan un papel fundamental en el ámbito internacional como es internet, no existe un consenso claro sobre qué tipo de responsabilidad y bajo qué circunstancias el prestador de servicios debería ser responsable, aunque con una clara dirección hacia un modelo basado en el principio de precaución. Y ello tiene especial relevancia cuando el titular realiza funciones de vigilancia en la identificación de posibles infracciones mediante su notificación al intermediario *notice and take down* y el requerimiento de colaboración por parte del prestador de servicios intermediario para retirar

el uso infractor de la red bajo la necesidad de un proceso eficiente en el contexto de internet.

En dicho contexto, varias Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) merecen ser mencionadas en la delimitación del alcance del *safe harbour* vinculado al concepto de actor neutral como un espacio donde el prestador de servicios intermediario no estaría sujeto a responsabilidad. En primer lugar, el caso *Google AdWords* donde el TJUE en Sentencia de 23 de marzo de 2010 (ECLI:EU:C:2010:159) entendió que el hecho de que Google fijara formas de remuneración por el servicio de comercialización de palabras claves asociadas a signos distintivos y el alojamiento de enlaces publicitarios referentes a esos términos clave no bastaban para considerar que Google tenía un conocimiento efectivo o que tenía un control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes. De este modo, se mantenía la exención de responsabilidad contemplada en la Directiva de Comercio Electrónico entendiéndose que dicha actividad era de carácter neutral. A la vez, el Tribunal sostuvo que dicha neutralidad se aplicaría en tanto en cuanto el servicio de *AdWords* fuera exclusivamente técnico, automático y pasivo. Es decir, venía a reconocer que si el intermediario actuaba como agregador de informaciones de terceros, colaboraba o intervenía activamente en la aparición y presentación en pantalla, en su propio sitio en línea, de datos, informaciones o prestaciones lesivas para los derechos de terceros, podría incurrir en responsabilidad, en función de las circunstancias, sin que pudiera invocar en su defensa el régimen de exoneración de responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información.

Esta vinculación del concepto de neutralidad al tratamiento técnico, automático y pasivo viene a confirmarse en el caso *L’Oreal v eBay*. Los hechos relevantes se sitúan en 2007, cuando L’Oreal SA (L’Oreal) envió carta de notificación a eBay International AG (eBay) expresando su preocupación por las continuas transacciones que ocurrían en la plataforma eBay sobre el uso no consentido de su marca en varios países de la Unión Europea, interponiendo demanda contra eBay ante la *High Court of Justice of England and Wales* haciéndole responsable por la venta de productos de L’Oreal comercializadas en la página web, [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk). Aunque L’Oreal y eBay estuvieron de acuerdo en que dos de los 17 productos eran falsificados, L’Oreal entendió que el resto también infringían los derechos de marca dado que los mismos no se encontraban destinados para la venta al ser meros probadores o importaciones paralelas y cuyo destino era América del Norte. Ante dicha situación la *High Court of England and Wales* decidió plantear varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, una de las cuales era referente a los supuestos donde un prestador de servicios intermediario

desempeñaría un rol activo y no neutral, excluyéndose del espacio de exención de responsabilidad (*safe harbour*). En Sentencia de 12 de julio de 2011 (ECLI:EU:2011:474) el TJUE respondió a esta cuestión prejudicial vinculando el rol activo del intermediario al concepto de posición neutral, el cual sólo se extendería a un tratamiento meramente técnico y automático de los datos, sosteniendo a la vez que la optimización de la presentación de las ofertas para la venta o su promoción implicaría la pérdida de dicha condición. Esta visión, sin embargo, ha sido criticada por la doctrina, ya que un aferramiento al rol activo para eliminar la responsabilidad perjudicaría considerablemente a aquellos prestadores con negocios esencialmente dinámicos, y consistentes en optimizar la presentación de obras o presentaciones que son cargadas por los usuarios, o su promoción (Arroyo Amayuelas, 2020, p. 816).

Por último, y derivado de ambas Sentencias del TJUE, merece ser destacado en el contexto español la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:4) teniendo como partes demandantes a Gestevisión Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A.U. y como parte demanda a *Youtube LL.C*. La controversia se focaliza en la difusión y utilización en *Youtube* de emisiones y grabaciones audiovisuales sobre las que Telecinco ostentaba derechos de autor, solicitándose indemnización de los daños y perjuicios causados al entender que *Youtube* desarrollaba una actividad propia de un proveedor de contenidos, y por tanto siendo responsable de los actos de reproducción y disposición de la obra sin consentimiento del titular. Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial desestimaron dicha pretensión, entendiendo que *Youtube* actuaba como un prestador de servicios intermediario y que sobre él no recaía un deber de supervisión general para sostener un conocimiento efectivo de las infracciones que pudieran darse.

En este sentido, la Audiencia Provincial destacó que la labor de catalogación de “videos destacados” no era suficiente para no aplicar la exención de responsabilidad prevista en la Ley 34/2002, por cuanto de las condiciones en que la misma se desarrolla se desprende un alto grado de predeterminación por parte de los usuarios del sistema, lo que permite cuestionar la atribución de un rol proactivo a partir de tales tareas, y porque, en todo caso, el ámbito de dicha actuación se circunscribiría a un número muy limitado de contenidos. Por otro lado, la Audiencia Provincial destacaba que el conocimiento efectivo por parte del prestador de servicios ha de acreditarse pormenorizadamente, sin que basten a tal fin meras sospechas o indicios, resultando precisa para la concretización de aquel la cooperación del perjudicado. Ello se traduciría en que, partiendo de la inexigibilidad a *Youtube* de una obligación de supervisión de carácter previo y general de los

contenidos que se alojan en sus servidores, sobre las recurrentes pesaría la carga de cooperar poniendo en su conocimiento “de forma individualizada y concreta” cuáles son los contenidos que pudieran vulnerar sus derechos.

Estos casos relevantes muestran que los titulares de un derecho de propiedad industrial o intelectual han dejado de focalizar sus esfuerzos en la identificación de los infractores “primarios”, para focalizar su actividad monitora en la delimitación de los deberes de supervisión ejercidos por los prestadores de servicios intermediarios como nuevos actores fundamentales. De este modo, y con independencia de la “etiqueta” utilizada, la potestad sancionatoria queda desplazada parcialmente hacia estos actores en la implementación de unos deberes de vigilancia y cooperación en la eliminación de comportamientos infractores.

