



**IX CERTAMEN DE ARTÍCULOS JURÍDICOS
SOBRE DERECHO DEL ENTRETENIMIENTO
Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

PREMIOS DENAE

**IX CERTAMEN DE ARTÍCULOS JURÍDICOS
SOBRE DERECHO DEL ENTRETENIMIENTO
Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

PREMIOS DENAE

© Autores, 2023

© DENAE, 2023

Edita: DENAE

ISBN: 978-84-09-48631-1

Imprime: Anzos S.L.

Depósito legal: M-12208-2023



ÍNDICE

PRÓLOGO	11
----------------------	----

EL ALMACENAMIENTO DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN SISTEMAS DE CLOUD COMPUTING: SOLUCIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA

<i>Sebastián López Maza</i>	13
1. Introducción	13
2. Casos resueltos por el TJUE	14
3. La aplicación del límite de copia privada a los sistemas de almacenamiento en la nube	17
3.1. <i>Sobre el derecho afectado por el límite</i>	18
3.2. <i>Sobre el acceso lícito a la obra a reproducir</i>	20
3.3. <i>Sobre la titularidad de los medios de reproducción y almacenamiento</i>	23
3.4. <i>Sobre el soporte en el que se puede hacer la copia privada</i>	26
3.5. <i>Sobre la interpretación restrictiva de los límites</i>	28
4. La aplicación de la compensación equitativa a los sistemas de almacenamiento en la nube	29
5. Conclusiones	34

EL MODERNO OSTRACISMO: CULTURA DE LA CANCELACIÓN Y MODERACIÓN DE CONTENIDOS

<i>Ricardo López Alzaga</i>	35
1. Introducción: del óstracon al <i>tweet</i>	36
2. Planteamiento práctico del problema: homofobia y xenofobia como causa de «cancelación»	37
3. Definición del fenómeno: ¿cuándo es jurídicamente relevante la «cancelación»?	39
4. Marco teórico: la garantía de la libertad de expresión en los entornos <i>online</i> y <i>offline</i>	40
4.1. <i>Caracterización de la libertad de expresión</i>	40
4.2. <i>La reciente Carta de Derechos Digitales</i>	41
4.3. <i>Eficacia de la libertad de expresión</i>	42
4.4. <i>La problemática de los boicots</i>	44
4.5. <i>Modulación del ejercicio de la libertad de expresión mediante contrato</i>	45
5. Ostracismo por contrato o moderación de contenidos	46

6.	Principal legislación aplicable a la moderación de contenidos	47
	6.1. Normativa audiovisual	47
	6.2. Normativa en materia de derechos de propiedad intelectual	48
	6.3. El nuevo Reglamento de Servicios Digitales	49
7.	Conclusiones	50
8.	Breve bibliografía	52

TODOS PARA UNO Y UNO PARA TODOS: ¿DEBERÍA PROHIBIRSE LA MULTIPROPIEDAD DE EQUIPOS EN LAS COMPETENCIAS DE ESPORTS?

	<i>Juan Alberto Pulido Lock</i>	53
1.	Introducción	53
2.	El negocio de la multipropiedad de equipos	54
3.	Los problemas de la multipropiedad y la regulación en el fútbol	56
	3.1. El caso ENIC	57
	3.2. El caso Red Bull	59
4.	La regulación de la MPE en los esports	60
	4.1. Valve Corporation: Dota 2 y CS GO	60
	4.2. Riot Games: League of Legends	61
	4.3. Asociación Mundial de esports (WESA)	63
5.	Mejorando la regulación contra la MPE en los esports	63
6.	Conclusión	66

EL ARTE CONCEPTUAL Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ¿REALIDADES OPUESTAS O HERMANADAS?

	<i>Natalia Tamames García-Orcoyen</i>	67
1.	Introducción	67
2.	El arte conceptual está de celebración en París	67
3.	Mientras tanto, los artistas conceptuales en nuestro país no parecen correr la misma suerte	71
4.	Desempolvemos la memoria jurídico-artística: análisis de otros pronunciamientos relacionados con el arte conceptual y los derechos de autor	73
5.	Estudio sobre la aplicación de los derechos de propiedad intelectual al arte conceptual	75
6.	Aplicación analógica a las obras creadas a partir de sistemas de inteligencia artificial	78
7.	Reflexiones finales, conclusiones y propuestas.	81
8.	Bibliografía y recursos	82

LA PARADOJA BIOMÉTRICA

<i>María Loza Corera</i>	85
1. Introducción	85
2. Aplicación de la excepción doméstica	86
3. Concepto de datos biométricos	87
4. Tecnologías biométricas emergentes	91
5. Posición de autoridades de control europeas	93
6. Posición de la agencia española de protección de datos	98
6.1. <i>Primera etapa: admisión del uso de sistemas biométricos basado en huella dactilar</i>	98
6.2. <i>Segunda etapa: Necesidad y proporcionalidad del tratamiento</i>	102
7. Conclusiones	109

PRÓLOGO

La industria cultural y del entretenimiento ha estado condicionada, desde sus orígenes, al desarrollo tecnológico. Orlando Figes relata en *Los europeos* cómo gracias al ferrocarril, principalmente, y a otros avances técnicos, se desarrolló una cultura europea común, la cual creó el caldo de cultivo para la ratificación del Convenio de Berna de 1886, que, tras casi 140 años vigente con leves ajustes, sigue dictando los cánones que marcan la protección de las obras literarias, artísticas y científicas. La resiliencia y elasticidad de las leyes de derechos de autor y conexos ante los avances tecnológicos son más que manifiestas, ya que han permitido resolver cuestiones de muy diversa naturaleza, que involucraban innovaciones tecnológicas de todo tipo.

Igual de notorio es el interés que la tecnología despierta entre los asociados de DENAE, ya que prácticamente todos los artículos presentados al IX Certamen de Artículos Jurídicos del Derecho del Entretenimiento y Tecnologías de la Información analizan alguna cuestión tecnológica dentro de nuestro sector.

