

## INTERMEDIARIOS Y POSICIÓN DE GARANTE EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

### CEILINGS FOR INTERNET SERVICE PROVIDERS LIABILITY IN THE SINGLE DIGITAL MARKET

Jesús Iván Mora González\*

**RESUMEN:** La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto de manifiesto la necesidad de armonizar la responsabilidad del prestador de servicios de intermediación más allá de su delimitación negativa a través del puerto seguro. Para ello se propone una equiparación de la responsabilidad del intermediario a la del tercero infractor a través del derecho de comunicación pública, en un intento de acomodar el rol del intermediario a los nuevos deberes reconocidos en el artículo 17 de la Directiva de Mercado Único Digital (2019). Frente a los problemas derivados de esta aproximación, la figura de la posición de garante vinculada a un efectivo derecho de defensa de las partes permitiría generar un deber específico en el intermediario consistente en impedir la continuidad de la infracción cometida previamente por un tercero, ofreciendo con ello una solución alternativa de carácter más ponderada y garantista, resaltando con ello la posición clave del intermediario en la promoción de la creatividad y libertad de expresión en internet.

**PALABRAS CLAVE:** Intermediarios; Puerto Seguro, Responsabilidad Directa, Posición de Garante; Derecho de Defensa

---

\* Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Granada. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Melilla. Correo-e: [jesusivanmora@ugr.es](mailto:jesusivanmora@ugr.es). ORCID ID: 0000-0001-6555-4424. El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias” [SBPLY 17/180501/000223].

**ABSTRACT:** The most recent case law developed by the Court of Justice of the European Union has highlighted the need to harmonize intermediary's liability beyond the safe harbour protection within the "notice and takedown" process. The Court has linked the intermediary's secondary liability to the user's primary liability through the communication right infringement of the work modifying and adapting the role of the intermediary to the new duties recognized by article 17 of the Digital Single Market Directive (2019). Faced with the problem of the prohibition of general obligations to monitor, the guarantor position theory applied to the intermediary's liability and the due process rights would allow to recognize a specific duty to prevent the continuity of the infringement previously committed by a third party. At the same time, this specific duty would have the ability to provide a more balanced solution for users and copyright holders highlighting the key position of intermediaries to promote creativity and freedom of expression on the internet.

**KEYWORDS:** Intermediaries, Safe Harbour, Guarantor Position, Due Process

**SUMARIO:** 1. EL CAMINO HACIA LA DESAPARICIÓN DEL PUERTO SEGURO: DERECHO DE COMUNICACIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE.— 2. NECESIDAD DE UNA ARMONIZACIÓN GARANTISTA: LA VIABILIDAD DE MODELOS ALTERNATIVOS.— 3. PROPUESTA DE MODELO: ALCANCE DE LA POSICIÓN DE GARANTE.— CONCLUSIONES.— FUENTES CITADAS

## 1. EL CAMINO HACIA LA DESAPARICIÓN DEL PUERTO SEGURO: DERECHO DE COMUNICACIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE

La entrada en vigor de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva de Comercio Electrónico) implicó, entre otras cosas, la necesidad de abordar la responsabilidad de los intermediarios cuando derivado de la prestación de sus servicios terceros cometían una actividad ilícita. Esta necesidad, sin embargo, tenía como principal dificultad su armonización, no sólo desde un punto de vista negativo, delimitando en qué circunstancias el intermediario no sería responsable, sino especialmente positivo mediante el establecimiento de unos requisitos normativos que regularan la relación entre infractores primarios y secundarios (Angelopoulos, 2016) (Kuczerawy, 2015)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Y esta necesidad de armonización de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación toma mayor relevancia tras la publicación por parte de la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2020 de la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE" (COM/2020/825). En dicha propuesta, se viene a reproducir el modelo de delimitación

En la construcción de esta delimitación negativa, la Unión Europea tomó como referencia a Estados Unidos, quien recientemente había aprobado la *Digital Millenium Copyright Act 1998* y cuya *section 510* delimitaba su alcance a través de un procedimiento denominado “notice and takedown”. Dentro del mismo se encontraba la figura del puerto seguro (*safe harbor*), con capacidad de eximir al intermediario siempre y cuando se cumplieran una serie de requisitos formales, aunque su pérdida no implicaba una automática responsabilidad en el intermediario, sino que ello se haría dependiente de la concurrencia de una serie de requerimientos normativos vinculados a la responsabilidad secundaria o indirecta, ya fuera en sus modalidades de “*vicarious liability*” o “*contributory liability*”.

En lo que se refiere a la primera de ellas, la responsabilidad se justificaba a través del principio “*respondeat superior*”, el cual mantenía que todo empresario era responsable de los actos de sus empleados siempre y cuando hubiera un interés financiero en la infracción y el mismo tuviera capacidad de controlar el hecho ilícito. Y aplicada en el campo de la propiedad intelectual destacaba el caso *Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc v Grokster*, 2005. En este supuesto, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió en una controvertida decisión que *Grokster* era responsable vicario de una infracción de *copyright* por distribuir software que permitía e incentivaba a los usuarios compartir ficheros que infringían derechos de propiedad intelectual con independencia de si este software era capaz de generar usos lícitos (Holt, 2005) Esta decisión, contrastaba, sin embargo, con la mantenida por la Corte Suprema en *Sony Corporation of America v Universal City Studios, Inc* (1984) rechazando la responsabilidad del intermediario respecto de una infracción de *copyright* sobre la base de la “*contributory liability*” sosteniendo que Sony no era responsable por las infracciones de *copyright* que pudieran derivarse de la venta de videos de grabación ya que grabar un programa en casa para verlo más tarde (*time-shifting*) constituía “*fair use*” y por tanto, al tener esta tecnología capacidad de realizar usos no infractores, el intermediario estaría exento de responsabilidad (Mehra y Trimble, 2014) (Martin, 2010) (Reis, 2009) (Levin, 2006).

Evidentemente el nivel de armonización estadounidense era y es más elevado que el producido en la Unión Europea (teniéndose en cuenta la convivencia de diferentes tradiciones jurídicas de los principales Estados miembros), pero incluso ello planteaba un problema de delimitación de la responsabilidad del intermediario no suficientemente clarificado, especialmente a raíz de *Grokster*. Esta dificultad, sin embargo, no debería implicar dejar de abordarlo, más al contrario, sería clave en la construcción de un mercado único

---

negativa “*notice & takedown*” de forma horizontal para los prestadores de servicios intermediarios en sus modalidades de mera transmisión (art. 3), memoria tampón (artículo 4), alojamiento de datos (artículo 5). Por otro lado, y como novedad respecto a la Directiva 2000/31/CE, la Propuesta dedica el Capítulo III a las obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro.

transparente. La Unión Europea, vino a resolver esta problemática a través de una armonización parcial sobre la base del puerto seguro, esto es, delimitando en qué circunstancias el intermediario no sería responsable, y cuya regulación detallada estaría contemplada en los artículos 12 a 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, pero extendiéndose de forma horizontal a todos los sectores (no únicamente a los derechos de autor)<sup>2</sup>.

Faltaba, no obstante, otro punto fundamental, como era la delimitación de la responsabilidad del intermediario y en qué circunstancias, más allá del puerto seguro, podría equipararse su actividad al comportamiento infractor primario. Esta posible equiparación encontró su principal eco en el derecho de comunicación al público, plateándose si el intermediario podía infringir este derecho por participar o permitir que un tercero infractor violara el mismo. Y sobre la base de este debate, la armonización de la responsabilidad del intermediario ha venido complementándose a través de la casuística del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo la Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12), el primer gran caso en clarificar la relación entre infractores directos e indirectos, considerando que el sistema de enlaces podría vulnerar el derecho de comunicación pública siempre que afectara a un público nuevo. Ello constituía la dirección hacia la necesaria armonización de la responsabilidad del intermediario<sup>3</sup>, pero necesitado de unos criterios más específicos, los cuales se reflejaron en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de Septiembre de 2016 (C-160/15) mediante varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en relación al alcance del derecho de comunicación al público, y si el mismo podría alcanzar no sólo a usuarios primarios infractores, sino

---

<sup>2</sup> Dentro del modelo “notice and takedown”, una de las grandes diferencias entre el modelo europeo y el estadounidense es la relativa al reconocimiento formal de contra-notificación, ausente en el primero y reconocido formalmente en el segundo tras la eliminación o bloqueo del contenido supuestamente infractor, tras la notificación procedente. Otra de las grandes diferencias es su alcance, ya que el modelo estadounidense tiene un marcado carácter vertical aplicable al *copyright* y el modelo europeo tiene un carácter horizontal aplicable a todos los sectores, pero excluyendo el servicio de “linking” del puerto seguro, pero incluyendo los servicios de mera transmisión (art. 12) memoria tapón (art. 13) y alojamiento de datos (art.14). En lo que se refiere a este último, el intermediario estaría siempre que no tuviera conocimiento efectivo de que la actividad era ilícita, o en cuenta tuviere conocimiento de la misma, procediera a retirar los datos o hacer que el acceso a ellos fuera imposible.

<sup>3</sup> En España téngase en cuenta la reforma de la Ley 21/2014 sobre el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual reformando el artículo 138.2 introduciendo la responsabilidad indirecta con un alcance similar al contenido en Estados Unidos en sus modalidades principales de “vicarious liability” y “contributory liability”. En este sentido, el citado artículo establece “ (...) tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora, quien coope-re con la misma conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla, y quien teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor (...). Para un estudio pormenorizado

igualmente a intermediarios. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que para hacer responsable al intermediario sería necesario probar el papel ineludible y doloso de su intervención, esto es, que el intermediario conociera que dicho uso llevado a cabo por terceros era una infracción y sin dicha intervención, los clientes no podrían haber disfrutado de la obra.

Este fallo vino a complementarse con la Sentencia de 26 de abril de 2017(C-527/15), donde el Tribunal de Primera Instancia de *Midden-Nederland* planteó varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posibilidad de incorporar al concepto de “comunicación al público” la venta de un reproductor audiovisual en el que estaban instalados hiperenlaces que conducían a sitios web donde se podía acceder a la obra protegida. Desprendiéndose el Tribunal de Justicia del carácter ineludible contemplado en la Sentencia 8 de Septiembre de 2016, se entendió que aunque la mera puesta de televisores no equivalía en sí misma a una comunicación al público, la misma posibilitaba técnicamente el acceso del público a obras radiodifundidas y por tanto debería contemplarse como un acto infractor del derecho de comunicación ya que sin las mismas los usuarios difícilmente habrían disfrutado de estas obras protegidas, cuestión que sería diferente a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales. (Barrero Ortega, 2021) (Camacho Sepúlveda, 2015) (Sánchez Aristi, 2015) (Sánchez Aristi, 2014).