Se asiste, por tanto, a un ejercicio de la actividad sancionatoria por parte de los intermediarios bajo la amenaza de la pérdida de su calificación como actor neutral ante la infracción de su deber de colaboración, y la eventual imposición de una sanción civil, administrativa, o penal (que el caso español tendría como referencia concreta el artículo 270.2 Código Penal). Ello genera una situación de incertidumbre que tiene dos efectos negativos importantes. El primero derivado de la responsabilidad sobre los prestadores de servicios intermediarios y su animadversión a verse sometidos a una sanción, y por tanto, al deseo de mantener su condición de actor neutral con independencia de si ello implica una sobre-prevenición que alcance a usos lícitos (*over-deterrence*). El segundo, y derivado del primero, es el efecto que ello conlleva en la competitividad y creatividad sin un proceso público con las debidas garantías, que permita al presunto infractor presentar una defensa sobre posibles usos lícitos de la obra (Blevins, 2013, p. 1833).

Esta problemática viene generada por la ponderación de intereses entre la celeridad y eficiencia que requieren los titulares de un derecho de uso exclusivo a través de los prestadores de servicios intermediarios y por la necesidad de una serie de garantías de defensa para proteger los intereses de los competidores en el fomento de la creatividad social, y en última instancia, en la protección de la libertad de expresión. En este sentido, internet permite dar mayor valor a la capacidad dialógica del ciudadano desempeñando un rol que va más allá de la mera condición pasiva de consumidor de obras, y que lo posiciona en el paradigma del *prosumer* (Grinnell, 2009, p. 577) (Cotino Hueso, 2017, p. 4) (Rosenblatt, 2019, p. 377) y por tanto, necesitado de una protección clara y concisa de los usos lícitos para proteger su actividad creativa a partir de obras previas en el contexto de las nuevas tecnologías (Wong, 2009, p. 1075) (Heyman, 2008, p. 445).

Por otro lado, los titulares de *copyright* que ante la llegada de internet ven limitada su capacidad de supervisión y necesitan de otros actores para

controlar cualquier uso derivado de la obra que le permita maximizar su explotación económica ante la falta de celeridad por parte de la justicia. Ello viene reforzado por un instrumento, como es la notificación de la infracción, y su requerimiento de colaboración por parte de los intermediarios con los consiguientes déficits de control en la forma en que dicha notificación debe de producirse y sus posibles abusos.

Por último, y como actor principal, los prestadores de servicios intermediarios, cuya motivación normativa de colaboración está basada en la pérdida de su condición de actor neutral que le otorga el denominado puerto seguro o *safe harbour*, es decir, el deber de colaborar con el titular a través de la implementación de una privatización sancionatoria bajo la amenaza en caso de infracción de su deber de colaboración de la imposición de sanciones que pueden llegar a ser eventualmente penales (Urban, 2005, p. 687). Y ello puede observarse en conflictos cada vez más habituales entre los prestadores de contenidos ajenos cuando los mismos están protegidos por derechos de autor, y la denuncia constante de sus titulares de un “value gap” consistente en un desequilibrio entre el valor añadido generado por los prestadores de servicios y la compensación que reciben sus titulares de la obra protegida, requiriendo un modelo con mayores niveles de supervisión por parte los prestadores de servicios (López Richart, 2018, pp. 85-90). Un modelo que viene fundamentado en la necesidad de celeridad que requiere el comercio electrónico, pero que genera múltiples incentivos para eliminar la actividad expresiva de los ciudadanos, y pocos incentivos para realizar una investigación previa que permita valorar la existencia de dicha infracción y un posible uso lícito de la obra de referencia. (Blevins, 2013, p. 1875) (Yen, 2000, p. 45). Y esta situación viene a agravarse tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013 (recurso 64569/09, Delfi AS v. Estonia) excluyendo de la aplicación del puerto seguro a los portales de noticias respecto de los comentarios supuestamente difamatorios, esto es, ante la existencia de un riesgo de contenidos ilícitos será necesario desarrollar medios y controles suficientes para evitarlos, y por tanto, abogando por un deber de supervisión general difícilmente justificable cuando de la libertad de expresión se trata (Boix Palop, 2016, pp. 90-94). Ello implicaría implementar criterios de autocensura más estrictos para evitar cualquier tipo de responsabilidad, y teniendo en cuenta que no todos los prestadores tendrían capacidad personal y económica para hacerlo, lo que en realidad se estaría produciendo es un proceso de concentración en la difusión de información contrario al pluralismo que la red suele predicar (Cotino Hueso, 2017, pp. 8-14).

Llegados a este punto, las cuestiones a responder serían diversas. Este artículo, sin embargo, no aspira a responder a todas y cada una de ellas,

sino que principalmente pretende legitimar una interpretación restrictiva del artículo 270.2 del Código Penal español (por su previsión expresa) con la finalidad de que la sanción penal no se convierta en una norma generadora de incentivos de colaboración acrítica con el titular del copyright por parte de los prestadores de servicios intermediarios. Y para ello, este artículo plantea la necesidad de una visión multidisciplinar tratando la autoría como un concepto histórico y resaltando las deficiencias del análisis económico de la autoría romántica. Desde esta visión histórica se plantea un cambio de modelo denominado “autoría distintiva” basado en un análisis semiótico de los signos distintivos que tiene como finalidad (entre otras) dar mayor valor normativo a la capacidad dialógica ciudadana en la creación de significado a partir de obras previas protegidas por *copyright* resaltando los abusos a los que tiende el modelo romántico de la autoría. Delimitado el modelo distintivo de la autoría, el siguiente punto consistiría en trasladar dicho modelo al ámbito de aplicación del artículo 270.2 del Código Penal como norma motivacional para la implementación de los deberes de colaboración por parte de los prestadores de servicios intermediarios, reduciendo su ámbito de aplicación mediante una lectura restrictiva que establezca este espacio donde el prestador de servicios intermediario pueda rechazar colaborar con el titular del *copyright* sin que ello conlleve la pérdida de su condición de actor neutral.