Este año, el ganador es el asociado Ricardo López Alzaga, con su artículo *El Moderno Ostracismo: Cultura de la cancelación y moderación de contenidos*, una precisa y pertinente pieza en la que compara la moderna cultura de la cancelación en las redes sociales con el óstrakon, mecanismo de la antigua Atenas que posibilitaba a los ciudadanos, reunidos en asamblea, expulsar a una persona de la ciudad durante diez años, junto con la suspensión de sus derechos políticos. El artículo, además de ilustrar con claridad cuestiones sociales y jurídicas de este fenómeno actual, nos demuestra que no hay como mirar al pasado para encontrar soluciones de futuro.

La calidad de esta edición ha hecho que el segundo premio se haya concedido *ex aequo* a los trabajos *Todos para uno y uno para todos: ¿Debería prohibirse la multipropiedad de equipos en las competencias de esports?*, de Juan Alberto Pulido Lock, y *Arte Conceptual y la inteligencia artificial, ¿realidades opuestas o hermanadas?*, de Natalia Tamames. En el primero, nuestro compañero relata los conflictos jurídicos que se generan en una competición de videojuegos cuando dos equipos rivales son propiedad del mismo dueño. Por otro lado, la asociada premiada analiza la reciente y notoria sentencia que enfrentaba a los artistas visuales Daniel Druet y Mauricio Cattelan, ampliando el análisis a los recientes desarrollos de la inteligencia artificial.

Precisamente por su rigor y comprensible lectura para una cuestión ciertamente compleja, se incluye en el presente número el artículo *La paradoja biométrica*, de María Loza, en el cual expone profusamente diferentes conflic-

tos (hasta tres), casi incongruencias, que se producen durante el tratamiento de datos biométricos. Un artículo con tantísima calidad y nivel de análisis no podía quedar sin publicar.

Finalmente, cierra la publicación el artículo *El almacenamiento de obras y prestaciones protegidas en sistemas de cloud computing: solución europea y española*, confeccionado específicamente para DENAE por el profesor Sebastián López Maza, en el que hace un minucioso y exhaustivo análisis de la reciente jurisprudencia europea sobre la copia privada en la nube, incluyendo los casos VCAST y Strato AG.

Creemos que es un ejemplar que merece la pena ser leído (y releído) desde el principio hasta el final, por la variedad de las cuestiones analizadas, por la profundidad de los razonamientos y por la accesibilidad en la exposición. No podemos sino agradecer a todos los autores, así como al resto de compañeros que han decidido invertir tiempo y esfuerzo en compartir su conocimiento con todos los asociados de DENAE.

Esperamos que disfrutéis de la lectura de estos artículos tanto como nosotros.

Comisión Editorial de DENAE

Febrero de 2023

El almacenamiento de obras y prestaciones protegidas en sistemas de *cloud computing*: solución europea y española

Sebastián López Maza

Prof. contratado-doctor de Derecho Civil (acreditado TU) Secretario del Centro de Investigación en Propiedad Intelectual (CIPI) Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CASOS RESUELTOS POR EL TJUE. III. LA APLICACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA A LOS SISTEMAS DE ALMACENAMIENTO EN LA NUBE. 1. Sobre el derecho afectado por el límite. 2. Sobre el acceso lícito a la obra a reproducir. 3. Sobre la titularidad de los medios de reproducción y almacenamiento. 4. Sobre el soporte en el que se puede hacer la copia privada. 5. Sobre la interpretación restrictiva de los límites. IV. LA APLICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA A LOS SISTEMAS DE ALMACENAMIENTO EN LA NUBE. V. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE:

Copia privada, derecho de reproducción, compensación equitativa, soportes, almacenamiento en la nube.

1. INTRODUCCIÓN

El cloud computing es un sistema de almacenamiento cada vez más utilizado, dado que permite el acceso a los contenidos allí guardados desde cualquier dispositivo conectado a Internet (un ordenador, una tableta, un smartphone). Estos servicios pueden incluir más o menos capacidad para guardar contenidos, pueden ser gratuitos o de pago, pueden permitir un uso privativo de los contenidos u ofrecer al usuario la posibilidad de compartirlos con otros clientes de ese servicio. Además, se pueden utilizar no sólo para almacenar contenido personal (ej.: fotografías de las vacaciones, documentación variada, audios que hagamos con nuestro móvil), sino que también pueden quedar ahí guardadas obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Los servicios que incluyen computación en la nube son muy diversos: el correo electrónico, las plataformas de streaming musical (Spotify o Apple Music) o audiovisual (Netflix, HBO Max o Amazon Prime Video), los sistemas de envío de archivos de gran tamaño (WeTransfer o TransferNow, entre otros) o los servicios de almacenamiento en la nube propiamente dichos (iCloud, Dropbox o OneDrive). En este último caso, el usuario contrata estos servicios y decide qué capacidad de almacenamiento desea, pudiendo posteriormente aumentarla o disminuirla en cualquier momento.

Los sistemas de cloud computing presentan dos diferencias fundamentales con respecto a los soportes tradicionales de almacenamiento de contenidos. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los soportes físicos adquiridos por una persona (ej.: un disco duro externo o una memoria USB), el espacio de la nube en el que se almacenan los contenidos pertenece a un tercero (el proveedor del servicio). Este es el propietario de los equipos y la tecnología que permiten la prestación de tal servicio. El usuario se sirve de ellos para poder acceder a su espacio virtual, pero no se convierte su propietario, sino que simplemente es arrendatario o prestatario, en función de que pague o no a cambio de disfrutar de este servicio una contraprestación. Y, en segundo lugar, la nube constituye un soporte inmaterial de acceso ubicuo, mientras que a los contenidos almacenados en soportes físicos sólo se puede acceder allá donde se encuentre dicho soporte.