Este criterio se complementó por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017(C-610/15), donde el Tribunal Supremo de los Países Bajos decidió plantear varias cuestiones prejudiciales, entre ellas el alcance del derecho de comunicación en relación a una página web donde no se encontraba ninguna obra protegida pero con un sistema donde se indexaban y clasificaban los metadatos relativos a obras protegidas que podían localizarse en los ordenadores de los usuarios. El Tribunal sostuvo que a pesar de que las obras que se ponían a disposición de los usuarios de la plataforma “The Pirate Bay” habían sido subidas a esta no por sus administradores, sino por sus usuarios, los administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea, intervenían con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para proporcionar acceso a las obras, es decir, los administradores de “The Pirate Bay” estarían realizando una disposición de instalaciones necesarias para facilitar o efectuar una comunicación al público (Ginsburg, 2017).

Estas Sentencias, por tanto, aparecen como una verdadera construcción jurisprudencial en la delimitación de la responsabilidad del intermediario, la cual ha venido a completarse con la de 22 de junio de 2021 (C-682/18 y C-683/18). Esta última tiene una especial importancia ya que el fallo se pronuncia sobre una interpretación de la Directiva de Comercio Electrónico de 2000 pero con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (en adelante, Directiva

de Mercado Único Digital), lo que permitiría vislumbrar ciertas connotaciones en relación a los nuevos deberes de supervisión regulados en el artículo 17 de esta última, con un desplazamiento hacia una auténtica posición de garante por el comportamiento infractor de terceros usuarios (y con ello la correspondiente pérdida del puerto seguro contemplado en el artículo 17.3).

En lo que se refiere al fallo, este vino motivado por un previo recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo alemán, y que entre otras cuestiones afectaba al alcance del concepto de neutralidad y la extensión del puerto seguro regulado en el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico 2000. Derivado de este recurso, el Tribunal Supremo alemán decidió paralizar el procedimiento y formular varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas al alcance del derecho de comunicación al público del titular del *copyright* cuando el prestador del servicio de intermediación deviene en sujeto fundamental para que la obra sea comunicada. Y planteado de este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la equiparación con el usuario infractor primario sólo era posible cuando el intermediario era un actor activo y no pasivo y contribuía con su comportamiento a poner a disposición al público dicha obra.

Tomando como referencia el concepto de actor activo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea venía a señalar que existía dicha contribución cuando el intermediario tenía un conocimiento específico de dicha infracción y se abstenía de eliminarlo con prontitud. Este primer supuesto quedaba ubicado dentro del denominado “notice and takedown”, lo cual no vendría a extralimitar lo ya contemplado en la Directiva de Comercio Electrónico, sin embargo, el Tribunal daba un paso más allá mediante el reconocimiento de un deber de conocer la infracción derivado de un conocimiento general donde usuarios pusieran ilegalmente a disposición del público obras protegidas haciendo necesaria la implementación de unos deberes de supervisión *ex ante* de forma “creíble y eficaz” para evitar la comisión de infracciones de *copyright*.

Formulado en estos términos, el rol del intermediario vendría a transitar hacia un modelo de responsabilidad vicaria considerando al intermediario como un verdadero garante en la protección de las obras protegidas por *copyright* frente a los peligros procedentes de terceros infractores. Conforme al modelo “notice & takedown”, las cargas de supervisión recaían básicamente en el titular de *copyright*, requiriéndose del intermediario únicamente la implementación de un deber de protección de la obra mediante el bloqueo de usos infractores tras la notificación de la misma, lo cual permitía hablar de una exención de responsabilidad a través del puerto seguro. Y con independencia de los problemas que ello podría generar en la eliminación de “falsos positivos” y la privatización de la actividad sancionatoria a la que ello conducía este modelo ofrecía una distribución de cargas de supervisión que concebía al intermediario como partícipe, y como tal, no obligado a implementar obligaciones de supervisión general por su capacidad lesiva en los usuarios tal como venía contenido en el art. 15 de la Directiva de Comercio Electrónico.

nico (Amayuelas Arroyo, 2020) (Frosio, 2017) (Cotino Hueso, 2017) (Perel y Elkin-Koren, 2016) (Pequera Poch, 2007) (Thornburg, 2001).

Sin embargo, ante la problemática generada por el denominado “value gap” (Bridy, 2020), el rol del intermediario ha venido desplazándose hacia una posición de garante sobre la obra protegida por *copyright* requiriéndole con ello la implementación de un modelo preventivo de evitación de usos infractores por parte de terceros sobre la base de una auténtica responsabilidad vicaria. Y aunque es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no viene a mencionar expresamente este tipo de responsabilidad, de la fundamentación jurídica puede derivarse la misma, especialmente a través de expresiones tales como “medidas técnicas apropiadas que cabe esperar de un operador diligente en su situación con el fin de combatir de forma creíble y eficaz las violaciones de los derechos de autor en esta plataforma”.<sup>4</sup>

Y esta situación concreta permite visualizar la figura del “respondeat superior” respecto del usuario infractor al que puede controlar y no controla permitiendo que lesionen los intereses del titular de la obra protegida por *copyright*, es decir, dando cobertura a los nuevos deberes reconocidos en el artículo 17 de la Directiva de Mercado Único Digital. A la vez, el requerimiento de combatir de forma creíble y eficaz puede conectarse igualmente con la asunción de los costes derivados de su actividad que proclama la responsabilidad vicaria, ya que el usuario infractor puede hacer un uso ilícito de la obra a través de una estructura defectuosamente organizada por el intermediario (quien a su vez se beneficiaría de la misma a través de los usuarios infractores), lo cual tendría un perfecto acomodo en los deberes de diligencia contenidos en el Art. 17.4 de la Directiva de Mercado Único Digital “han hecho de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras” (Ferri, 2020).

---

<sup>4</sup> Téngase en cuenta el Asunto C 401/19 donde Polonia había solicitado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la anulación de los artículos 17.4.b y c de la Directiva de Mercado Único Digital al entenderse que ambos vulneraban la libertad de expresión e información garantizada en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En este sentido, y conforme a lo establecido con el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva 2019/790, para poder eximirse de toda responsabilidad en caso de «comunicación al público» ilícita de obras u otras prestaciones en sus servicios, los prestadores de servicios para compartir contenidos están obligados a llevar a cabo una supervisión preventiva de los contenidos que los usuarios desean publicar, viéndose obligados a utilizar herramientas informáticas que permitan filtrar de forma automática esos contenidos, implicando con ello una supervisión preventiva incompatible con la libertad de expresión contenida en el artículo 11 de la Carta y con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, en las Conclusiones del Abogado General presentadas el 15 de julio de 2021 se viene a rechazar dicho recurso entendiéndose que no se establece una obligación de supervisión ex ante de carácter general, sino únicamente para contenidos idénticos y equivalentes, siendo el artículo 17.4 compatible con el principio de proporcionalidad y por ende, con el artículo 11 de la Carta.

Y teniéndose en cuenta el artículo 17 de la Directiva de Mercado Único Digital y la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de la Directiva de Comercio Electrónico en la última sentencia citada, la responsabilidad del intermediario podría quedar formulada del siguiente modo. Si el intermediario viene a beneficiarse del uso infractor de la obra a través de terceros, sería justo que sea el intermediario el responsable por un defecto en la organización del servicio ofrecido ya que él podría haber controlado esta organización de forma más eficaz y no lo ha hecho permitiendo que terceros comentan el acto ilícito, esto es, los riesgos característicos o propios de una empresa deben formar parte de sus propios costes siendo el empresario (intermediario) quien mejor los internalizaría.

De esta manera, el intermediario como un “*respondeat superior*” estaría llamado a observar determinadas precauciones en el desarrollo de su actividad, siendo el intermediario el mejor posicionado para controlar el funcionamiento de su propio servicio a través de un conjunto de medidas que fomenten el uso lícito de las obras protegidas por *copyright*. Y concebido en estos términos, un modelo vicarial vendría a desplazar los costes de supervisión desde el titular del *copyright* hacia el intermediario, que como principal, debería asegurar que dentro de su plataforma los usuarios actúen realizando usos lícitos de la obra protegidas por *copyright* (art. 17.4 b. “de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de las obras” y art. 17.4. c. “han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro”), corrigiendo con ello la injusticia derivada del denominado “*value gap*” entre la víctima (titular de *copyright*) y el intermediario que se beneficia del uso infractor de un tercero al que tiene capacidad de controlar y no lo hace (Dusollier, 2019) (Wan, 2011) (Wan, 2010) (Witting, 2006) (Coderch, 2002 a) (Coderch, 2002 b) (Keating, 2001) (Priest, 1985).

Ello se traduciría (aunque parece que no es lo deseado por el legislador europeo a tenor del artículo 17.8 de la Directiva de Mercado Único Digital) en un deber de supervisión *ex ante* bajo el modelo conocido como “*notice and staydown*”, pero con un difícil acomodo respecto de la prohibición de supervisión general regulada en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico o en el artículo 7 de la Propuesta de Reglamento relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales. En este sentido, cuando el intermediario recibe una notificación sobre el carácter ilegal del contenido “*hosted*”, el intermediario estaría obligado a eliminar de forma expeditiva dicho contenido infractor siendo hasta este punto similar al modelo “*notice and takedown*”. Sin embargo, las obligaciones específicas (a diferencia del anterior modelo), no se limitarían a eliminar o bloquear el contenido presuntamente infractor de forma expeditiva, sino que adicionalmente se le exigiría tomar medidas que aseguren que este uso infractor de la obra no vuelve a realizarse, ya sea por el mismo o por diferentes usuarios (Husovec, 2018) (Amayuelas Arroyo, 2020)

De este modo la identificación de un uso “*etiquetado*” como infractor requeriría de la implementación de un modelo preventivo que monitorizara

toda la información enviada por los usuarios, ya sea de forma manual (poco probable), ya sea de forma automatizada requiriendo un proceso de filtrado que excedería del modelo tradicional “notice and takedown” y donde la notificación por parte del titular de *copyright* no sólo tendría un efecto sobre el uso infractor denunciado, sino que generaría una obligación permanente en el intermediario para prevenir las mismas o incluso similares infracciones (Senftleben, 2020) (Montagnani y Yordanova, 2019).