## 2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL COPYRIGHT Y AUTORÍA ROMÁNTICA

La construcción romántica de la autoría toma como referencia relevante la abolición en 1695 de la *Licensing Act* de 1662 en Inglaterra y la desaparición de un privilegio monopolístico concedido a determinadas librerías en Londres con una finalidad mayoritariamente censora. Ello supuso la necesidad de encontrar una nueva fundamentación en la concesión de un derecho de copia, la cual fue encontrada en el desplazamiento del autor como sujeto responsable (eventualmente penal) por la del sujeto merecedor de una retribución económica a través del derecho de copia sobre la obra, siendo el Estatuto de Ana de 1710 el mejor representante normativo de este cambio de paradigma. Dicha retribución económica apareció primeramente vinculada a la justificación de los frutos del trabajo de Locke, y paulatinamente fue puliéndose mediante la exaltación de relación de filiación directa entre el autor-díos y su predicado, la obra (Woodmansee, 1984, p. 425).

El reconocimiento de la obra protegida por copyright como bien inmaterial obtuvo una formalización destacada a finales del siglo XVIII en la obra de Fichte, *Proof of the Unlawfulness of Reprinting: a Rationale and a*

*Parable* (1793). Fichte distinguió entre el objeto físico, las ideas y la forma en la cual las ideas están presentadas, justificando el derecho de copia en la individualidad de la obra original. De este modo quedaba formalizada la diferenciación entre idea y expresión de la idea, donde la expresión de la idea sería el objeto sobre el cual se delimitarían los derechos de autor. William Wordsworth, por su parte, en *Preface to Lyrical Ballads* (1798) contribuyó significativamente a la intersección entre la estética romántica y el copyright resaltando conceptos como *vivid sensation* o *spontaneous overflow of powerful feelings* los cuales quedaban íntimamente conectados con el autor y su creatividad. Esta consolidación de la estética romántica y el discurso legal sería nuevamente resaltada por William Wordsworth en *Poems* (1815), permitiendo consolidar la visión del autor como creador de obras originales que llega hasta nuestros días en la regulación positiva de la propiedad intelectual donde la diferenciación entre idea y expresión de la idea desempeña un papel fundamental a través de la copia sustancial como piedra angular en el alcance del derecho de uso exclusivo (Lemley, 1997, p. 873) (Aide, 1990, p. 191).

Y sobre esta visión de carácter histórico, el análisis económico clásico sostiene que el *copyright* es un sistema normativo que protege mercados monopolísticos con la finalidad de corregir los fallos de mercado en la producción de bienes públicos. De este modo, el modelo romántico es presentado como un concepto natural que viene a reconocer la individualidad de un creador-dios y la protección de la libertad de expresión mediante la diferenciación entre la idea y la expresión de la idea. Este modelo se proyecta a la vez sobre una legitimación utilitarista de un derecho de uso exclusivo donde la ponderación entre precios monopolísticos y costes marginales permitiría la maximización en la producción de obras mediante la corrección de fallos asimétricos de mercado causados por el carácter no rival de los bienes públicos y un deficiente ejercicio en la discriminación de precios en los consumidores (Lunney, 1996, p. 656) (Landes y Posner, 1989, p. 353).

En otras palabras, desde que las ideas pueden ser reproducidas por infinitas expresiones, el acceso a la idea no debería implicar un coste para todo autor potencial. Todas las expresiones protegidas por un derecho de uso exclusivo podrían y deberían ser creadas de forma independiente y diferente, donde la originalidad estaría íntimamente conectada con el concepto de novedad. La necesaria diferencia entre expresiones originales (similitud sustancial) se traduciría en un derecho de uso exclusivo generador de un mercado monopolístico debido a la amplitud en la conceptualización del uso derivado y el alto nivel de transformación necesario entre las obras protegidas en el mercado.



Esta concepción, a la vez, puede transferirse fácilmente al concepto de neutralidad en la red y a la forma en que las notificaciones de los titulares del *copyright* llegan a los prestadores de servicios intermediarios, donde la sustancialidad de la copia marca un criterio hermenéutico ambiguo traducido en la generación de incentivos para colaborar acriticamente. Sin embargo, ¿podría el derecho de uso exclusivo dejar de ser definido como un mercado monopolístico necesario mediante su desvinculación de la copia sustancial?

El *copyright* queda vinculado a los mercados monopolísticos para corregir fallos de mercado asimétricos derivados del carácter no exclusivo y no rival de los bienes públicos. Sin una regla legal que restrinja la libertad de copia en el mercado, el nivel de producción de obras se vería reducido debido a la imposibilidad de ejercer una eficiente discriminación en los precios en los consumidores motivado por su rechazo a desvelar la intensidad de sus preferencias. Si esta aproximación económica a la creatividad social es analizada a través de las lentes del modelo romántico de la autoría, la expresión de la idea debería ser protegida por un derecho de uso exclusivo de carácter temporal mientras que la idea debería de permanecer en dominio público. En consecuencia, las obras protegidas mediante *copyright* deberían ser tratadas como un *output* no sustitutivo permitiendo el libre acceso al “mundo de las ideas” y a la vez promoviendo la creatividad a través de un derecho de uso exclusivo vinculado a un modelo de creación deificada de las obras originales (Yoo, 2004, p. 281) (Lemley, 1997, p. 1084).

El suministro insuficiente en la creación de obras corregido por un derecho de uso exclusivo para crear los incentivos suficientes en la producción de obras originales, sin embargo, no debería ser el principal punto de debate, sino la extensión del derecho de uso exclusivo basado en una creatividad autoritaria con capacidad de reducir los niveles de acceso y uso de las fuentes creativas en el proceso de creación de significado mediante la similaridad sustancial o la completa internalización del valor social, los cuales devienen en criterios fundamentales en las notificaciones de los titulares del *copyright* en la delimitación de lo que constituye infracción y los deberes de colaboración (Pessach, 2003, p. 104) (Ku, 2002, p. 324) (Heller, 1998, p. 688) (Rotstein, 1992, p. 804).

El remplazamiento de la creatividad autoritaria, sin embargo, no implica que toda aproximación ponderativa entre incentivos y acceso tenga que ser invalidada, sino meramente que la guía externa para delimitar esta ponderación debe quedar alejada de todo criterio retributivo vinculado a la exaltación romántica de la autoría, lo cual sólo genera modelos punitivos que en el contexto de los prestadores de servicios intermediarios hace prevalecer la colaboración acrítica en vez de la ponderación de intereses en la red.