Cuando se utilizan para almacenar contenidos protegidos por derechos de autor y derechos conexos, los servicios de computación en la nube presentan un gran problema desde el punto de vista de la propiedad intelectual. A saber: si tales usos deben estar sujetos a la autorización del titular de los derechos y al pago de la correspondiente licencia, o si pueden estar amparados en el límite de copia privada. El TJUE se ha pronunciado ya en un par de ocasiones sobre esta cuestión. En particular, se trata del caso VCAST, resuelto por sentencia de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-265/16), y del caso Strato AG, decidido mediante sentencia de 24 de marzo de 2022 (asunto C-433/20). En ambos, ha optado por aplicar el límite señalado, negando a los titulares de derechos el ejercicio del derecho de exclusiva de reproducción en este ámbito. Existe un tercer caso, aún pendiente de resolver, que tuvo entrada en el TJUE el 13 de julio de 2021. Se trata del asunto C-426/21, sobre el caso Ocilion IPTV Technologies. Aún no disponemos de la sentencia, pero sí de las conclusiones del AG, presentadas el 15 de diciembre de 2022.

2. CASOS RESUELTOS POR EL TJUE

El primero de los casos sobre copia privada y almacenamiento en la nube es el relativo a VCAST. Esta ponía a disposición de sus usuarios, en Internet, un sistema de grabación de vídeo a la carta, de contenidos emitidos por organismos de televisión italianos. El cliente de este servicio elegía una emisión desde el sitio web de VCAST, donde aparecía toda la programación de algunos canales de televisión. Posteriormente, VCAST captaba la señal de televisión mediante sus propias antenas y grababa, en el espacio de almacenamiento en la nube indicado por el usuario, la franja horaria de la emisión seleccionada. Así, esta entidad sólo ponía a disposición del usuario el servicio de grabación a la carta, pero no el espacio donde quedaría almacenada dicha grabación, que debía contratarla el usuario con otro proveedor. VCAST sostuvo: 1) que su actividad estaba amparada en el límite de copia privada, pues el usuario era quien realizaba realmente la grabación, en tanto que ella sólo proporcionaba el equipo necesario (el sistema de videograbación remota); 2) que la legalidad de su servicio venía confirmada por el artículo 71

septies.1 de la Ley italiana de derechos de autor, por el que se somete a un canon los servicios de grabación remota, lo que significa que están dentro del límite.

El segundo es el caso Strato. Aquí se enfrentaban Austro-Mechana, una entidad de gestión colectiva de derechos de autor, y Strato, una empresa que prestaba a sus clientes un servicio mediante el cual les ponía a disposición un espacio de almacenamiento en la nube (cloud computing). La primera reclamaba a la segunda el pago de la compensación equitativa por copia privada, al prever el artículo 42b.1 de la Ley austríaca de Derechos de Autor este derecho respecto de «soportes de grabación de cualquier naturaleza». A su juicio, la redacción de este precepto es deliberadamente genérica, por lo que la compensación en medios de almacenamiento también resulta exigible cuando se ponen en circulación, con fines comerciales, soportes de almacenamiento de cualquier tipo, lo que incluye también el suministro de espacio en la nube. Así, la expresión «poner en circulación» no se referiría a la distribución física, sino que dejaría deliberadamente margen para incluir todos los procesos que den lugar a la puesta a disposición de los usuarios de espacio en la nube. Austro-Mechana entendía que las reproducciones en la nube causan un perjuicio a los titulares de derechos de manera similar a la distribución de soportes de grabación o de dispositivos de reproducción o a la prestación de servicios de reproducción, por lo que debían quedar gravados con la compensación.

Strato se opuso a esta pretensión, alegando que no debía nada en concepto de compensación por los servicios de almacenamiento en la nube porque: a) no se ponía en circulación ningún medio de almacenamiento, sino que sólo se ponía a disposición un espacio de almacenamiento; b) no vendía ni alquilaba medios de almacenamiento físicos en Austria, pues únicamente ofrecía espacio de almacenamiento en línea en sus servidores alojados en Alemania; c) ya había pagado en Alemania, país en el que se alojaban sus servidores, el canon por derechos de autor, integrado en el precio de esos servidores por su fabricante o importador; d) los usuarios situados en Austria ya habían abonado el canon por la realización de copias privadas por los dispositivos necesarios para cargar los contenidos en la nube, por lo que el pago de una remuneración adicional por la copia privada en los medios de almacenamiento en la nube implicaría un doble pago. Señaló que, para poder utilizar los servicios de almacenamiento en la nube, los contenidos protegidos deben estar en un soporte de almacenamiento antes de subirlos. Afirmó que a los usuarios no les resultaba útil la simple grabación en sí de la copia privada en la nube, sino que este sistema lo utilizaban para poder acceder a los contenidos almacenados desde distintos equipos. Estos equipos, que disponen también de su propia capacidad de almacenamiento y desde los que los usuarios acceden a la nube, ya están gravados con la compensación.

El tercer asunto, aún pendiente de resolución, es el caso Ocilion IPTV Technologies. Las demandantes son organismos de radiodifusión y la demandada ofrece a clientes profesionales (operadores de redes, hoteles y centros deportivos, entre otros) televisión por Internet en circuito cerrado, es decir, únicamente es accesible a los usuarios que son clientes de los operadores de redes. Dicho servicio incluía,

además de paquetes de canales: 1) una grabadora de vídeo en línea que permitía ver la televisión en diferido, grabaciones que solamente se producían si el usuario final las programaba; 2) la función de «volver a ver», mediante la cual se podían visualizar de nuevo los contenidos emitidos hasta siete días antes, algo que también debía activar el usuario final. Cuando el usuario programaba tales funciones, el sistema realizaba de manera automática las grabaciones y las almacenaba en un archivo propio (single copy) para cada usuario. No obstante, no se realizaban varias copias de los contenidos emitidos cuando varios clientes programaban la misma grabación, sino que se realizaba una única copia a la que después podían acceder todos aquellos usuarios finales que hubieran programado la grabación de ese mismo contenido. Por tanto, la copia no se eliminaba hasta que el último usuario hubiera cancelado la programación de la grabación que se tratara.