Sin embargo, esta aproximación estaría sujeta a diversas dificultades cuando se tiene en cuenta el efecto horizontal de los derechos fundamentales (especialmente en lo que concierne al derecho de privacidad y libertad de expresión de los usuarios de los servicios de intermediación) y en última instancia al modelo de garantías procesales que se desea dentro de un Estado de Derecho frente al avance de una eficiente justicia algorítmica (Montagnani, 2020) (Elkin-Koren, 2017) (Belli y Venturini, 2016).

En lo referente al derecho de privacidad, el mismo podría quedar afectado si al amparo de procedimiento “notice and staydown”, las denominadas “Deep Packet Inspections” se desplegaran con la finalidad de identificar si un usuario ha subido a la red un contenido presuntamente infractor con anterioridad a que el mismo pueda hacerse público y accesible a otros usuarios. Y con ello se podría examinar el contenido de los paquetes de red por valores o características revelando información sobre la identidad del usuario, localización, intereses, o actividades, información que excedería en la mayoría de las ocasiones de lo estrictamente necesario para identificar una infracción de *copyright*, llegando incluso a revelar información personal de terceras partes inocentes (Kuczerawy, 2020) (Buri y Zihlmann, 2020) (Quintais, 2020) (Curto, 2020) (Kuczerawy, 2019) (Montagnani y Trapova, 2018).

En lo referente a la libertad de expresión, el hecho de que una posible infracción contra la propiedad intelectual sea determinada a través de algoritmos, los cuales a su vez están protegidos a su vez por secretos comerciales permitiría plantear, en primer lugar, recelos sobre la transparencia en la protección de la libertad de expresión y cómo esta viene moldeada por una tecnología difícilmente comprensible para el ciudadano medio (Maggiolino, 2019) A la vez, y en segundo lugar, una responsabilidad que toma como referencia la implementación de un modelo preventivo ante la existencia de un riesgo de contenidos ilícitos, hará necesario desarrollar medios y controles suficientes para evitarlos que no siempre serán compatible con la protección de libertad de expresión. Esto es, si futuras infracciones derivadas de una previa notificación es un síntoma de un defecto de organización, y por tanto, base para justificar una responsabilidad en el intermediario, este se verá obligado a implementar modelos más restrictivos para evitar cualquier tipo de responsabilidad, generándose un efecto desaliento por la sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual sin una verdadera posibilidad de defensa por parte del usuario infractor. (Keats Citron, 2008), (Urban y Quilter, 2006), (Kreimer, 2006), (Ginsburg, 2010) (Bambauer, 2012), (Balkin, 2014 :

2296-2342), (Carpou, 2016), (Angelopoulos y Smet, 2016) (Eriksson y Kretschmer, 2018).

A la vez, este desplazamiento hacia un modelo de responsabilidad vicaria permitiría presentar una justificación para la eliminación del puerto seguro tal como viene contemplado en el artículo 17.3 de la Directiva de Mercado Único Digital. En este sentido, al hacerse responsable al intermediario por permitir que terceros cometan una infracción, el intermediario dejaría de considerarse un actor neutral y por tanto, desprovisto de la protección del puerto seguro. Una vez perdida dicha protección, la responsabilidad vicaria permitiría derivar el requerimiento subjetivo de la infracción (normas sectoriales estrictas de diligencia profesional) no ya de la notificación previa del titular del *copyright*, sino en una falta de diligencia por parte del mismo a través de una infracción de un deber de conocer lo que estaba sucediendo (siendo la infracción cometida un defecto de organización evidente) obligando con ello a la implementación de medidas de prevención no siempre respetuosas con la presunción de inocencia.

Y todo esto muestra, con independencia de sus dificultades, la necesidad de armonizar la responsabilidad del prestador de servicios de intermediación más allá de la mera delimitación negativa contenida en el puerto seguro, sin que ello implique perder de vista la prohibición contenida en el artículo 15 de Comercio Electrónico y la jurisprudencia comunitaria derivada de la misma <sup>5</sup> Y esto es especialmente importante cuando aparecen una nueva serie de deberes reconocidos en la Directiva de Mercado Único Digital, con un verdadero desplazamiento de la carga de supervisión en la identificación de las infracciones cometidos por terceros desde el titular de un derecho de *copyright* hacia el intermediario para dar satisfacción al problema generado por el denominado “value gap”, que teniéndose en cuenta que no todos los prestadores de servicios de intermediación tienen la capacidad personal y económica para realizar este tipo de supervisión, lo que en realidad se estaría produciendo más allá de la posible afectación a los derechos fundamentales de los usuarios, sería un proceso de concentración en la difusión de información contrario al pluralismo que la red suele manifestar (Senftleben y Angelopoulos, 2020)

---

<sup>5</sup> Téngase en cuenta, a la vez, el artículo 7 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales, estableciendo “no se impondrá a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas”. Sobre la prohibición de un deber de supervisión general, vid. entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de enero de 2008, C-275/06; 24 de noviembre de 2011, C-70/10; 16 de febrero de 2012, C-360/10; 07 de julio de 2016, C-494/15; STJUE 15 de septiembre de 2016, C-160/15. Sin embargo, aceptando el modelo “notice and stay down” bajo la cobertura del artículo 15 de la Directiva del Comercio Electrónico a través de las “stay down orders” puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019, C-18/18.

Y es en este contexto donde una armonización de la responsabilidad del intermediario es necesaria, pero una armonización que tenga en cuenta el respeto a unas mínimas garantías procesales, tal como ya se ha manifestado en los Principios de Manila (2015) o en los *Aequitas Principles on Online Due Process* (2021). En ambos casos se viene a señalar la confluencia de diversos intereses presentes en internet que no pueden reducirse al mero derecho de uso exclusivo de carácter estrictamente patrimonial, sino que deben tenerse igualmente presentes los intereses de los usuarios en la utilización de los bienes inmateriales (especialmente en un contexto como el “*user-generated content*”), los cuales han de ser protegidos mediante de una serie de garantías derivadas del debido proceso que a la vez permita al intermediario desvincularse de una responsabilidad objetiva. En este sentido, el apartado III de los Principios de Manila hacen mención a la necesidad de requerir una orden judicial proporcional al fin legítimo perseguido para que los intermediarios procedan a restringir contenidos o el establecimiento de una serie de requisitos para la notificación de infracción, entre los fundamentos jurídicos de la infracción para que exista una posibilidad real de defensa por parte del presunto infractor.

Por su parte, el apartado 2 de los *Aequitas Principles on Online Due Process* reconocería una serie de garantías para el usuario entre los que destacaría la necesidad de una revisión transparente y en un tiempo razonable del supuesto uso infractor, la necesidad de que exista una notificación previa a todas las partes, la oportunidad de que las partes puedan responder aportando las pruebas que estimen convenientes, el reconocimiento de representación legal, el derecho de recibir una respuesta de forma escrita expresando un razonamiento jurídico claro y sencillo y el reconocimiento de un derecho de apelación de las partes (Mostert, 2020) (Balkin, 2018) (Urban, 2005) (Katyal, 2003) (Thornburg, 2001).

## **2. NECESIDAD DE UNA ARMONIZACIÓN GARANTISTA: LA VIABILIDAD DE MODELOS ALTERNATIVOS**

La entrada en vigor de la Directiva de Mercado Único Digital (2019) junto con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un escenario donde se hace cada vez más evidente la necesidad de armonizar la responsabilidad del intermediario, pero esta no debería llegar a producirse al precio de desplazar las cargas de supervisión hacia el intermediario mediante la legitimación de modelos preventivos como requisito de exención de responsabilidad, y mucho menos desconociendo de los intereses de acceso a la obra, especialmente en un contexto de web 2.0 donde la capacidad dialógica ciudadana en la construcción de significado toma cada día mayor prevalencia, quedando cada vez más desvinculada de la mera condición de consumidor pasivo (Rosenblatt, 2018) (Drassinower, 2015)

Ello no significaría rechazar la posición de garante para con el intermediario, más al contrario, la web 2.0 demandaría de esta posición al ser el intermediario un actor clave para el resto de participantes en el ejercicio de sus derechos fundamentales en internet. En este sentido, y desde la posición de garante, el deber de protección no debería reducirse a un mero derecho de uso exclusivo de carácter patrimonial, sino que igualmente debería proteger al usuario en su actividad creativa frente a los usos abusivos de protección del *copyright*. La posición de garante quedaría vinculada de este modo a la clásica ponderación entre incentivos y acceso, reconociendo la capacidad dialógica ciudadana en la participación de creación de significado mediante el necesario acceso a la misma a través de los usos transformativos (Liu, 2019) (Sites, 2016) (Heymann, 2007) (Bezanson, 2003) (Rotstein, 1993).

Y ello a la vez toma una especial prevalencia cuando el prestador de servicios de intermediación deviene en un actor clave no sólo en la protección de los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes, sino igualmente en su capacidad por sí solo de vulnerarlos dentro de un contexto de privatización de la actividad sancionatoria (Prechal, 2020) (Kanalán, 2016) (Leersen, 2015) <sup>6</sup> De este modo, la posición de garante del intermediario deberá construirse sobre una serie de deberes específicos de protección de la obra siempre y cuando estos se delimiten a través de unos criterios garantistas donde el mantenimiento del puerto seguro quede vinculado a un ejercicio efectivo del derecho de defensa por todas las partes afectadas (Freixes, 2020) (Mostert, 2020) (Maggliolino, 2019) (Pascual Suaña, 2017) <sup>7</sup>.

Y ello es importante, porque igualmente la posición de garante puede servir para la protección del *copyright* sobre la base de una responsabilidad objetiva de carácter vicarial. Es por ello que la posición de garante del intermediario, y por ende, su armonización en el mercado único digital deberá realizarse teniendo en cuenta todas las partes afectadas, donde la misma no venga únicamente justificada sobre la base de unos deberes específicos de

---

<sup>6</sup> Sobre el reconocimiento de obligaciones positivas bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial mención a los artículos 1 y 10, vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ozgur Gundem v Turkey* 16 de marzo de 2000 (23144/93), *Appleby and others v the UK*, 6 de mayo de 2003 (44306/98) y *Khurshid Mustafa & Tarzibachi v Sweeden*, 16 de diciembre de 2008, (23883/06).