Llegados a este punto, una definición alternativa de autoría podría ser útil para distanciarse de la estética romántica, sin llegar a deslegitimar la necesidad del derecho de copia para promover la creatividad social, esto es, un modelo más ponderativo a través de una delimitación más estricta de las situaciones donde el prestador de servicios intermediario está obligado a colaborar con el titular del *copyright* en la identificación y eliminación de usos infractores.

### 3. AUTORÍA COMO SIGNO DISTINTIVO: PARADIGMA PARA UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL TIPO PENAL

De acuerdo con una visión dialógica de la cultura, los ciudadanos poseen una capacidad de participar en los procesos de creación de significado de todo signo distintivo. El mismo sería un flujo intertextual nunca completado que limitaría las posibilidades de interacción comunicativas entre los seres humanos (Coombe, 1991, p. 1880). Esta capacidad dialógica, sin embargo, puede ser restringida por un derecho de uso exclusivo que delimite el tipo de comportamiento competitivo prohibido, permitiendo a sus titulares gestionar el impacto social de las obras protegidas en la atención de las audiencias (Heyman, 2004, p. 1448 y Lange, 1992, p. 152).

Esta restricción en la capacidad dialógica del individuo que el *copyright* ejerce no implica deslegitimar dicha institución normativa, sino que exigiría una formulación en términos dialógicos, esto es, ¿qué tipo de bien jurídico posee la capacidad de justificar una restricción dialógica del individuo en la participación de los procesos de creación de significado de toda obra? Desde la amplia variedad de posibilidades que el análisis semiótico nos ofrece, considero que el concepto triádico utilizado por Charles Sanders Peirce es una aproximación interesante para la reformulación del concepto de autoría. De acuerdo con esta aproximación, todo signo distintivo debería ser analizado como una estructura holística compuesta de tres partes principales: el representante, el objeto y el interpretante. El proceso de mediación entre el representante y el objeto del signo distintivo produciría interpretantes en las características cualitativas de los bienes comercializados en el mercado que deberían ser protegidos a través de la responsabilidad del titular de un derecho de uso exclusivo (Beebe, 2005, p. 704).

Si esta aproximación económica y semiótica del signo distintivo es traducida en términos de autoría, los puntos clave para definir y delimitar el modelo serían los siguientes:

- a. La autoría debería ser definida como responsabilidad para la selección de toda expresión u obra desde un conjunto de alternativas disponibles en el mercado.
- b. La autoría debería ser dividida en tres elementos principales: el nombre del autor (representante), la obra (objeto) y la responsabilidad del autor sobre la obra (interpretante)
- c. La creatividad social debería ser explicada en términos de competencia inter-marcaria a través de dos funciones principales: la función clasificatoria y la función atributiva.
- d. La función clasificatoria de la autoría tendría como finalidad explicar cómo las obras son distinguidas en el mercado a través de una variable diferencial compuesta por el nombre del autor y la obra, siendo considerados los usos transformativos como un derecho necesario de acceso a las obras protegidas por *copyright* para promover la creatividad social, y por ende, la libertad de expresión en una cultura democrática.
- e. La función atributiva de la autoría tendría como finalidad explicar cómo la creatividad social es promovida, lo cual necesitaría de cuatro variables fundamentales: subjetiva, cualitativa, disciplinaria y retributiva. El paradigma romántico de la autoría basado en las expresiones originales debería ser reemplazado por la capacidad dialógica de los ciudadanos en la producción de sustitutos razonables que promuevan la competencia de autores en el mercado.
- f. La variable subjetiva dentro de la función atributiva tendría como finalidad reconocer el derecho de propiedad como medio a través del cual la persona obtiene un reconocimiento del otro y a la vez resaltar las relaciones simbólicas intersubjetivas que permitan visualizar la autoría como una variable compleja que proporciona significado a las relaciones comunicativas a través de la responsabilidad por el discurso mantenido (Hughes, 1998, p.81) (Radin, 1982, p. 34).
- g. La variable cualitativa dentro de la función atributiva debería tener como finalidad satisfacer eficientemente las necesidades del consumidor a través de la producción de bienes (obras) en el mercado. El ahorro de costes de búsqueda del consumidor sería el resultado de un sistema de derechos de uso exclusivo que recompensa e incentiva la creatividad distintiva y donde la autoría proporcionaría información útil a los consumidores en la selección de productos competitivos (obras).
- h. La variable disciplinaria debería tener como finalidad promover el valor de la responsabilidad por las características cualitativas del producto (obra), permitiendo al consumidor identificar los pro-

ductos que desea adquirir o rechazar, promocionando el ahorro de costes de búsqueda del consumidor.

- i. La variable retributiva dentro de la función atributiva quedaría íntimamente ligada al nivel sustitutivo de la obra en la promoción de la competencia entre autores. La capacidad sustitutiva de los recursos creativos de la obra debería ser contemplados como un instrumento hermenéutico en la delimitación del derecho de acceso expresivo que los ciudadanos tienen en la participación del proceso de creación de significado de la cultura.

De este modo, los ciudadanos deberían de tener reconocido un derecho en la producción de sustitutos perfectos sin tener en cuenta el medio tangible donde la obra puede ser distribuida. Este derecho, por tanto, sería el eje fundamental para delimitar un bien jurídico digno de tutela penal y a la vez, los deberes de colaboración de los prestadores de servicios intermediarios. Y ello tiene especial relevancia porque el artículo 270 del Código Penal español tiene como principal característica su amplitud en el alcance punitivo a través de las conductas típicas de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente o cualquier otro do de explotación económica. Ello implica un modelo abierto que viene a reflejar una identidad sustancial entre la protección penal y civil contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, especialmente en los artículos 17 y siguientes. A las conductas de reproducción, distribución y comunicación pública, se les une las de transformación, la cual toma una especial relevancia para dar sentido a otras formas de explotación económica y a la vez, convertir a la sustancialidad de la copia en eje fundamental no sólo para delimitar el tipo penal, sino a la vez para delimitar los deberes de colaboración de los prestadores de servicios intermediarios y la no pérdida de la condición de actor neutral.