Estas herramientas almacenaban la copia en dos tipos de sistemas: en la nube o mediante una solución con instalación local. En el primer caso, el almacenamiento se llevaba a cabo en los servidores de la demandada. En el segundo caso, la demandada suministraba a los operadores de redes los equipamientos y las aplicaciones informáticas, incluyendo el soporte técnico, celebrando con ellos acuerdo marco en virtud de los cuales los operadores de redes utilizan las soluciones de sistemas IPTV para proporcionar servicios IPTV a clientes finales y son ellos mismos responsables de obtener los correspondientes derechos de redifusión por cable y sobre los contenidos. Los programas de televisión difundidos y emitidos por las demandantes se incluyen en la cartera de cadenas de la demandada, así como de diversos operadores de redes que utilizan el producto IPTV de la demandada, a través de alguno de los dos tipos de sistemas antes señalados. Las demandadas declaraban frente a sus clientes que disponían de acuerdos directos de licencia con grupos de cadenas. Las demandantes no emitieron ningún consentimiento para la retransmisión mediante streaming por Internet.

Por lo que se refiere a las alegaciones de las partes, las demandantes, respecto a la grabación en línea, señalaron que la demandada aplicaba un procedimiento basado en la copia maestra: se realiza una sola copia, no se almacenan individualmente para cada cliente final, sino que todos los clientes pueden acceder a demanda a dicha copia realizada por la demandada. Alegaron que dicha grabadora en línea y la función de «volver a ver» no están amparadas en el límite de copia privada. Por el contrario, la demandada sostuvo: a) que tales reproducciones caían de lleno en el límite, pues ella sólo ponía a disposición de los clientes finales los equipamientos y las aplicaciones informáticas necesarios, incluido el almacenamiento, de manera que sólo los clientes finales podían iniciar y finalizar la grabación concreta; b) que la facultad de organización y control respecto a la función de copia no la tenía la demandada; c) que la copia maestra no era relevante a los efectos de los derechos de autor. El TJUE se plantea, en lo que aquí interesa, si cabe aplicar el límite de copia privada del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 al uso de una grabación de vídeo en línea facilitado por un proveedor comercial en los términos señalados.

3. LA APLICACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA A LOS SISTEMAS DE ALMACENAMIENTO EN LA NUBE

El límite de copia privada está regulado en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información, para el entorno digital. Se configura como un límite al derecho exclusivo de reproducción, recogido en el artículo 2 de esa norma, de carácter facultativo para los Estados miembros, que pueden decidir libremente si lo implementan o no en sus ordenamientos internos. Conforme al primer precepto citado, una copia privada sería aquella reproducción en cualquier soporte realizada por una persona física para su uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales. Está claro que la realización de una copia privada por parte de una persona física constituye un acto que produce un perjuicio para los titulares de derechos [casos VCAST (ap. 33) y Padawan (aps. 44 a 46)]. Prueba de ello es que el legislador europeo anuda a la existencia de este límite la obligatoriedad de prever la compensación equitativa que trate de mitigar ese daño, tal como indica el propio artículo 5.2.b) Directiva 2001/29. Este precepto asocia el límite al reconocimiento a los titulares de derechos de una compensación equitativa, debiéndose tener en cuenta si se han utilizado o no las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 6. Por otro lado, hay que tener en cuenta también el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29, que establece la regla de los tres pasos, disponiendo que los límites deben aplicarse en determinados casos concretos, que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de los derechos.

En España, el límite de copia privada se encuentra ubicado en el artículo 31.2 y 3 LPI. El apartado segundo somete la aplicación del límite a los siguientes requisitos: 1) que se haga la copia de obras ya divulgadas; 2) que se lleve a cabo sin la asistencia de terceros; 3) que la realice una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa o indirectamente comerciales; 4) que la copia se efectúe a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación; 5) que la copia no sea objeto de un uso colectivo ni lucrativo, ni de distribución mediante precio. La copia se puede hacer en cualquier tipo de soporte. Además, el apartado tercero del artículo 31 LPI excluye del límite: a) las bases de datos electrónicas; b) los programas de ordenador; c) las obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i) LPI, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción. Como se verá a continuación, el TJUE ha entendido aplicable el límite de copia privada al uso de sistemas de almacenamiento en la nube, interpretación que resulta bastante compleja de trasladar a nuestro país, dada la regulación de la LPI.

3.1. Sobre el derecho afectado por el límite

El artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 establece que el límite de copia privada afecta únicamente al derecho de reproducción, pues se recoge en el listado de

excepciones que tienen que ver sólo con este derecho de exclusiva, al contrario que las incluidas en el apartado 3 del precepto señalado, que abarca también el derecho de comunicación al público. Según el TJUE, el límite no debe entenderse en el sentido de que se impone al titular de derechos que tolere las infracciones que puedan cometerse contra sus derechos con ocasión de la realización de este tipo de reproducciones, más allá de lo que ampara la excepción [casos VCAST (ap. 34) y ACI Adam (ap. 31)]. Esto es, el titular de los derechos únicamente tiene que tolerar el perjuicio producido en el derecho de reproducción, sin que, por el hecho de constituir un límite, la copia privada legitime vulneraciones de otros derechos, como el de comunicación al público.

Pero, ¿qué derechos se ven implicados con el uso de sistemas de almacenamiento en la nube? A la hora de resolver esta cuestión, el TJUE parte de una interpretación amplia del concepto de «reproducción». Y ello por varios motivos: 1) conforme al considerando 21 de la Directiva, los actos protegidos por el derecho de reproducción deben ser objeto de una definición general para así garantizar la seguridad jurídica dentro del mercado interior; 2) el artículo 2 Directiva 2001/29 lo define en términos muy amplios, abarcando la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma; 3) el objetivo principal de la Directiva es conseguir un elevado nivel de protección en interés de los autores [casos Infopaq (aps. 40-43) y Strato (ap. 16)]. Entiende el TJUE que el uso de un sistema de almacenamiento en la nube implica dos actos de reproducción: a) cuando el usuario carga desde su ordenador una obra en ese espacio de almacenamiento en la nube puesto a disposición por un tercero; b) cuando el usuario se conecta a la nube a través de un dispositivo para descargar en él la obra previamente cargada en ese espacio [caso Strato (ap. 17)]. Ambas copias, a su juicio, pueden quedar amparadas en el límite de copia privada [caso Strato (ap. 18)].