<sup>7</sup> El derecho de defensa viene reconocido en el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Resaltan casos relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reconocimiento como derechos fundamental en toda sociedad democrática como puede visualizarse en Sentencias de 16 de Julio de 2009 (C-344/08) o 17 de diciembre de 2015 (C-419/14), o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como Barberá, Messegué y Jabardo v España, de 6 de diciembre de 1988, (10590/83), *Serves v Francia*, de 20 de octubre de 1997 (20225/92) o *Janosevic v Suecia*, de 23 de julio de 2002 (34619/97). En el ámbito penal destaca especialmente la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio.

protección para con el titular de *copyright*, sino como un posición de garante sobre todos los intereses que pudieran confluír en el uso de la obra, y por tanto, no sólo focalizando en el lado de los incentivos, sino igualmente en el lado del acceso a la obra con la consiguiente transparencia del modelo ante cualquier bloqueo de acceso al contenido (Kuczerwy, 2020) (Montagnani, 2020) (Sánchez Leria, 2020) (Husovec, 2018) (Cotino Hueso, 2017) (Frosio, 2017) (García Morales, 2013).

Y en este contexto donde la figura de la participación omisiva (conceptualizada como responsabilidad indirecta) vinculada a la necesaria contradicción de los intereses confluyentes en la obra nos permitiría abordar esta ponderación mediante la identificación de un concreto deber específico encomendado al intermediario que podría ser definido como “impedir la continuidad del acto ilícito cometido por tercero cuando el mismo ha sido determinado a través de un ejercicio efectivo del derecho de defensa”. Este deber específico vendría a derivarse a su vez de un deber general de controlar los riesgos para determinadas personas procedentes de terceros con una capacidad para realizar tanto usos lícitos e ilícitos, esto es, el comportamiento omisivo del intermediario adquiriría un sentido de contribución respecto de la infracción cometida por un tercero, quien como responsable directo tendría el dominio del ilícito concreto.

Por tanto, del concepto de participación omisiva también podría derivarse un deber especial, pero a diferencia de una responsabilidad directa, la necesidad de conocer la infracción previa cometida por tercero permitiría introducir el requerimiento de un derecho de defensa para delimitar correctamente el alcance de dicho deber. De este modo, la participación omisiva se vincularía con una posición de garante mediante un compromiso de neutralización de un riesgo que sólo de un modo indirecto o mediato se realizaría en el resultado, esto es, la infracción de un deber de impedir la continuidad del ilícito cometido por un tercero siempre que el mismo haya quedado claramente determinado conforme a una contradicción efectiva entre las partes.

En consecuencia, la infracción de este deber por parte del intermediario vendría a equivaler a un comportamiento activo de participación como es el favorecimiento o contribución en el hecho ilícito cometido por un tercero por no haber bloqueado el acceso al contenido cuando se tenían datos suficientes de la existencia de esta infracción, expresando con ello un mero dominio potencial y negativo que se delimitaría a través de esta efectiva contradicción de las partes. A la vez, es importante señalar este dominio potencial y negativo restringido por un efectivo derecho de defensa del presunto infractor porque vincular el compromiso del intermediario a la contención del riesgo principal llevado a cabo por el tercero implicaría una equiparación al propio comportamiento del tercero entendiendo que confluír una responsabilidad directa al existir un dominio directo del intermediario sobre el hecho ilícito cometido por un tercero que debe impedirse. Ello permitiría, sobre la base de un defecto de organización generado por el comportamiento infractor de terceros, legitimar modelos preventivos de eliminación de contenidos presuntamente

vulneradores de un derecho de propiedad intelectual poco compatibles con la prohibición de un deber de supervisión general (artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico), y a la vez, generando una sobreprotección de la obra con el consiguiente efecto desaliento en la capacidad creativa ciudadana (Helberger, 2017).

De este modo, la cuestión fundamental de la asignación de una posición de garante sobre el intermediario sería la gradación de los deberes de protección sobre la obra. Por un lado, se encontraría un deber de protección más intenso consistente en la implementación de un mecanismo de supervisión de carácter preventivo que obligue al intermediario a monitorizar todos los usos de los usuarios por su potencialidad lesiva en el *copyright*. El mismo se construiría a través del artículo 17.4 de la Directiva de Mercado Único Digital, lo cual vendría a significar la legitimación de una comisión por omisión por el dominio directo del ilícito cometido por un tercero, es decir, una auténtica responsabilidad directa del intermediario que justificaría fácilmente el desprendimiento de la garantía del puerto seguro. Por otro, la posición de garante permitiría hablar, y considero la aproximación más adecuada, de un deber de protección menos intenso de carácter *ex post* consistente en impedir la continuidad de la infracción previamente cometida por un tercero siempre y cuando la misma haya sido determinada respetando las garantías básicas de contradicción entre las partes. Y ello permitiría hablar de una participación omisiva basada en un dominio potencial y negativo que sobre el comportamiento de los usuarios se posee, pero respetando a su vez la necesaria ponderación de intereses que sobre el uso de obra protegida por *copyright* existe tal como quedaría contemplado en el artículo 17.7 de la Directiva de Mercado Único Digital a través del reconocimiento de un conjunto de excepciones al derecho de uso exclusivo.

En este sentido, y partiendo de este deber específico, sería posible identificar un espacio de no colaboración para con el titular de *copyright* cuando derivado de la contradicción de las partes existan dudas sobre el carácter ilícito del uso en discusión. A la vez, ello evitaría construcciones que mantuvieran que de la mera infracción cometida por tercero se pueda derivar una responsabilidad del intermediario como expresión de un defecto de organización en la prevención de infracciones, sino a la inversa, que únicamente a través del conocimiento específico derivado de la contradicción efectiva de los diferentes intereses confluyentes en el uso de la obra permita establecer una equivalencia normativa entre el comportamiento omisivo del intermediario y la contribución activa en el comportamiento ajeno del tercero infractor, lo cual tendría un mejor encaje con la prohibición derivada del artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico (Brunner, 2016).

De este modo, la ponderación clásica entre incentivos y acceso a través del derecho de defensa permitiría desvincularse de las obligaciones contenidas en el artículo 17 de la Directiva de Mercado Único Digital, y en especial de toda presunción de infracción a través de la obligación por parte del intermediario de solicitar una licencia autorizando los usos del titular (lo cual sólo

serviría de base para justificar un deber de supervisión general). Más al contrario, dado que existe una posibilidad de usos lícitos sin permiso del titular, esta posibilidad generaría una prohibición de restricción previa de contenidos en el prestador de servicios de intermediación, y por tanto vinculando su posición de garante a un ejercicio de carácter *ex post* con la finalidad de permitir el derecho de acceso a la obra necesario para la creatividad social, y a la vez, como mecanismo adecuado de respeto por la privacidad del usuario, generando con ello un auténtico espacio de transparencia para el ciudadano al entenderse que no existe un conocimiento efectivo de la infracción generadora de un deber de bloqueo de acceso al contenido.

Y esta necesidad de vincular el conocimiento específico de la infracción cometida por un tercero al requerimiento de un efectivo derecho de defensa permitiría establecer una garantía básica no sólo para el presunto usuario infractor, sino igualmente para la delimitación de la responsabilidad a través de la participación omisiva vinculada a la posición de garante. En este sentido, cuando de la posición de garante se deriva un deber específico, la configuración de la participación viene dada por su menor desvalor respecto del infractor primario o directo, requiriendo que este último tenga el dominio positivo y efectivo de la infracción, dejando al partícipe con un dominio meramente negativo y potencial.

Pero si se desea que este criterio no se extienda excesivamente a través de una equivalencia entre el actuar omisivo y la infracción cometida por tercero, es importante que esta equiparación se canalice a través de un conocimiento específico de dicha infracción para poder reaccionar contra la misma, conocimiento que sólo puede obtenerse mediante la necesaria contradicción de las partes implicadas en el uso de la obra, es decir, que sólo la infracción del deber de impedir la continuidad del hecho ilícito equivaldría a una participación en la infracción cometida por tercero cuando exista una posibilidad real de defensa del presunto infractor, y a pesar de las evidencias derivadas de una contradicción efectiva, el intermediario sigue negándose a bloquear los contenidos infractores cuando tiene posibilidad de hacerlo ((Romero Moreno, 2020) (Guler, 2020) (Curto, 2020) (Perel y Elkin Koren, 2016).

A la vez, vincular el carácter neutral del intermediario al ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes vendría justificado por la situación de incertidumbre normativa generada por el difuso alcance del derecho de uso exclusivo a través de los criterios basados en la similitud sustancial, que a la vez toman como referencia la construcción romántica de la autoría (Lemley, 1997) (Lange, 1992) (Aide, 1990). Y este paradigma serviría de base para los modelos “notice and takedown” y “notice and *staydown*”, los cuales promoverían una colaboración crítica y automatizada del intermediario, marginalizando la capacidad dialógica del ciudadano y generando varios efectos negativos sobre los diferentes intereses confluyentes sobre la obra protegida por *copyright*. El primero derivado de la responsabilidad sobre los prestadores de servicios intermediarios y su rechazo a verse sometidos a una sanción, y por tanto, al deseo de mantener la condición de actor neutral con

independencia de si ello implica una sobre-prevención con capacidad de alcanzar a usos lícitos. El segundo, y conectado con el primero, es el efecto sobre 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 que vaya más allá de una visión individualista y reduccionista de la creatividad. Y ambos efectos negativos vienen provocados por una continua apelación a la necesidad de celeridad y eficiencia en la solución de conflictos en el mercado digital, necesidad que a su vez 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 (Dusollier, 2020) (Frosio, 2016) (Lemley, 2015) (Coombe, 1991)

Y es en este contexto donde cobra una importancia capital la posición de garante a través de la figura del partícipe omisivo, dado que la confluencia de un ejercicio efectivo del derecho de defensa por las partes en la definición del alcance de un deber específico de protección de la obra, permitiría hablar de una responsabilidad del intermediario en el contexto de unas garantías básicas que promuevan la protección de todos los intereses confluyentes en la obra mediante un deber específico de impedir la continuidad de la infracción cometida por tercero. A la vez, este concreto modelo de posición de garante invitaría a examinar modelos alternativos a los ya conocidos (“notice and takedown” y “notice and staydown”) por otros de carácter más ponderativos en la valoración de los intereses presentes en la obra, destacándose en este sentido, el denominado “Notice & Notice” canadiense y una variante del modelo “Notice & Takedown” mediante la introducción de un tiempo prudencial de espera vinculado a la contra-notificación del presunto infractor (con un ejemplo bastante representativo en la Section 5 de la *UK Defamation Act 2013*)<sup>8</sup>

En lo que se refiere al modelo canadiense el mismo se encuentra regulado en las *sections* 41.25 y 41.26 de la *Copyright Act* de 1985 (tras la reforma acaecida en 2012 por la *Copyright Modernization Act*) y que viene a presentar al prestador de servicios de intermediación como un mero mediador entre las partes. Bajo la cobertura de este modelo, cuando intermediario recibe una notificación sobre una presunta infracción del *copyright*, esta notificación generaría una obligación de notificación al presunto infractor para darle la oportunidad de defensa, pero sin la generación de ninguna obligación en el intermediario de bloquear el acceso a dicho contenido, aunque sí de comunicar al titular de *copyright* que dicha notificación ha tenido lugar (Solomon, 2021) (Nitoslawsky y Short, 2013) (Mark, 2012).