Ante esta falta de taxatividad manifiesta en la norma penal, el modelo distintivo de la autoría tiene la capacidad de realizar una visión restrictiva del tipo que permita delimitar el concepto de neutralidad con mayor claridad, y por tanto, evitando que la norma penal se convierta en un instrumento generador de incentivos de colaboración acrítica, sino por el contrario, en uno de ponderación de todos los intereses que existen en la red con la finalidad de proteger y promover la capacidad dialógica ciudadana.

De este modo, la autoría distintiva plantearía los siguientes criterios para reducir el alcance del artículo 270 del Código Penal:

- A. La protección penal del *copyright* tendría como finalidad la promoción de la diversidad expresiva, donde los ciudadanos tendrían reconocida la capacidad para competir a través de un derecho de

uso exclusivo en la producción de sustitutos perfectos sin la consideración del medio tangible donde la obra puede ser distribuida. Considerado este derecho como bien jurídico digno de tutela penal, el mismo tendría capacidad para delimitar el alcance del concepto de neutralidad de los prestadores de servicios intermediarios.

- B. Las aproximaciones hermenéuticas que toman como referencia la similitud sustancial para delimitar las infracciones del *copyright* poseen la cualidad de reducir la capacidad sustitutiva de los bienes públicos e incrementar el coste de atención de la audiencia. (Brashears, 1993, p. 913). La similitud sustancial, por tanto, no debería ser tomada en consideración como un criterio hermenéutico para justificar la sanción penal, dado que esto implicaría analizar no sólo la similitud sustancial entre dos obras, sino entre toda expresión que ha sido capaz de influir en el autor, actividad que sobrepasa con creces la capacidad de todo prestador de servicios intermediario. El modelo distintivo de la autoría, por el contrario, requeriría reconocer el valor social de los usos transformativos, y por tanto, de los recursos creativos que son necesarios para competir eficientemente en el mercado mediante la producción de sustitutos razonables. De este modo, la protección penal del *copyright* no debería ser legitimada cuando tiene como finalidad la restricción de usos transformativos y el incremento de la extensión de los usos derivados dentro de toda obra protegida por el copyright. Consecuentemente, no debería ser un criterio generador de una obligación de colaboración del prestador de servicios intermediario que legitime la imposición de una sanción penal.
- C. El concepto de dominio público no debería definirse metafóricamente como objetos que sólo pueden ser utilizados después de un período de tiempo (en la actualidad, y por regla general, la vida del autor más 70 años). La alternativa pasaría por una definición de dominio público con un carácter marcadamente fluido. El dominio público pasaría a visualizarse como recursos creativos esenciales para la capacidad dialógica de todo ciudadano en la producción de sustitutos razonables potencialmente adecuados para impactar en la atención de la audiencia.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

La reforma de la L.O. 1/ 2015 sobre el artículo 270.2 Código Penal viene a delimitar la responsabilidad del prestador de servicios intermedia-

rio a través del comportamiento activo y no neutral en la facilitación de obras protegidas por copyright. Aunque dicho apartado no contempla los diferentes tipos de prestadores de servicios intermediarios, el mismo trata de sumarse con una técnica poco clara al proceso armonizador acometido por la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (transpuesta por la Ley 34/2002, de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico). En este sentido, la doctrina había mantenido que este articulado permitía considerar la actividad como neutra o pasiva, pero la pérdida de dicha condición no implicaba automáticamente la responsabilidad del prestador de servicio intermediario (Peguera Poch, 2007, pp. 10-17). Dicha garantía, sin embargo, viene a ser erosionada por el incremento de los nuevos deberes de supervisión que la Directiva 2019/790 sobre los prestadores de servicios intermediarios, y por tanto, asentándose aún más la idea de un nuevo régimen de responsabilidad donde los intermediarios deban intervenir preventivamente para impedir el ilícito (Arroyo Amayuelas, 2020, p. 810).

No obstante, de la lectura conjunta de la normativa penal y extrapenal, puede abogarse por una primera restricción interpretativa del alcance del tipo, esto es, el requerimiento de un conocimiento de la existencia de una infracción no exigible a través de un deber de supervisión general para mantener el carácter de actor neutral y de la existencia de determinados requerimientos que cumpliéndose quedaría el prestador de servicios intermediario exento de responsabilidad penal. Conviene destacar el artículo 16 de la Ley 34/2002, por su importancia en la interpretación del tipo penal al establecer los requisitos que se deben de concurrir para que exista conocimiento por parte del prestador de servicios intermediario. Este artículo plantea la responsabilidad del intermediario siempre y cuando tenga un conocimiento efectivo, y una vez lo obtenga, actúe con la diligencia para retirar el contenido infractor (téngase en cuenta que la Directiva habla de prontitud). Este conocimiento se entiende probado cuando un órgano competente haya declarado su ilicitud o cuando ello se derive de los acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, lo cual remite a la actividad supervisora que los titulares del *copyright* realizan y las notificaciones que los mismos puedan plantear al intermediario y sus efectos a la hora de actuar con prontitud y la potencial pérdida de la condición de neutralidad.

Esta interpretación es confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información, la cual tiene un

perfecto acomodo en el artículo 195 de la Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo 10 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:559) o 26 de febrero de 2013 (ECLI:ES:2013:1441), sostienen que para la existencia de un conocimiento efectivo no resulta imprescindible que se haya dictado una resolución por el órgano judicial sobre la ilicitud de los contenidos y que la misma haya sido comunicada al prestador de servicios, sino que dicho conocimiento puede venir dado por otros medios, en particular, mediante una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada o incluso cuando ello sea evidente. De este modo, podría interpretarse como una obligación de actuar acriticamente ante la notificación de una infracción del *copyright* por parte de su titular, incentivando el abuso de esta figura al no estar previsto los requisitos para una contra-notificación efectiva que permita al supuesto infractor defenderse frente al titular del *copyright*, y ello a pesar de las previsiones del artículo 195 de la Ley de Propiedad Intelectual, con una clara focalización en los intereses del titular del *copyright* a través de la celeridad del procedimiento, y con un prestador de servicios intermedio ampliamente motivado para su colaboración a través de la notificación fehaciente y fundamentada, o simplemente cuando sea evidente por sí misma.