Ahora bien, no sería posible aplicar el límite de copia privada en dos supuestos: a) cuando el contenido reproducido es puesto a disposición del usuario por parte del prestador de un servicio de grabación a la carta, con independencia de que el servicio de cloud computing lo preste este o un tercero —es lo que ocurría en el caso VCAST, pues esa empresa no se limitaba a llevar a cabo el acto de reproducción del contenido seleccionado por el usuario, sino que también lo ponía a su disposición, dándole acceso a las grabaciones de las emisiones de los distintos organismos de radiodifusión¹—; b) cuando

¹ El prestador del servicio graba las emisiones y las pone a disposición de sus clientes mediante Internet. Así, la prestación del servicio que ofrece VCAST está sujeta a la autorización del titular del derecho de comunicación al público por dos motivos: 1) la transmisión original efectuada por el organismo de radiodifusión italiano y la realizada por VCAST se realizan en condiciones técnicas específicas, utilizando un modo diferente de transmisión de las obras protegidas; 2) cada una de ellas está destinada a su público —el público residente en Italia, en el primer caso, y cualquier persona del mundo, en el segundo— [caso VCAST (ap. 48)]. El TJUE ni siquiera entra a analizar si se produce un público nuevo, puesto que se cumple el primero de los requisitos que tradicionalmente viene exigiendo para que se produzca un acto secundario de comunicación pública. No obstante, ni siquiera hay que acudir al requisito del público nuevo, como hace el TJUE, cuando la retransmisión al público se produce por un organismo distinto que el de origen de la comunicación retransmitida, tal como señalan los artículos 11bis.1.2º del Convenio de Berna y 8 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor.

el contenido reproducido se almacene en un espacio de almacenamiento en la nube al cual pueda acceder el público en general –es lo que sucedía en el caso *Ocilion IPTV Technologies*–. En ambos casos, esos actos afectan al derecho de comunicación al público, por lo que requieren de la correspondiente autorización [casos *VCAST* (aps. 49, 51 y 52) y *Ocilion IPTV Technologies* (punto 55)]. Recuerda el TJUE que este derecho también debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo todo tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, ya sea de forma alámbrica o inalámbrica, incluida la radiodifusión, tal como se desprende del considerando 23 de la Directiva 2001/29 [caso *VCAST* (ap. 40)]. A juicio del TJUE, entender amparados estos actos en el límite de copia privada iría en contra del principio de interpretación restrictiva de las excepciones [caso *VCAST* (ap. 39)]. Además, el límite excluye expresamente el uso colectivo de la copia, requisito que podría verse vulnerado si la reproducción pudiera compartirse en la nube con un número indeterminado de personas del público. No obstante, el hecho de que exista esta posibilidad no puede llevar a excluir la grabación en la nube del ámbito de aplicación del límite.

La argumentación del TJUE en el caso *VCAST* la repite el AG en sus conclusiones sobre el caso *Ocilion ITPV Technologies*. Téngase en cuenta que, en este último caso y a diferencia de *VCAST*, la empresa hacía la grabación y sí la guardaba en su propio espacio de almacenamiento. El AG considera que no cabe aplicar el límite de copia privada a ninguno de los dos servicios ofrecidos por la demandada: la función «volver a ver» en diferido y la función de duplicación (punto 55). En cuanto al primero, por las siguientes razones: 1) porque no estamos ante un servicio de reproducción o almacenamiento autónomo, sino que forma parte del servicio que presta la demandada de retransmisión simultánea de las emisiones de televisión por Internet, por el que los usuarios acceden a las mismas (punto 36); 2) porque la reproducción no es efectuada por el usuario final ni tampoco parte de él la iniciativa de llevarla a cabo (punto 37). Respecto a la segunda función, argumenta el AG que: a) se trata de grabaciones destinadas a ser puestas a disposición de todos los usuarios finales que hayan programado la misma grabación, dándole, por tanto, a la copia un uso colectivo y lucrativo –aunque la copia se efectúa a iniciativa de un usuario final, la misma no queda a continuación a disposición exclusiva de dicho usuario, sino que queda en poder del proveedor del servicio y sirve de fuente para la comunicación por este último de la obra reproducida a todos los usuarios– (punto 41); b) esta función permite efectuar un número ilimitado de reproducciones con un coste mínimo y constante (punto 50); c) de entender lo contrario, iría en contra de la regla de los tres pasos (punto 54). Según el AG, en ambos casos el prestador de este servicio lleva a cabo actos de reproducción y de puesta a disposición de las obras a partir de las copias efectuadas. Y ello a pesar de que la comunicación vaya dirigida al mismo público que la comunicación inicial en forma de retransmisión simultánea de las emisiones de televisión por Internet (los clientes de los operadores de redes), y a pesar de que estos dos actos se efectúen a través del mismo modo técnico, como es

Internet. Se trata, por tanto, de dos actos de explotación distintos, que requieren de autorizaciones diferentes por parte de los titulares de derechos.

Ahora bien, entiende el AG que un proveedor que ofrece equipamiento y programas informáticos, incluido el soporte técnico, que permitan retransmitir por Internet a los usuarios finales emisiones de televisión y ofrecer un servicio de grabación y de visionado posterior de esas emisiones (solución de IPTV), que pone estos equipamientos y estos programas informáticos a disposición de sus clientes, que los explotan ellos mismos, no efectúa una comunicación pública en el sentido del artículo 3.1 Directiva 2001/29 (punto 71). Y ello porque, según el considerando 27 Directiva 2001/29, la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación al público (punto 61). Apunta el AG que «instalaciones materiales» es un término lo suficientemente amplio como para incluir, además del equipamiento técnico propiamente dicho (hardware), los programas informáticos que permiten el funcionamiento de esos equipamientos (software) (punto 65). Según el AG, la prestación de asistencia técnica no es suficiente para que se declare la existencia de una comunicación al público (punto 66). Además, en este caso, los usuarios finales que constituyen el público no son los clientes del proveedor de la solución de IPTV, sino los de los usuarios de esta solución, a saber, los operadores de redes (punto 69). Son, por lo tanto, estos operadores de redes los que dan acceso a sus clientes a las obras, ya sea en forma de retransmisión en directo de las emisiones de televisión por Internet o de visionado posterior de estas emisiones una vez grabadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, se plantea la siguiente situación. El artículo 20.1.II LPI señala que no será pública la comunicación cuando se cumplan dos requisitos: 1) se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico; 2) dicho ámbito no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Si sometemos los servicios de cloud computing al régimen de la copia privada, el usuario no podría compartir su cuenta ni siquiera con familiares o amigos, pues en ese caso se cumpliría el requisito 1), pero no el 2), al estar la nube integrada en una red de difusión, como es Internet.