---

<sup>8</sup> Téngase en cuenta el artículo 10 del Reglamento (UE) 2021/784, sobre lucha contra la difusión de contenidos terroristas donde se viene a formalizar la contra-notificación y el proceso para ejercer el derecho de defensa por el presunto infractor, pero sin una clara indicación sobre la responsabilidad del intermediario si derivado de la contradicción de las partes decidiera mantener el contenido presuntamente infractor.

De este modo, el intermediario en su rol de mediador vendría a realzar la controversia entre víctima (titular de *copyright*) y el presunto infractor primario quienes podrían acudir a los órganos jurisdiccionales si de la mediación no se llega a un acuerdo, posicionando a su vez la carga de identificación de los usos infractores en el titular de *copyright* y no en el prestador de servicios de intermediación. Y ello tiene especial importancia porque las notificaciones de bloqueo de contenidos se realizan cada vez de forma más automatizada, alcanzado usos lícitos como ilícitos frente a un intermediario con pocos incentivos normativos para la protección de los intereses de los presuntos infractores, es decir, con muy poco que ganar en la implementación de un derecho de defensa a favor del presunto infractor y mucho que perder si la notificación es ignorada o si no existe una reacción con prontitud incluso en la creencia de estar ante un uso lícito. Y ello toma un cariz clave en un área como es el *copyright*, donde la determinación de la infracción no siempre es fácil y deviene dependiente de las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando pueden concurrir excepciones que permitirían un uso de la obra sin necesidad de obtener un permiso por parte del titular, o simplemente por la existencia de un dominio público difícilmente delimitable a través de una justicia algorítmica (Frosio, 2018).

Por este motivo, bajo la cobertura del modelo “notice-and notice”, el intermediario no estaría obligado a bloquear los contenidos, sino meramente de reenviar la notificación de la infracción al supuesto infractor identificado por el titular de *copyright*, quien a la vez deberá ser informado del reenvío de dicha notificación. Y a diferencia del modelo “notice & takedown”, las obligaciones para con el titular de *copyright* finalizan en este estadio, sin que ello signifique que el titular quede desamparado jurídicamente, sino que el intermediario no desempeñaría un deber adicional de protección de la obra, sino únicamente colaborando en la oferta de dos grandes posibilidades. La primera, que el presunto infractor elimine voluntariamente el contenido protegido por *copyright*, y la segunda que se niegue a eliminarlo, dejando en este caso la vía abierta para que el titular de *copyright* inicie un proceso judicial, es decir, optándose por una versión moderada de autorregulación.

El segundo, como una variante del “notice and takedown”, puede encontrarse ejemplificativamente en la *Section 5 de Defamation Act (2013)* del Reino Unido (junto con su normativa de desarrollo contenida en el *Statutory Instrument 2013/3028*) que, aunque aplicable a la difamación, tendría un perfecto acomodo en la protección del *copyright* pudiendo ser extensivo a otras áreas como la difusión de contenidos terroristas o contenidos de odio y la necesidad de ponderar la libertad de expresión y el derecho de defensa (Hoboken, 2019). En este sentido, el modelo toma como referencia varios puntos que el modelo “notice and takedown” viene a ignorar. El primero, que el intermediario no suele ser un operador jurídico experto en un campo donde confluyen un conjunto de intereses que en muchas ocasiones son difíciles de ponderar fuera de la sede judicial, lo cual unido a una falta de armonización europea en materia de responsabilidad, haría difícil una motivación normativa a tra-

vés del respeto de todos los posibles intereses confluyentes en la misma. El segundo, que el modelo “notice and takedown” viene a generar una situación de sobreprotección en los intermediarios, con una aversión al riesgo de ser sometidos a una sanción, eliminarían por precaución todos los contenidos notificados y etiquetados como infracción, sin considerar la necesaria ponderación de intereses presentes.

Y para evitar esta sobreprotección en las obras protegidas por *copyright*, el modelo introduce una variable de espera (*Regulation 3 “Actions to be taken by operators in response to notice of complaint in order to maintain 5(2) defence, del Statutory Instrument 2013/3028 UK)* concebida como un período de reflexión a través de una efectiva posibilidad de contra-notificación antes de eliminar el contenido supuestamente infractor, es decir, si de los argumentos dados por la otra parte se genera una creencia razonable en el intermediario de la existencia de un uso lícito, esta creencia razonable debería tener entidad suficiente para delimitar un espacio de no colaboración para con el titular de *copyright*, permitiendo mantener el presunto uso infractor de la obra sin riesgo de perder el carácter de actor neutral.

De ese modo, la introducción de un momento de espera a través de la contra-notificación sería una variable más respetuosa con el principio de contradicción, reforzando la idea ya expresada en el artículo 15 de la Directiva de Comercio electrónico sobre la prohibición de una supervisión general y la necesidad de un conocimiento específico de la infracción mediante la necesaria reflexión derivada de la contra-notificación. A la vez, este modelo vendría a combinar los puntos más positivos del “notice and takedown” y “notice and notice”, dando una oportunidad real de defensa al presunto infractor sin la necesidad de acudir a la sede judicial, aunque teniendo en cuenta que el intermediario estaría llamado a participar limitadamente en la actividad sancionatoria a través de una posición de garante consiste en implementar un deber específico de evitar la continuidad de la actividad infractora del tercero cuando existe elementos suficientes derivados de la contradicción de las partes para entender que dicha infracción se ha cometido.

Por otro lado, los modelos anteriormente citados tienen la ventaja de tomar en consideración varios factores que los modelos previos, “notice and takedown” y “notice & staydown” diluyen considerablemente. El primero de ellos es la capacidad dialógica ciudadana, donde el usuario sobrepasaría su delimitación entre dos posibles roles, ya sea el de mero consumidor pasivo, ya sea el de infractor, para comportarse eventualmente como un potencial autor o *prosumer* (Debita, 2017) (Frosio, 2014). De este modo, el mero rol de mediador ejercido por el intermediario o el necesario trámite de audiencia permiten visualizar la posibilidad de que el uso de la obra tenga un carácter lícito (incluyendo su transformación en la creación de nuevas obras), y por tanto, que al presunto infractor se le reconozcan unas mínimas garantías para que pueda defender su libertad de expresión, y en consecuencia, su potencial comunicativo en internet. El segundo de ellos, y conectado con la capacidad dialógica ciudadana, sería la contra-notificación y el derecho

de defensa como condición ineludible para que un prestador de servicio de intermediación pueda bloquear el acceso a un contenido supuestamente infractor. Ello permitiría visualizar más correctamente la capacidad del intermediario en la protección de los derechos fundamentales de todos los actores presentes en el uso de una obra protegida por *copyright*, quien no siempre tiene los medios para valorar correctamente dicha infracción, pero ante la posibilidad de verse sometido a una eventual sanción, implementa modelos eficientes no siempre respetuosos con la libertad de expresión.

Y es desde esta problemática entre un proceso eficiente y el derecho de defensa donde puede encontrarse una justificación para la implementación de modelos alternativos, especialmente tras las últimas manifestaciones sobre el necesario reconocimiento de las garantías derivadas del debido proceso y con un rechazo claro a la legitimación de cualquier forma de responsabilidad objetiva en el intermediario, tal como se derivan de los Principios de Manila (2015) o los *Aequitas Principles on Online Due Process* (2021). Ambas manifestaciones se constituyen, a la vez, en ejemplos representativos de la necesidad de quedar vinculados por modelos más ponderativos de los diferentes intereses que confluyen en internet, mediante la reducción del alcance del derecho de uso exclusivo en favor de un modelo más abierto donde tenga mayor cabida el paradigma “user-generated content”.

De este modo lo que realmente viene a señalarse es el agotamiento del modelo romántico de la autoría (y la extensión desmedida de la obra derivada) y su sustitución por un modelo que tenga en cuenta en mayor medida los usos transformativos necesarios para la creatividad social, es decir, la necesaria superación de la concepción del usuario como consumidor o infractor por un modelo donde todo usuario tiene la capacidad de ser un potencial autor necesitado de un acceso a la obra protegida por *copyright*. Y ello es importante porque el modelo romántico de la autoría toma como base la diferenciación entre idea y expresión de la idea, haciendo de la similitud sustancial la piedra angular del derecho de uso exclusivo sin unos claros límites entre lo que constituye usos derivados y obra original, pero sobre la base de un necesario mercado monopolístico para promover la creatividad social, es decir, desde que las ideas pueden ser reproducidas por infinitas expresiones, el acceso a la idea no debería implicar un coste para todo autor potencial en la creación de expresiones originales diferentes.

Sin embargo, en un contexto de web 2.0, donde todo ciudadano tiene una capacidad potencial de ser autor, ello requeriría reconocer el valor social de los usos transformativos, y por tanto, del acceso a los recursos creativos que son necesarios para competir eficientemente en el mercado mediante la producción de nuevas obras. Consecuentemente, no debería ser un criterio generador (a través de la correspondiente notificación) de una obligación de colaboración del prestador de servicios intermediario que permita legitimar una posición de garante que eventualmente permita imponer una sanción sobre el intermediario por negarse a impedir la continuidad de un presunto acto ilícito cometido por un tercero (Frosio, 2018) (Lemley, 2004) (Balkin,

2004) (Pessach, 2003) (Ku, 2002) (Heller, 1998) (Elkin-Koren, 1996) (Rostein, 1992).