Estas cuestiones únicamente muestran una falta de taxatividad en el alcance de la responsabilidad penal de los prestadores de servicios intermediarios, lo cual permitiría legitimar un análisis comparado en aras a encontrar un modelo normativo que prevea con mayor concreción las garantías derivadas del principio de contradicción. Considero que el mejor ejemplo para este debate puede encontrarse en los requisitos contemplados en la *section 512* de la *Digital Millenium Copyright Act 1998*, donde existe un procedimiento regulado de notificación y contra-notificación para asegurar (al menos formalmente) ciertas garantías básicas del proceso debido sin imponer una carga de supervisión excesiva en los prestadores de servicios intermediario (Rubí Puig y Solsona Vilarrasa, 2020, pp. 500-505). (Peguera Poch, 2009, pp. 481-512).

Si ambos instrumentos normativos son comparados, la principal característica que se deriva del artículo 270.2 CP y de la normativa comunitaria y española sobre el mercado electrónico es la inexistencia de un procedimiento efectivo de contra-notificación que permita una defensa al supuesto infractor ante el prestador de servicios intermediario y la falta de taxatividad en los requerimientos de la notificación como mecanismo para activar un deber de colaboración con el titular del *copyright* a los efectos de mantener la condición de actor neutral y por tanto no estar sometido eventualmente a una sanción, esto es, y como ha manifestado la doctrina,

una falta de previsión del Código Penal en la delimitación de la condición de actor neutral ( Osorio Moreno, 2019, pp. 185-190).

Todo parece indicar que la no pérdida de dicha condición exigiría una actividad colaborativa con los titulares del *copyright* de forma diligente y especialmente con celeridad. Sin embargo, estas apelaciones a un modelo eficiente en la identificación y castigo de las infracciones del *copyright* debería ser siempre ponderada con la exigencia de unos requisitos mínimos para el ejercicio de una potestad sancionatoria privada (con independencia de la etiqueta utilizada), ya que a diferencia de un procedimiento penal, donde existen una serie de garantías, la actividad supervisora del intermediario puede tomar un cariz de censura privada con bajos niveles de visibilidad, al no estar coordinado ni revisado, y no llegando nunca a conocerse cómo la capacidad dialógica y creativa de la ciudadanía ha podido ser deformada (Thornburg, 2001, p. 151).

Y ello puede explicarse a través de análisis económico simplificado. Si es costoso distinguir un uso lícito de uno ilícito sobre una obra protegida por *copyright* el intermediario probablemente abandone todo esfuerzo y desarrolle una política de autocensura bloqueando aquel contenido que pueda conllevar una amenaza de sanción por la pérdida de su condición de actor neutral. A la vez, en el ámbito de internet, el beneficio derivado de un consumidor marginal puede ser fácilmente absorbido por la imposición de una sanción, es decir, es mucho más barato eliminar una parodia de una obra protegida por *copyright* (que el titular entiende afecta negativamente a su reputación) o bloquear una página web sin conceder un derecho de defensa previo que realizar un estudio exhaustivo de su licitud con el riesgo de que posteriormente se pierda la condición actor neutral y el sometimiento a una sanción (eventualmente penal) por considerarse una facilitación activa y no neutral de la obra (Kreimer, 2006, p. 31).

Si a esta valoración de coste-beneficio por parte del prestador de servicio intermediario se añade una situación de falta de taxatividad como la que está presente en el artículo 270.2 del Código Penal, la solución parece encaminada en una única dirección: la colaboración acrítica del intermediario como forma de asegurar la condición neutral derivada de no poder capturar el valor completo del uso sobre la obra (Kreimer, 2006, p. 40). Y es aquí donde el modelo distintivo de la autoría podría desempeñar un papel importante en una lectura restrictiva del artículo 270.2 del Código Penal, abogando por delimitar un espacio concreto y claro de no colaboración por parte del prestador de servicios intermediario, manteniendo la condición de actor neutral y por tanto, no sometido a una sanción penal. Y para ello es necesario abandonar los postulados del concepto romántico de la autoría. La similitud sustancial como paradigma para delimitar las infracciones



del *copyright* derivadas del modelo romántico de la autoría basadas en la copia sustancial normalmente tienen como finalidad reducir la capacidad sustitutiva de los bienes públicos e incrementar el coste de atención de la audiencia en el mercado. Más allá de este efecto restrictivo en la creatividad, el principal problema que trae consigo dicha aproximación es la incapacidad en muchos casos o el coste excesivo en el que incurriría el prestador de servicios al delimitar lo que es lícito o ilícito utilizando dicho criterio (especialmente en usos transformativos a través de conductas expansivas que toman como base “cualquier otro modo de explotación económica”) cuando el mismo debe ponderarse con la de eficiencia en la respuesta y la no pérdida de la condición de neutralidad para evitar la imposición de una eventual sanción penal.

Desde una perspectiva coste-beneficio, el prestador de servicios no tiene capacidad para delimitar qué es similitud sustancial y si la misma constituye una actividad lícita o ilícita, lo cual genera un incentivo importante para reducir sus costes mediante una colaboración acrítica con el titular del *copyright*, entendiendo que existe efectivamente una infracción de acuerdo con lo mantenido por el titular del *copyright*.

El modelo distintivo de la autoría requeriría, sin embargo, la identificación de los recursos creativos que son necesarios para competir eficientemente en el mercado mediante la producción de sustitutos razonables. De este modo, cuando la notificación por parte del titular del *copyright* tiene como finalidad la protección de usos derivados de la obra, dicha notificación no debería generar ninguna obligación de actuar en el prestador de servicios intermediario y por tanto una actitud de no colaboración con el titular del *copyright* llevaría aparejado la pérdida de la condición de actor neutral y su eventual sometimiento a una sanción penal. Y ello no significa que el titular del *copyright* quede desprotegido, sino que debe entenderse que un proceso informal de identificación y eliminación de contenidos por parte de prestadores de servicios intermedios no es el escenario adecuado, sino la sede judicial con las debidas garantías procesales a pesar de que ello pueda ralentizar el proceso sancionatorio. De este modo, debería de requerirse en toda notificación privada (generadora de una obligación de colaboración) una aclaración justificada por parte del titular del *copyright* indicando que la infracción no afecta a usos derivados de las obras protegidas por *copyright*.