3.2. Sobre el acceso lícito a la obra a reproducir

El límite de copia privada exige que el usuario tenga acceso lícito a la obra o prestación que será objeto de reproducción. Aunque esta condición no está prevista expresamente en el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, el TJUE ha supeditado el disfrute del límite al carácter lícito de la fuente de reproducción, es decir, el objeto de la reproducción necesariamente debe ser una copia no falsificada ni pirata [casos ACI Adam (aps. 41 y 58) y Copydan Bandkopi (aps. 79 y 82)]. Nuestro artículo 31.2 LPI, en cambio, sí requiere «que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación». El acceso lícito al objeto que va a ser objeto de copia privada puede producirse en distintos supuestos: a) a través de un acto de distribución del original o alguna de sus copias lícitas, como la compra del soporte material que la contenga; b) median-

te un acto de comunicación pública de la obra al público con la autorización de los titulares de derechos; c) a través de la aplicación de algún otro límite². Aunque el TJUE no hace mención expresa de este requisito en los casos VCAST y Strato, su aplicación se deriva siquiera implícitamente por el razonamiento que lleva a cabo. No aplicó el límite de copia privada porque la copia se hacía a partir de un acto de comunicación al público que no había sido autorizado por el titular de los derechos. Faltaba el acceso previo y lícito a las obras objeto de reproducción, tanto para los usuarios que podían acceder a las obras radiodifundidas en abierto como para aquellos que no podían acceder a ellas, acceso que debía ser autorizado por los organismos de radiodifusión³. Por tanto, no cabría utilizar el sistema de almacenamiento en la nube para guardar copias de obras descargadas ilícitamente a partir de sitios web no autorizados o para almacenar grabaciones de emisiones a las que se han accedido sin el consentimiento del titular de los derechos. Según el TJUE, ese espacio de almacenamiento sólo cabría usarlo, a los efectos de la copia privada, para guardar copias de obras a las que se haya tenido un acceso legal.

El TJUE no descarta la aplicación del límite respecto de contenidos puestos a disposición del público en Internet. Esta conclusión puede plantear dificultades con respecto a la normativa española. El artículo 31.3.a) LPI indica que no son copias privadas las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i) LPI, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra –es indiferente, a estos efectos, que el contrato incluya o no una remuneración–. De esta manera, las reproducciones en plataformas de streaming no serían copias privadas porque están autorizadas, pues los titulares de tales plataformas ya cuentan con autorización y pagan la correspondiente licencia, por lo que ese espacio de almacenamiento no puede estar gravado con la compensación⁴. Como ya perciben esa remuneración, no hay perjuicio de compensar, como apunta el considerando 35 Directiva 2001/29.

En definitiva, si se excluyen los contenidos descargados de Internet mediante licencias en línea (ej.: una canción descargada de Apple Music o el capítulo de una serie descargado de HBO Max para disfrutar de ellos en un momento en que no se tenga conexión a Internet), ¿qué espacio quedaría para la copia privada en el ámbito del almacenamiento en la nube, si consideramos aplicable el límite? Cabría incluir dos tipos de contenidos: 1) las obras

² Recuérdese que, en el caso *Technische Universität Darmstadt*, el TJUE concluyó que el límite recogido en el artículo 5.3.n) Directiva 2001/29, relativo a las bibliotecas, museos o archivos, no permitía la descarga de contenidos por parte de los usuarios en una memoria USB, pero dicho acto sí podía incluirse dentro del límite de la copia privada.

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Copias privadas en la nube y comunicación pública», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018, BIB 2018/6530.

⁴ OROZCO GONZÁLEZ, M., «El sistema español de compensación por copia privada a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2016, BIB 2016/80458; MUÑOZ VICO, A., «VCAST contra RTI: ¿Hacia una copia privada en la nube? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2017 en el asunto C-265/16», en *Revista Pe.i.* (revista de propiedad intelectual), núm. 57, 2017, p. 71.

y prestaciones puestas a disposición del público en Internet sin un contrato en el que se autorice su reproducción; 2) la digitalización de obras y prestaciones en formato tangible o su cambio de formato para guardarlas en la nube (ej.: el escaneo de un libro o la conversión de un CD de música a archivos mp3). Hoy en día, resulta difícil pensar que un usuario realice esta última labor, pues mayoritariamente se utiliza la nube para guardar documentación o contenidos que nos pertenecen (ej.: fotografías de las vacaciones).

Pero incluso si no contáramos con esta restricción del artículo 31.3.a) LPI, el tipo de contenidos que los usuarios almacenarían en la nube sería muy reducido. Cuesta creer que un usuario se guarde en su espacio de almacenamiento obras musicales o audiovisuales descargadas de plataformas de streaming. Básicamente por dos motivos: a) porque no tiene sentido guardarlo allí si ya pueden acceder a ellas desde lugar y en el momento en que quieran través de la plataforma de streaming; b) porque estas disponen de su propio sistema de almacenamiento en la nube para sus clientes, donde pueden guardar las reproducciones porque la propia plataforma lo autoriza, por lo que, si esa copia está autorizada, ya no estaríamos ante el límite de copia privada, donde lo característico es que no hay autorización del titular de los derechos. Este límite pierde consistencia en el ámbito de las plataformas de streaming, sobre todo lo que se refiere a esa finalidad de poder disfrutar de la copia desde otro dispositivo (device shifting).