### 3. PROPUESTA DE MODELO: ALCANCE DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Con todo ello, un modelo garantista en la delimitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación debería pivotar sobre dos variables básicas como son la capacidad del intermediario en la valoración de la infracción previa cometida por un tercero y el reconocimiento de un ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte del presunto infractor previo al bloqueo de acceso al contenido, reconociéndose, a su vez, un espacio de no colaboración sin que ello suponga la pérdida de la condición de actor neutral siempre que de la contradicción de las partes se derive una justificación de un posible uso lícito sobre la obra. Y para dar cabida a este modelo, los conceptos de participación omisiva concebida como una responsabilidad indirecta por contribución y la posición de garante aparecerían como criterios que facilitarían un avance hacia una armonización europea de la responsabilidad del intermediario respetuosa con los intereses presentes en toda obra protegida por *copyright* y que evidentemente van más allá de una visión reduccionista del derecho de uso exclusivo.

En primer lugar, porque del concepto de participación omisiva también puede derivarse un deber especial, pero a diferencia de una responsabilidad directa, la necesidad de conocer la infracción previa cometida por tercero permitiría introducir el requerimiento de una efectiva contra-notificación para delimitar correctamente el alcance de dicho deber. En segundo lugar, esta participación omisiva permitiría quedar vinculada con una posición de garante que expresaría un compromiso de neutralización de un riesgo que sólo de un modo indirecto o mediato se realizaría en el resultado como es la infracción de un deber de impedir la continuidad del ilícito cometido por un tercero siempre que el mismo se haya determinado conforme a una contradicción efectiva entre las partes.

De este modo, la equiparación del comportamiento omisivo del intermediario a un comportamiento activo como consecuencia de la infracción de este deber se realizaría a través de conducta de participación como es el favorecimiento o contribución en el hecho ilícito cometido por un tercero el cual no es bloqueado cuando se tienen datos suficientes derivados de la contradicción de las partes de la existencia de esta infracción, y ello a la vez sólo expresaría un mero dominio potencial y negativo que se delimitaría a través de esta efectiva contradicción de las partes para la defensa de los intereses confluentes en la obra protegida por *copyright*. Y ello es importante porque entender el compromiso del intermediario vinculado a la contención del riesgo principal que es llevado a cabo por el tercero, implicaría una equiparación al propio comportamiento del tercero entendiendo que existe un dominio directo del

intermediario sobre el hecho ilícito que debe impedirse y por tanto una responsabilidad vicaria, permitiendo con ello legitimar modelos preventivos de eliminación de contenidos presuntamente infractores poco compatibles con la prohibición derivada del artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, con la capacidad dialógica ciudadana dentro de contexto “user-generated content” y especialmente por la erosión de una serie de garantías básicas para la imposición de toda sanción en favor de una justicia algorítmica eficiente, pero no por ello transparente y garantista (Demetrio Crespo, 2017) (Rueda Martín, 2013) (Rodríguez Mesa, 2013) (Robles Planas, 2012).

Por tanto, y es importante volver a señalarlo, es necesario desarrollar una posición de garante en favor del intermediario, la cual es fácilmente predicable por su función fundamental que desempeña en la era digital donde los usuarios como potenciales autores son cada vez más dependientes de las nuevas tecnologías y donde el uso de obras protegidas por *copyright* deviene cada vez más relevante en la participación comunicativa. Pero esta posición de garante no significa que deba conceptuarse al intermediario como responsable vicario con un dominio directo de los hechos ilícitos cometidos por un tercero infractor a través de un modelo de diligencia debida que le obligue a implementar modelos de prevención en la identificación de posibles infracciones sin una clara definición de lo que se entiende por esa diligencia y con una tendencia a la sobre-protección como mecanismo de evitación de una eventual sanción basada en un defecto de organización al no haberse impedido la comisión de un acto ilícito. Más bien al contrario, existiría otra alternativa que, incluso reconociendo la existencia de la posición de garante, no implique la implementación de deberes de supervisión *ex ante*, sino un fortalecimiento de las garantías derivadas del derecho de defensa, reconociendo el papel fundamental al que está llamado el intermediario en la protección de los derechos fundamentales en internet (Thomson, 2016).

Y es aquí donde el concepto de participación omisiva puede dar sus mayores réditos, dado que el mismo implica una diferenciación de responsabilidades entre el tercero (infractor primario y directo) y el partícipe, quien únicamente viene a comprometerse a la neutralización de un riesgo que sólo de modo indirecto se realiza en el hecho ilícito, expresando con ello una identidad de la omisión de un deber de impedir la continuidad del hecho ilícito cometido por un tercero con conductas de participación consistentes en favorecer o contribuir en los hechos de riesgo ajeno, y por tanto, manifestando un mero dominio potencial negativo a diferencia del infractor primario quien posee un dominio positivo y actual del ilícito (Longke, 2019). Este dominio potencial y negativo exigiría el reconocimiento un requisito adicional en la parte subjetiva de la infracción, esto es, el conocimiento que el prestador de servicios debe de tener respecto de la infracción para delimitar el alcance de este compromiso de neutralización, la cual viene a difuminarse en un modelo de responsabilidad directa donde la diligencia debida permitiría expandir este conocimiento de la infracción a un mero conocimiento general

de posibles infracciones que tiene lugar en la plataforma organizada por el intermediario.

Sin embargo, cuando se parte de un modelo de participación omisiva vinculado al reconocimiento de un ejercicio del derecho de defensa de todas las partes implicadas en el uso de la obra, este conocimiento no puede derivarse únicamente de presuntas infracciones que tiene lugar en la estructura organizada por el intermediario, ya que las mismas son meras presunciones que requieren de al menos un trámite de audiencia real respecto de la parte afectada, es decir, el favorecimiento o contribución al hecho ilícito cometido por tercero no debería nunca implicar un dominio positivo y actual, que sólo posee realmente el tercero infractor, antes al contrario, serviría únicamente para justificar una mera reacción *ex post* de bloqueo de acceso al contenido infractor siempre que la misma sea desarrollada conforme a una efectiva contradicción entre las partes (Thomson, 2016).

Y es desde esta concepción donde el concepto de participación omisiva vinculado a la posición de garante y al conocimiento de una infracción cometida por un tercero viene a reflejar el reconocimiento de la tensión clásica entre la libertad de expresión manifestada en las necesidades de acceso a la obra, y el derecho de propiedad en la obra protegida manifestada en la necesidad de establecer determinados incentivos para hacer posible su creación. Y de confluencia de esta tensión, y la ponderación de ambos intereses, se haría necesaria una implementación real del derecho de defensa de todas las partes afectadas, es decir, en el requerimiento de un conocimiento específico y contrastado para exigir responsabilidad al intermediario, el cual no puede ser garantizado a través de los modelos “notice & takedown” o “notice & stay-down”. Más al contrario, se haría necesario acudir a modelos alternativos que permitan valorar más ponderativamente los intereses de todas las partes afectadas en el uso de obras protegidas por *copyright* cuando existe un compromiso o deber de neutralizar un comportamiento infractor ajeno cometido por un tercero por parte del intermediario. De este modo, un modelo armonizador de carácter garantista en la delimitación de la responsabilidad del intermediario debería de contener al menos los siguientes requisitos:

A. *Requisitos formales para la generación de un conocimiento específico de presunta infracción: declaración de capacidad del intermediario como mero mediador*

El reconocimiento del intermediario como mero mediador debería venir dada por la incapacidad del intermediario para implementar un deber específico de protección consistente en impedir la continuidad de la actividad infractora por parte de terceros. Ello sería especialmente relevante ante notificaciones masivas (uso abusivo) redactadas de forma amplia y sin concretar la infracción dado que tendría la capacidad potencial de afectar a usos lícitos

de las obras, y a la vez, implicaría un desplazamiento de la carga de supervisión en los prestadores de servicios de intermediación (Tehranián, 2015).

Excluidas este tipo de notificaciones, el siguiente punto a destacar sería los requerimientos de toda notificación enviada por el titular del *copyright* con capacidad generadora de esta obligación en el intermediario. En este sentido, la notificación debería de incluir una declaración del titular del *copyright* de la inexistencia de infracción sobre usos derivados de la obra e identificar la obra concreta infringida y los motivos por los cuales entiende que existe dicha infracción<sup>9</sup>. Si estos deberes de transparencia no se cumplen, el rol del prestador de servicios de intermediación debería quedar reducido al de mero mediador, comunicando a las partes afectadas la posible infracción, siendo la sede judicial la mejor posicionada para la valoración del caso. A la vez, la negativa en estos casos de eliminación o bloqueo de los contenidos no debería implicar una responsabilidad en el prestador de servicios de intermediación, dado que existiría una imposibilidad de valorar el caso correctamente al estar presente de forma relevante la libertad de expresión, y por ende, la capacidad creativa del usuario, impidiéndole desempeñar cualquier rol sancionatorio.

#### *B. Generación del conocimiento específico de la infracción*

Una vez delimitada su capacidad de examinar dicho contenido, el intermediario se vería obligado a implementar el deber específico al cual está llamado como garante en la protección de la obra mediante la notificación al tercero presunto infractor, identificando claramente el derecho de contra-notificación para defender sus intereses y en concreto, la posibilidad de justificar el uso realizado sobre la obra. Dicho trámite debería ser obligatorio para garantizar un mínimo derecho de defensa con anterioridad al bloqueo de cualquier material en internet y a la vez como requerimiento para determinar el conocimiento específico de la infracción como base justificativa de un deber de impedir la continuidad del acto ilícito.

De este modo, se haría necesario el establecimiento de un período prudencial vinculado al concepto de neutralidad para ofrecer una posibilidad real de defensa sin que el material objeto de controversia pueda ser bloqueado, esto es, el mantenimiento de dicho uso no implicaría la pérdida de la condición de actor neutral por parte del prestador de servicios de intermediación siempre

---

<sup>9</sup> Comparativamente puede verse el Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, donde el artículo 3.4 requiere una serie de requisitos para la notificación, entre ellos, la identificación de la autoridad competente, motivación suficiente, el localizador uniforme de recursos, una referencia jurídica, la marca de fecha y hora, como firma electrónica de la autoridad competente que firmó el orden de retirada, y la información fácilmente comprensible sobre las vías de recurso disponibles.

que derive de la efectiva contradicción de las partes (Hua, 2014) (Thornburg, 2001). Y este mantenimiento, a la vez, devendría fundamental para no restringir la potencialidad del discurso en la audiencia, con los efectos distorsionadores que ello produce en la libertad de expresión cuando el tiempo es clave para alcanzar un fin legítimo. A la vez, si existiera una contra-notificación por parte del presunto infractor; y dicha contra-notificación estuviera basada en un uso legítimo de la obra identificable por el prestador de servicios intermediación, el mismo se debería de poner nuevamente en contacto con el titular del *copyright* para informarle que la obra no se elimina o bloquea, y que sus intereses deberían de reconducirse a través de un proceso judicial, sin que ello implique una vulneración del deber específico de impedir la continuidad del acto ilícito. Este tipo de comportamiento por parte del prestador de servicios intermediario debería ser especialmente resaltado, expresándose que la negativa a colaborar en el bloqueo del contenido presuntamente infractor no conllevará en ningún caso la pérdida de la condición de actor neutral (Urban, 2017).