A la vez, el modelo distintivo de la autoría es un fiel reflejo de la capacidad dialógica del ciudadano en el uso de los recursos creativos que exigiría al menos de un sistema de contra-notificación previa que valore posibles usos lícitos de la obra y su no eliminación como manifestación de la ponderación de intereses que el *copyright* está llamado a proteger. Esta mínima

garantía de contra-notificación evitaría que la norma penal se convierta en un instrumento sancionatorio para motivar al prestador de servicios en una colaboración acrítica con los postulados del modelo romántico de la autoría, para pasar a ser un instrumento de protección del uso correcto de las recursos creativos, siendo obligación del titular del *copyright* probar dicho uso ilícito no a través de canales informales sancionatorios sino a través de un proceso judicial con las debidas garantías cuando el presunto infractor manifiesta fundadamente a través de una contra-notificación la existencia de un posible uso lícito de la obra protegida por *copyright*.

Teniendo en cuenta ambos postulados, la existencia de unos mínimos requerimientos en la notificación privada son fundamentales en la delimitación del alcance del tipo del artículo 270.2 del Código Penal mediante la concreción de un ámbito donde los prestadores de servicios intermediarios no serían responsables penalmente, manteniendo en todo caso la condición de actores neutrales. De este modo, una interpretación restrictiva implicaría requerir al menos los siguientes puntos clave:

### 1.º Capacidad del prestador de servicios intermediario

El prestador de servicios intermediario deberá realizar una declaración de capacidad para examinar dicho contenido. En este sentido, el artículo 270.2 del Código Penal no realiza ninguna clasificación de prestadores de servicios, tal como aparece regulado en la Directiva de comercio electrónico en los artículos 12, 13 y 14 respectivamente. Ello implica de partida una técnica deficiente en la redacción del artículo 270.2 CP, ya que no es lo mismo una obligación en un prestador de servicios sobre mera transmisión que un alojamiento de datos. Obviando este punto, la doctrina ha facilitado un criterio restrictivo denominado *service provider's direct control* que entiende que el prestador de servicios no es responsable de los contenidos que van más allá de su influencia y control, lo cual es especialmente relevante en una cadena de transmisión y difusión de contenidos (Longke, 2019, p. 153). De este modo, se permitiría establecer un espacio donde la no colaboración del prestador de servicios intermediario no llevaría consigo la pérdida de su condición de actor neutral al estar fuera de su capacidad de control.

### 2.º Contra-notificación como garantía básica

Una vez delimitada su capacidad de examinar dicho contenido a través de su capacidad de control directo del contenido, se procederá a notificar a la persona presuntamente responsable de la infracción del *copyright*, identificando claramente la posibilidad que tiene de contra-notificación

para defender el posible uso lícito de la obra. Si existe contra-notificación por parte del presunto infractor, y dicha contra-notificación está basada en un uso legítimo de la obra identificable por el prestador de servicios intermediario, el mismo se pondrá en contacto nuevamente con el titular del *copyright* para informarle que la obra no se elimina, y que sus intereses deberían de reconducirse a través de un proceso judicial. Este tipo de comportamiento por parte del prestador de servicios intermediario debería ser especialmente resaltado, expresándose que la negativa a colaborar en la eliminación del contenido no conllevará en ningún caso la pérdida de la condición de actor neutral sujeto a una eventual sanción penal (Carpou, 2016, pp. 585).

Por tanto, conforme a este modelo, ante una mera notificación privada de infracción del *copyright*, la norma penal no puede aparecer como un instrumento sancionatorio que incentive la implementación de actuaciones de los intermediarios de forma automática y acrítica en favor del titular del *copyright*, sino que promocióne el desarrollo de un examen ponderado de los intereses en la red a través del respeto de unas mínimas garantías derivadas del principio de contradicción. De este modo, y como ha manifestado la doctrina, la simple notificación no puede ser suficiente para imponer al prestador de servicios una obligación de retirada de la obra, sino que será necesario que concurren determinados requisitos que aseguren de forma indiscutible al prestador de forma motivada que este uso de la obra protegida por *copyright* es ilícito (Sánchez Lería, 2020, pp. 191-192), cuestión que goza de extraordinaria importancia en la delimitación del concepto de comunicación pública en el sistema de enlaces cuando del agotamiento del derecho se trata (Maestre Rodríguez, 2017, pp. 80-85).

Y ello implica, en consecuencia, la realización de una lectura restrictiva del alcance típico del artículo 270.2 del Código Penal que exprese claramente que su aplicación no viene unida a la inexistencia de una respuesta automática o cuasi-automática traducida en un deber de colaboración acrítico con el titular del *copyright* en la protección de sus intereses. A la inversa, requerirá de un comportamiento omisivo generado por la contra-notificación, siempre y cuando en la contra-notificación exista una aceptación de la infracción por parte del presunto infractor, no exista una justificación coherente del uso de la obra (dicha justificación puede estar basada en un uso transformativo) o la respuesta del presunto infractor sea inexistente.

## 5. CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desempeñado un papel fundamental en la delimitación del alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, pero a la vez, ha facilitado un criterio amplio que colisiona con los requisitos de taxatividad exigibles por la norma penal. El artículo 270.2 del Código penal español requiere para dicha responsabilidad la existencia de una facilitación activa y no neutral de las obras protegidas por *copyright*, lo que se ha traducido en un mecanismo incierto generador de incentivos para la colaboración acrítica con los titulares de *copyright* sin ponderar adecuadamente la creatividad social a través del uso transformativo de la obra, y por tanto, desconociendo la capacidad dialógica de todo ciudadano más allá del rol pasivo de mero consumidor en un contexto 2.0.

La alternativa que sugiere este artículo toma como base la construcción romántica de la autoría como concepto histórico y los efectos abusivos que la misma produce en el análisis económico del *copyright* a través de la copia sustancial como paradigma delimitador del alcance del derecho de uso exclusivo, y cómo ésta se transmite al concepto de neutralidad sobre los prestadores de servicios intermediarios. Estos efectos abusivos, sin embargo, no implican que el *copyright* deba quedar deslegitimado, sino que se hace necesaria una visión alternativa en el concepto de autoría. Este artículo propone un análisis de la autoría como signo distintivo con la finalidad de enfatizar el valor de la capacidad dialógica de todo ciudadano a través del uso transformativo y la función social que los prestadores de servicios intermediarios están llamados a cumplir como canalizadores de la creatividad y libertad de expresión y, por tanto, requiriendo de una interpretación restrictiva del alcance de la norma penal en dichos actores.