En el entorno europeo, donde no existe esta limitación, no se ve con buenos ojos que la reproducción de contenidos puestos a disposición del público en plataformas online se considere copia privada y se genere el pago de la compensación, pues los titulares de derechos ya perciben una remuneración por la concesión de las licencias correspondientes. Siendo así, no surgiría el perjuicio que se trata de indemnizar a través de la compensación. De generarse esta en estos casos, estaríamos ante un doble pago carente de justificación. Así lo entendió el mediador portugués designado por la Comisión Europea, Antonio Vitorino, en sus recomendaciones en materia de compensación por copia privada, de 31 de enero de 2013. Posteriormente a esas recomendaciones, el 17 de febrero de 2014, el Parlamento europeo publicó su informe sobre los cánones por copia privada [(2013/2114(INI))], donde, aunque apuesta por mantener el límite de copia privada en el entorno online, da preferencia a los modelos de concesión de licencias cuando no se permita la copia de obras protegidas en ningún soporte o dispositivo (punto 28). Así se deriva también del artículo 6.4.4º Directiva 2001/29, que regula la relación entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada en el entorno on line. Cuando se trata de la explotación de obras y prestaciones en el entorno off line o en el entorno online sin licencia, los titulares de derechos deben respetar el límite de copia privada, garantizando a los usuarios, al menos, una reproducción (art. 6.4.2º Directiva 2001/29). Sin embargo, respecto de contenidos protegidos explotados en el entorno en línea y conforme a lo convenido por contrato, los titulares de derechos pueden impedir la realización de copias privadas.

3.3. Sobre la titularidad de los medios de reproducción y almacenamiento

La realización de copias privadas en la nube requiere necesariamente la intervención de terceros: básicamente, la del prestador del servicio de almacenamiento. El TJUE afirma que el límite de copia privada previsto en el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 no exige que la persona física posea los equipos y soportes necesarios para llevar a cabo la reproducción. Según el TJUE, la labor de reproducción puede también recibirla esa persona física de un tercero, utilizando sus medios o dispositivos [casos VCAST (ap. 35), Padawan (ap. 48) y Copydan Bandkopi (ap. 91)]. Ha llegado a entender que la compensación por copia privada se aplica a las reproducciones realizadas en el marco de la prestación de servicios de reproducción [caso Padawan (ap. 46)]. Y señala varios motivos para llegar a esta conclusión: 1) lo importante, a estos efectos, es que sea el usuario quien tome la iniciativa de la reproducción y determine el objeto y las modalidades de la misma –siendo así, no hay diferencia entre que sea el usuario el que haga la copia mediante los equipos manejados por él mismo y que la haga a través de un tercero–; 2) el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 guarda silencio sobre la relación o el vínculo que debe existir entre la persona que realiza la reproducción conforme al límite y el dispositivo usado para ello [caso Copydan Bandkopi (aps. 86 y 89)]. Por tanto, para aplicar el límite de copia privada, la persona que disfruta de ella –que debe ser una persona física– no tiene por qué ser propietaria del equipo o soporte utilizado para realizarla o almacenarla⁵. Aplicado a los casos de cloud computing, es irrelevante que el espacio de almacenamiento se ponga a disposición de los usuarios en un servidor que pertenece a un tercero [caso Strato (ap. 23)]. Esta conclusión del TJUE debe complementarse con otra: tampoco es necesario ser propietario de la obra o prestación a grabar, pues cabe hacer copias privadas de contenidos prestados o alquilados, o de contenidos a los que se ha accedido con ocasión de la aplicación de otro límite [caso Technische Universität Darmstadt (ap. 57)].

No obstante, el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 es bastante claro y habla de «reproducciones [...] efectuadas por una persona física para uso privado». En estos casos, la reproducción no la realiza una persona física, sino el prestador del servicio de cloud computing, que permite que la copia la pueda hacer el usuario, y, desde luego, la copia efectuada por ese proveedor del servicio no se utiliza para el uso privado de este, sino para el uso privado del usuario⁶. El TJUE no tiene en cuenta el carácter comercial del servicio prestado por el proveedor del almacenamiento en la nube. La regla de los tres pasos, a ponderar en este caso, no debería llevar a incluir en el límite de copia privada la realización de reproducciones de obras y prestaciones a través de estos servicios. Estamos ante reproducciones realizadas por una persona jurídica para fines comerciales. Es verdad que el TJUE

⁵ Así lo considera también CARBAJO CASCÓN, F., «El retorno del canon digital. Consecuencias previsibles de la STJUE de 9 de junio de 2016», en *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, p. 17.

⁶ FICSOR, M., «The WIPO “Internet Treaties” and Copyright in the “Cloud”», en *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment*, Congreso ALAI 2012, Kyoto, 2014, p. 139.

afirmó en el caso Padawan que es posible efectuar copias para uso privado a través de servicios de reproducción. Sin embargo, ¿estaba el TJUE pensando en la realización de copias privadas a través de servicios prestados por entidades que no constituyen personas físicas y que buscan un beneficio comercial?

De nuevo, la interpretación que el TJUE hace del límite de copia privada y su aplicación a los servicios de almacenamiento en la nube plantea una serie de inconvenientes en nuestro ordenamiento. El primero de ellos tiene que ver con el requisito que exige nuestro artículo 31.2 LPI de que la copia se haga «sin la asistencia de terceros». El objetivo de esta condición es evitar que, a la hora de elaborar la reproducción para uso privado, se acuda a asistencia profesional o empresarial, como podría ocurrir en el caso de establecimientos dedicados a la realización de copias para el público o que pongan a disposición de este los equipos y soportes para realizarlas (ej.: un establecimiento de reprografía). De hecho, el artículo 25.5.c) 1.º LPI establece que no tendrán la consideración de copias privadas las efectuadas en establecimientos de este estilo o que pongan las herramientas a disposición del público para su realización. En España, por tanto, sí se exige que el usuario sea el propietario de los equipos y soportes con los que hará la copia privada o, como mucho, se los preste un amigo o familiar⁷. Al no ser copias privadas, las reproducciones de contenidos protegidos llevadas a cabo sirviéndose de instrumentos ajenos a cambio de precio deben ser autorizadas por los titulares de derechos y no generarían la compensación equitativa⁸. Ahora bien, al permitir el legislador europeo que las normas nacionales, en materia de límites, sean más restrictivas que la norma europea (cdo. 44 Directiva 2001/29), no se plantearía contradicción. Así, en nuestro país no sería copia privada la realizada a través de un sistema de almacenamiento en la nube, donde los servidores utilizados pertenecen a un tercero y explota económicamente este servicio⁹.