### C. *Incumplimiento del deber de impedir la continuidad del acto ilícito*

Conforme a este modelo, la mera notificación de la infracción del *copyright* no puede aparecer como un instrumento que incentive la implementación de actuaciones de los intermediarios de forma automática y acrítica en favor del titular del *copyright*. A la inversa, requerirá de un comportamiento omisivo generado por un conocimiento específico y contrastado derivado de la contra-notificación que permita establecer una equivalencia entre el comportamiento omisivo con un comportamiento activo de contribución a un uso infractor cometido por un tercero, quien sería en consecuencia el responsable directo. Y esto será posible siempre y cuando en la contra-notificación exista una aceptación de la infracción por parte del tercero (quien tendría su dominio directo), no exista una justificación coherente del uso de la obra o la respuesta del presunto infractor sea inexistente, es decir, el prestador de servicios intermediario sólo será responsable a través de la figura de la participación omisiva por el comportamiento infractor de un tercero si decide no colaborar a pesar de que de la contra-notificación se deduce claramente la comisión de una infracción que el intermediario tiene capacidad de bloquear.

De este modo, se generaría un espacio de no colaboración con el titular del *copyright* siempre que exista una justificación coherente por parte del presunto infractor, permitiendo mantener el contenido sin perder la condición de actor neutral. A la vez, si se decide bloquear el acceso al contenido como consecuencia de la inexistencia de respuesta del presunto infractor pasado un tiempo prudencial, pero posteriormente existe dicha contra-notificación por parte del presunto infractor, se debería facilitar la restauración del contenido siempre y cuando la respuesta tenga un fundamento suficiente para entender

la existencia de un uso lícito sin que ello implique la pérdida de la condición de actor neutral en el intermediario.

Por tanto, el concepto de participación omisiva vinculado a la vulneración de un deber específico consistente en no haber impedido la continuidad del acto ilícito cuando haya sido determinado conforme a una efectiva contradicción de las partes vendría a reforzar la previsión establecida en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, permitiendo dotar de un mayor grado de seguridad al proceso de armonización de la responsabilidad del intermediario, y delimitando un espacio donde la condición de neutralidad no se perdería, es decir, evitando que a través de la necesidad armonizadora de la responsabilidad exigida al intermediario, la misma se convierta en un mecanismo incentivador de colaboración acrítica con el titular del *copyright*. Al contrario, la construcción de una responsabilidad armonizada en el contexto del mercado único digital requeriría de la implementación de mecanismos ponderativos de los intereses presentes en toda obra protegida por *copyright*, respetuoso con unas garantías básicas derivadas del derecho de defensa a pesar de que ello implique una menor eficiencia en la identificación y eliminación de posibles infracciones. Sólo en este contexto debería hablarse de responsabilidad del intermediario, aunque ello ralentice la privatización del proceso sancionatorio en la era digital.

## CONCLUSIONES

La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto de manifiesto la necesidad de armonizar la responsabilidad del prestador de servicios de intermediación más allá de la delimitación negativa reconocida en la Directiva de Comercio Electrónico mediante el procedimiento conocido como “notice and takedown”, del cual venía a configurarse el alcance del puerto seguro y la concepción del intermediario como actor neutral. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha intentado equiparar la conducta del intermediario con la del tercero infractor a través del derecho de comunicación en Sentencias de 13 de febrero de 2014 (C-466/12), 8 de septiembre de 2016 (C-160/15), 26 de abril de 2017 (C-527/15), 14 de junio de 2017 (C-610/15), pero es la Sentencia de 22 de junio de 2021 (C-682/18, C-683/18) la que permite hablar claramente de la necesidad de implementar un modelo de carácter preventivo sobre la base de una auténtica responsabilidad vicaria del intermediario con la consiguiente pérdida del puerto seguro. Ello, a la vez, tendría un perfecto acomodo con los nuevos deberes que para con el intermediario vienen a desarrollarse en el artículo 17 de la Directiva de Mercado Único Digital (2019) pero con un difícil encaje si se tiene en cuenta la prohibición contenida en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico (2000) o el artículo 7 de la Propuesta de Reglamento relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales (2020).

Y frente a esta necesidad armonizadora de la responsabilidad del intermediario, la posición de garante y la participación omisiva construidas sobre

el reconocimiento de un deber específico en el intermediario consistente en impedir la continuidad de la infracción cometida previamente por un tercero y vinculado a un efectivo derecho de defensa de las partes, permitiría ofrecer una solución alternativa de carácter más garantista para todos los intereses confluyentes en el uso de cualquier obra protegida por *copyright*. De este modo, se vendría a sugerir la utilización de modelos alternativos, como son el denominado “*notice and notice*” en la concepción del intermediario como mero mediador entre las partes o la introducción de un período prudencial de contra-notificación previo y necesario antes de cualquier bloqueo de contenidos presuntamente infractores como garantía básica ante la privatización de la actividad sancionatoria en internet. Y ello requerirá de la implementación de tres fases fundamentales que vendrían a realzar la posición de garante en el intermediario, pero no como colaborador acrítico en la protección de un derecho de uso exclusivo sobre la obra, sino como un auténtico canalizador y promotor de la creatividad social, y por ende de la libertad de expresión donde la ponderación entre incentivos y acceso es más necesaria que nunca ante los ecos de un proceso eficiente en la era digital.

## FUENTES CITADAS

### Bibliografía

- 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.
- Amayuelas Arroyo, E (2020) La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 808-837.
- Angelopoulos, C y Smet, J (2016). Notice and Fair Balance: How to Reach a Compromise Between Fundamental Rights in European Intermediary Liability. *Journal of Media Law*, 8, 1-26.
- Ataner, A (2001) How Strict is Vicarious Liability: Reassessing the Enterprise Liability and Consumer Law Strict Liability. *Vand. Law Review*, 54, 63-104.
- Balkin, J (2018) Free Speech is a Triangle”. *Columbia Law Review*, 118, 2011-2056.
- (2014) Old School/New School Speech Regulation”. *Harvard Law Review*, 127, 2296-2342.
- (2004) Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Free Expression for the Information Society. *New York University Law Review*, 79, 1-55.
- Bambauer, D (2011) Orwell’s Armchair. *Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers*, 247,1-74.
- Barrero Ortega, A (2021) Responsabilidad de los intermediarios de internet en el Derecho de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 107-132
- Bury, M y Zihlmann, Z (2020) Intermediaries Liability in light of the Recent EU Copyright Reform. *Indian Journal of Intellectual Property Law*, 11, 35-75.
- Belli, L & Venturini, J (2016) Private Ordering and the Rise of Terms of Service as Cyber-Regulations. *Internet Policy Review*, 5, 1-17.
- Bezanson, R (2003) Speaking Through Other’s Voices: Authorship Originality and Free Speech”. *Wake Forest Law Review*, 38, 1056-1079.

- Bruner, L (2016) The Liability of an Online Intermediary/Third Party Content: the Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability After Delfi. *Human Rights Law Review*, 16, 163-174.
- Bridy, A (2020). The Price of Closing the Value Gap: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 22, 323-358.
- Camacho Sepúlveda, R (2015). Destinatarios de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital: la Ley 21/2014. *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, 3, 407-428.
- 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, 551-590.
- Coderch, P et al (2002) Respondeat Superior II: De la Responsabilidad por Hecho de Otro a la Responsabilidad de la Organización. *InDret*, 3,1-22.
- Coderch, P, et al, (2002) Respondeat Superior I. *InDret*, 2, 1-19.
- Coombe, R.M (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 Comunitario y Nuevas Tecnologías*, 17, 1-32
- Curto, N (2020) EU Directive on Copyright in the Digital Single Market and ISP Liability: What's Next at International Level? *Case West Research Journal of Law, Technology and The Internet*, 11,1-30.
- Debita, G (2017) The Re-Emergence of Medieval Authorship Models in Contemporary Genres", *Cultural Intertexts*, 7, 104-123.
- Demetrio Crespo E (2017) *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Editorial Jurídica Continental
- Drassinower, A (2015) *What's wrong with copying?* Harvard University Press
- Dusollier, S (2020) The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices and Overall Failed Ambition. *Common Law Market Review*, 57, 970-1030.
- Elkin-Koren, N (2017) Fair Use by Design. *UCLA Law Review*, 64, 1083-1100.
- (1996). Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace. *Cardozo Art. & Entertainment Law Journal*, 14, 215-296.
- Erikson, K y Kretschmer, M, (2018) This video is unavailable: analysing takedown of user-generated content on Youtube. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 9, 1-29.
- Ferry, F (2020). The Dark Side(s) of the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market. *China-EU Law Journal*, 7, 21-38.
- Freixes, T (Coord) (2020) *Garantías del Proceso Debido y Unión Europea: implicaciones para los ordenamientos internos*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
- Frosio, G (2018) Re-Imaging Digital Copyright Through the Power of Imitation: Lessons from Confucius and Plato. *Pekin University Transnational Law Review*, 5, 55-106.
- Frosio, G (2018) Why Keep a Dog and Bark Yourself? From Intermediary Liability to Responsibility. *Oxford International Journal of Law and Information Technology*, 26, 1-38
- Frosio, G (2017) The Death of Non-Monitoring Obligations: A Story of Untamable Monsters", *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and Electronic Commerce Law*", 8, 2017, 199-216.
- (2016) Digital Piracy Debunked: A Short Note on Digital Threats and Intermediary Liability. *Internet Policy Review*, 5, 1-22.