De este modo, se rechaza la copia sustancial como criterio interpretativo derivado del modelo romántico de la autoría, sugiriendo una visión restrictiva del derecho de uso exclusivo. Dicha aproximación sugiere la eliminación de los usos derivados como base para que la notificación tenga capacidad de generar una obligación en el intermediario y por tanto estar sujeta a una eventual responsabilidad penal ante un comportamiento omisivo. A la vez, dicha visión apela a la necesidad de implementar un mecanismo de contra-notificación que permita al supuesto infractor una defensa efectiva de sus intereses ante el intermediario, sin que ello suponga la pérdida de la condición de actor neutral, es decir, un mecanismo de ponderación de intereses respetuoso con las garantías básicas derivadas del proceso debido a pesar de que ello implique una menor eficiencia en la identificación y eliminación de infracciones de obras protegidas por *copyright*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aide, C. (1990). More Comprehensive Soul: Romantic Conception of Authorship and the Copyright Doctrine of Moral Rights. *Toronto Faculty of Law Review*, 8, 185-209.
- Arroyo Amayuelas, E. (2020). La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 808-837.
- Beebe, B. (2005). The Semiotic Analysis of Trademarks. *UCLA Law Review*, 51, 621-704.
- Boix Palop, A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
- Blevins, J. (2013). Uncertainty as Enforcement Mechanism: the New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms. *Cardozo L. Review*, 34, 1821-1888.
- Brashears-Macatee, S. (1993). Total concept and feel or dissection: Approaches to the misappropriation test of substantial similarity. *Chicago-Kent Law Review* 68, 913-937.
- Carpou, Z. (2016). Robots, Pirates and the Rise of the Automated Takedown Regime: Using the DMCA to fight piracy and protect end-users. *Colum. J.L. & Arts* 39, 551-589.
- Coombe, R. (1991). Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Law and Democratic Dialogue. *Texas Law Review*, 69, 1853-1880.
- Cotino Hueso, L. (2017). Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión. *Revista de Derecho, Comunicación y Nuevas Tecnologías*, 17, 1-32.
- Elkin-Koren, N. (1996). Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace. *Cardozo Art. & Entertainment Law Journal*, 14, 215-296.
- Grinnell, C. (2009). From Consumer to Prosumer to Producer: Who Keeps Shifting my Paradigm? We do! *Public Culture*, 21, 577-598.
- Heller, M. (1998). The Tragedy of the Anti-Commons: Property in the transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111, 620-688.
- Heyman, L. (2008). Everything is Transformative: Fair Use and Reader-Response. *Columbia Journal of Law and the Arts* 31, 445-466.
- Heyman, L. (2004). The Birth of the Authornym: Authorship, Pseudonymity and Trademark Law. *Notre Dame Law Review*, 80, 1378-1448.
- Hughes, J. (1998). The Personality Interest of Artists and Inventors in Intellectual Property. *Cardozo Arts and Entertainment*, 16, 81-182.
- Kreimer, S. (2006). Censorship by proxy: the First Amendment, Internet Intermediaries and the problem of the weakest link. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 11-101.

- Ku, R. (2002). The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology. *University of Chicago Law Review* 69, 263-324.
- Landes, W y Posner, R. (1989). An Economic Analysis of Copyright. *Journal Legal Studies*, 18, 325-353.
- Lange, D. (1992). At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literature Millenium. *Law and Contemporary Problems* 55, 139-151.
- Lemley, M. (1997). Romantic Authorship and the Rhetoric of Property. *Texas Law Review*, 75, 873-906.
- Longke, T. (2019). On an internet service provider's content management obligation and criminal liability. *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 1, 145-158.
- Lunney, G. (1996). Re-examining Copyright's Incentives-Access Paradigm. *Vand. Law Review*, 49, 483-656.
- López Richart, J. (2018). Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado digital. *Revista de Propiedad Intelectual*, 60, 2018, 67-126.
- Maestre Rodríguez, J. (2017). La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y el concepto de público nuevo, *Revista de Derecho & Sociedad*, 49, 77-86.
- Osorio Moreno, C. (2019). La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital: la controvertida calificación penal de los intercambios de contenido en las redes peer to peer, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Peguera Poch, M. (2007). "Sólo sé que no sé nada (efectivamente)": la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la L.S.S.I" *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, 1-18.
- Peguera Poch, M. (2009). The DMCA Safe Harbors and the European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems. *Columbian Journal of Law and the Arts*, 32, 481-512.
- Pessach, G. (2003). Copyright Law as a silencing restriction on non-infringing materials: unveiling the scope of copyright's diversity externalities. *Southern California Law Review* 76, 1067-1104.
- Sánchez Lería, R. (2020). Plataformas de Alojamiento y contenidos ilícitos en internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado digital. *Revista de Derecho Civil*, 3, 163-198.
- Rotstein, R. (1992). Beyond metaphor: copyright infringement and the fiction of the work. *Chicago Kent Law Review*, 68, 725-804.
- Radin, M. (1982). Property and Personhood. *Stanley Law Review* 34, 957-1016.
- Rosenblatt, E. (2019). Fair Use as Resistance *UC Davis Legal Studies Research*, 9 377-400.
- Rubí Puig, A. y Solsona Vilarrasa, P. (2020) Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidos por usuarios de sus servicios. Notas al estudio de la US Copyright Office sobre la section 512 DMCA. *In Dret*, 3, 490-504.

- Sánchez Lería, R. (2020). Plataformas de alojamiento y contenido ilícito en internet. *Revista de Derecho Civil*, 3, 163-198.
- Thornburg, E. (2001). Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution *U.C. Davis L. Review*, 34, 151-220.
- Urban, J. y Quilter, L. (2006). Efficient Process or Chilling Effects? Takedown Notices Under Section 512 DMCA. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 22, 621-693.
- Wong, M. (2009). Transformative User-Generated Content in Copyright Law: infringing derivative works or fair use. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 11, 1075.
- Woodmansee, M. (1984). The Genius and the Copyright: Economic and legal Conditions of the Emergence of the Author. *Eighteen Century Studies*, 17, 425-448.
- Yen, A. (2000). Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment. 88 *The Georgetown Law Journal*, 88 1-56.
- Yoo, C. (2004). Copyright and product differentiation. *New York University Law Review*, 79, 212-281.