- (2014) Rediscovering Cumulative Creativity from the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness? *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 13, 344-393.
- García Morales, M. J. (2013) La prohibición de censura en la era digital. *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 255-273.
- Ginsburg, J (2010) User-Generated Content Sites and Section 512 of the U.S. Copyright Act. *Columbia Law School, Paper N° 10-255*, 183-198.
- Ginsburg, J (2017) The Court of Justice of the European Union creates a EU Law of Liability/Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v Filmspeler (C-527/15) and Brein v Ziggo (C-610/15), *Columbia Law & Economics*, 572, 1-14.
- Guler, S (2020) Article 17 of the CDSM Directive and the Fundamental Rights: Shaping the Future of the Internet. *European Journal of Law and Technology*. 12, 1-30.
- Helberger, N (2017) Governing Online Platforms: From Contest to Cooperative Responsibility. *The Information Society*, 34, 1-14.
- Heller, M (1998) The Tragedy of the Anti-Commons: Property in the Transition: From Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111, 621-688.
- Heymann, L (2007) Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response, *Columbia Journal of Law & Arts*, 31, 445-466.
- Hoboken, J (2019) The Proposed EU Terrorism Content Regulation: Analysis and Recommendations with respect to Freedom of Expression Implications, *Transatlantic Working Group*, 1-10.
- Holt, K (2011) Grokster and Beyond: Secondary Liability for Copyright Infringement During Live Musical Performances, *Journal of Intellectual Property Law*, 19, 173-200.
- Hua, J (2014) Establishing Certainty of Internet Service Provider Liability and Safe Harbor Regulation, *National Taiwan University Law Review*, 9, 1-48.
- Husoveck, M (2018) The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown: Which is Superior and Why? *Columbia Journal of Law & the Arts*, 42, 54-84.
- Kanalan, I (2016). Horizontal Effect of Human Rights in the Era of Transnational Constellations on the accountability of Private Actors for Human Rights Violations”, *European Yearbook of International Economy Law*, 7, 424-457.
- Katyal, S (2003) The New Surveillance. *Case W. Res. L. Rev.*, 54, 297-386.
- Keats Citron, D (2008) Technological Due Process. *Washington University Review*, 85, 1249-1314.
- Kreimer, S (2006) Censorship by Proxy: the First Amendment, Internet Intermediaries and the Problem of the Weakest Link. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 11-102.
- Ku, R, (2002) The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology. *University of Chicago Law Review*, 69, 263-324.
- Kuczerawy, A (2015) Intermediary Liability & Freedom of Expression: Recent Developments in the EU Notice & Action Initiative. *Comparative Law & Security*, 31, 46-56.
- Kuczerawy, A (2019). General Monitoring Obligations: a New Cornerstone of Internet Regulation in the EU. Rethinking IT and IP Law. En Katolieke Universiteit te Leuven (ed), *Rethinking IT and IP Law. Celebrating 30 years CiTiP*, Intersentia.
- Kuczerawy, A (2020). From Notice and Take Down to Notice and Stay Down. Risks and Safeguards for Freedom of Expression. En Frosio, G (ed) *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press.
- 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.

- Leersen, P (2015) Cut Out by the Middle Man: the Free Speech Implications of Social Media Blocking and Banning the EU. *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and Electronic Commerce*, 6, 99-119.
- Lemley, M (2015) Faith-Based Intellectual Property. *UCLA Law Review*, 62, 1328-1347.
- (2004) Ex Ante versus Ex Post Justification for Intellectual Property. *University of Chicago Law Review*, 71, 129-150.
- (1997) Romantic Authorship and the Rhetoric of Property. *Texas Law Review*, 75, 873-906.
- Levin, D (2006) The Future of Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v Grokster, Ltd. *St. John's Journal of Legal Commentary*, 21, 271-310.
- Liu, J (2019) An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law. *Stanford Technology Law Review*, 22, 163-241.
- Longke, T (2019) On an internet service provider's content management obligation and criminal liability. *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 1, 145-158.
- Mark, D (2012) Copyright Law in Canada: Similar but not the Same. *Landslide*, 4, 49-53.
- Martin, T (2010) Vicarious and Contributory Liability for Internet Host Providers: Combating Copyright Infringement in the United States, Russia and China. *Wisconsin International Law Journal*, 27, 2010, 1-36.
- Maggiolino, M (2019) EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency. *Bocconi Legal Studies Research Paper No 3363178*, <https://ssrn.com/abstract=3363178>.
- Mehra, S y Trimble M (2014) Secondary Liability, ISP Immunity and Incumbent Entrenchment. *American Journal of Comparative Law Supplement*, 62, 685-706.
- Montagnani, M y Yordanova, A (2018). Safe Harbors in Deep Waters: A New Emerging Liability Regime for Internet Intermediaries in the Digital Single Market. *International Journal and Law and Information Technology*, 26, 294-310.
- Montagnani, M (2020) Virtues and Perils of Algorithmic Enforcement and Content Regulation in the EU- A Toolkit for A Balanced Algorithmic Copyright Enforcement. *Journal of Law, Technology and Internet*, 11,1-49.
- Mostert, F (2020) Digital Due Process: A Need for Online Justice. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 15, 1-23.
- Nitoslawsky, M y Short, M (2013) Canada's New Copyright: The Supreme Court Redefines Fair Use and Technological Neutrality. *Landslide*, 5, 43-49.
- Pascual Suaña, O (2017) Derecho a no inculpinarse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio. *Revista de Estudios Europeos*, 1, 65-67.
- Peguera Poch, M (2007) Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas de aplicación judicial de la L.S.S.I", *Revista de Internet, Derechos y Política*, 5, 1-18.
- Perel, M y Elkin-Koren, N (2016) Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement. *Stanford Technology Law Review*, 19, 473-533.
- 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.
- Prechal, S (2020) Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 408-426.
- Priest, G (1985) The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. *Journal of Legal Studies*, 14, 461-528.
- Quintais, J (2020) The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look. *European Intellectual Property Review*, 1, 1-23.
- Reis, R (2009). The Sony Legacy: Secondary Liability. *Akron Intellectual Property Journal*, 3, 223-268.

- Robles Planas, R (2012) Los dos niveles del sistema de intervención en el delito, *In-Dret*, 2, 1-25.
- Rodríguez Mesa, MJ (2013) Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho en materia de autoría y participación. *REDUR*, 11107-126.
- Romero Moreno, F (2020) Upload Filters and Human Rights: Implementing Art. 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. *International Review of Law, Computers & Technology*, 34, 153-181.
- Rosenblatt, E (2018) Who will speak for the Slender Man? Dialogism and Dilemmas in Character Copyright. *Florida Law Review*, 70, 2018, 69-78.
- Rotstein, R (1993). Beyond Metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work. *Chicago-Kent Law Review*, 68, 725-804.
- Rueda Martín, MA (2013) *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito doloso cometido por un autor principal*. Atelier
- Sánchez Aristi, R (2014) La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12, caso Svensson). *Revista de Propiedad Intelectual*, 46, 45-95.
- (2015) Responsables de la Infracción (art. 138 LPI), en Bercovitz, R (dir), *La Reforma de la Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch.
- Sánchez Leria, R (2020). Plataformas de alojamiento y contenido ilícito 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.
- Senftleben, M (2020). Institutionalized Algorithmic Enforcement. The Pros and Cons of the EU Approach to UGC Platforms Liability. *Florida Law Review*, 14, 299-328.
- Senftleben, M y Angelopoulos, C (2020) The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. *SRRN*, 1-34, <https://ssrn.com/abstract=3717022>
- Sites, B (2016) Fair Use and the New Transformative. *Columbia Journal of Law & Arts*, 39, 513-550.
- Solomon, S et al (2021) Platforms Responsibility and Regulation. Canada Considerations on Transparency, Legislative Clarification and Design? *Harvard Journal of Law & Technology*, 34, 1-18.
- Tehrani, J (2015) The New Censorship. *Iowa Law Review*, 101,103-148.
- Thomson, M (2016) Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries. *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 18, 783-848.
- Thornburg, E (2001) Going Private: Technological Due Process and Internet Dispute Resolution. *U.C. Davis Law Review*, 34, 151-220.
- Urban, J et al. (2017) Notice and Takedown in Everyday Practice. *UC Berkeley Public Law Research Paper*, N° 2755628, 2017, 1-170.
- Urban, J and Quilter, L (2006). Efficient Process or Chilling Effects? Takedown Notices Under Section 512 DMCA. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 22, 621-694.
- Wan, K (2011) Monopolistic Gatekeepers' Vicarious Liability for Copyright Infringement, *Regent University Law Review*, 23, 65-96.
- Wan, K (2011) Internet Service Providers Vicarious Liability versus Regulation of Copyright in China. *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 2, 375-412.
- Witting, C (2006) Breach of the non-delegable duty: defending limited strict liability in Tort. *University of New South Wales Law School*, 29, 2006, 33-60.

## Legislación y jurisprudencia

### *Principales Normas de la Unión Europea*

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior, DOUE L-178 (17 julio 2000)
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C- 83 (30 de marzo 2010)
- Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, DOUE L 130 (17 mayo 2019)
- Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas, DOUE L 172 (29 abril 2021)

### *Principales Resoluciones de Tribunales Europeos*

- Sentencia TEDH (1988) *Barberá y Messegué v Spain*, 10590/83
- Sentencia TEDH (1997) *Serves v Francia*, 20225/92
- Sentencia TEDH (2000) *Ozgur Gundem v Turkey*, 23144/93
- Sentencia TEDH (2002) *Janosevic v Suecia*, 34619/97
- Sentencia TEDH (2003) *Apple and others v the UK*, 44306/98
- Sentencia TEDH (2008) *Khurshid Mustafa & Tarzibachi v Sweden*, 23883/06
- Sentencia TJUE (2008) *Promusicae*, C-275/06. ECLI:EU:C: 2008:54
- Sentencia TJUE (2011) *Scarlet*, C- 70/10. ECLI: EU:C: 2011:711
- Sentencia TJUE (2012) *Marco del Corso*, C-135/10. ECLI:C: 2012:140
- Sentencia TJUE (2012) *Photographic Performance (Ireland) Limited*, C-162/10. ECLI: EU:C: 2012:141
- Sentencia TJUE (2012) *Netlog*, C-360/10. ECLI:EU:C: 2012:85
- Sentencia TJUE (2014) *Svensson*, C-466/12. ECLI:EU:C: 2014:644
- Sentencia TJUE (2016) *GS Media BV*, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644
- Sentencia TJUE (2016) *Tommy Hilfiger*, C-494/15. ECLI:EU:C:2016: 528
- Sentencia TJUE (2017) *Stichting Brein*, C-527/15. ECLI: EU:C:2017: 300
- Sentencia TJUE (2017) *Ziggo*, C-610/15. ECLI: EU:C: 2017:99
- Sentencia TJUE (2019) *Facebook Ireland Limited*, C-645/19, ECLI:EU:C:2019:821
- Sentencia TJUE (2021) *Youtube v Elsevier*, C-682/18 y C-683/18, ECLI:EU: C:2021:503