En nuestro ordenamiento, las copias que realizan los usuarios contratando un servicio de fotocopiado y donde el establecimiento aporta sus equipos de reproducción (las fotocopias) y el soporte (el papel) a cambio de un precio, han estado sujetas tradicionalmente a la correspondiente licencia y al pago de la oportuna remuneración –lo mismo que los casos en los que el usuario se sirve de las má-

⁷ No excluye que la copia se pueda realizarla una persona del círculo de amistad o familiar de la persona física que disfrutará de ella, siempre que se trate también de una persona física. El requisito sólo excluye las copias realizadas con la asistencia profesional o comercial de terceros. *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 592; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 73.

⁸ DE BLAS JAVALOYAS entiende que el proveedor de almacenamiento en la nube no está prestando asistencia al usuario para realizar copias privadas, sino que simplemente le da acceso a un espacio de almacenamiento virtual, por lo que no se plantea ningún problema con respecto al requisito de nuestra legislación. *Vid.* DE BLAS JAVALOYAS, J. R., «La condicionada no sujeción a canon por copia privada de los servicios de almacenamiento en la nube (a propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2022)», en *Diario La Ley*, núm. 10039, 2022, Biblioteca digital La Ley.

⁹ SANJUÁN RODRÍGUEZ también entiende, respecto de los servicios de almacenamiento en la nube de contenidos retransmitidos por TV, que se incumple el requisito de la falta de asistencia de terceros. *Vid.* SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., «El network PVR. Un nuevo reto para la propiedad intelectual», en *Revista Pe.i.* (revista de propiedad intelectual), núm. 52, 2016, p. 53.

quinas puestas a disposición del público por un tercero—. No hay ninguna causa que justifique un tratamiento distinto a estas copias y a las realizadas mediante sistemas de almacenamiento en la nube, pues el esquema de funcionamiento es el mismo: un servicio prestado por un tercero a cambio de precio a través del cual el usuario puede disfrutar de la copia. Existen diferencias importantes entre uno y otro servicio: 1) en el servicio de reprografía, el usuario se convierte en propietario del soporte en el que queda plasmada la copia, mientras que en el servicio de almacenamiento en la nube, el usuario no se convierte, al pagar, en propietario de ese espacio de almacenamiento; 2) en el servicio de reprografía, lo que se ofrece al usuario son los medios para realizar la copia, es el establecimiento quien la efectúa para el cliente o pone a sus disposición los equipos para efectuarla, en tanto que en el servicio de almacenamiento en la nube, lo que se ofrece al usuario es el espacio en el que almacenar la copia, pero es este el que la lleva a cabo mediante su ordenador o su dispositivo. Sin embargo, no son diferencias tan notables que justifiquen ese distinto tratamiento. Además, desde el punto de vista de la compensación, no se establece un sistema diferente para los equipos idóneos para hacer las copias privadas y los soportes idóneos para almacenarlas, sino que son objeto de un tratamiento único, aunque la cuantía sea distinta. Es más, la compensación en el ámbito español está pensando en el acto de adquisición del equipo o soporte idóneo, no en la prestación del servicio de almacenamiento.

La exclusión del límite de copia privada de las reproducciones realizadas en establecimientos de reprografía ha obedecido al argumento de que se producía un uso lucrativo. En el momento en que se intercambia la copia por precio, habría una utilización lucrativa de la misma. Sin embargo, para el TJUE esta razón no es lo suficientemente potente como para excluir las copias realizadas mediante sistemas de almacenamiento en la nube. A su juicio, no es obstáculo que el tercero intervenga a cambio de una remuneración, pues el requisito de la inexistencia de fines comerciales del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 se refiere a la utilización de la copia por parte del beneficiario del límite y no a la eventual intervención del tercero. Sin embargo, esto no es lo que dice expresamente este precepto, sino que habla de «reproducciones [...] efectuadas [...] sin fines directa o indirectamente comerciales». Es evidente que de la realización de una copia privada no puede derivarse un beneficio comercial para quien la realiza, algo que va a ocurrir siempre que los instrumentos con los que hacer o en los que almacenar la copia privada pertenezcan a un tercero que se dedica profesionalmente a la prestación del servicio de reproducción o almacenamiento. Así, el tercero que presta el servicio de cloud computing obtendrá un beneficio económico de la copia privada de obras y prestaciones que hacen los usuarios del mismo —incluso aunque no cobre al usuario por el servicio, pero sí reciba ingresos por publicidad ubicada en el sitio web desde el que lo presta—.

Por otro lado, un elemento que el TJUE tiene en cuenta en estos casos es el rol del usuario y del prestador del servicio de almacenamiento en la nube. Descartó aplicar el límite de copia privada en el caso VCAST porque el prestador intervenía activamente en la grabación de tales copias, proporcionaba el contenido mismo a reproducir y lo ponía a disposición de sus clientes, si bien

era el usuario quien decidía qué contenido copiar, y VCAST no prestaba el servicio de almacenamiento, sino que el cliente tenía que indicarle un espacio en la nube donde guardar la grabación –en el caso *Ocilion ITPV Technologies*, la empresa también tenía un papel activo en la grabación de las emisiones de los organismos de radiodifusión–. En cambio, en el caso *Strato*, el prestador tenía un rol pasivo, poniendo meramente el servicio de almacenamiento en la nube a disposición de los usuarios, y estos eran quienes decidían qué obras copiar y las almacenaban en su espacio de la nube. Según el TJUE, en este segundo caso, el prestador adopta el mismo papel que aquel que pone a disposición de los usuarios los soportes físicos en los que almacenar la copia. La decisión del objeto de la copia privada debe proceder del usuario y no del tercero. Y así debe ser, pero el rol del beneficiario del límite de copia privada debe ir más allá: ha de ser el que lleve a cabo la reproducción con sus propios medios y la almacene en sus propios dispositivos.

3.4. Sobre el soporte en el que se puede hacer la copia privada

El TJUE se ha planteado si en la expresión «cualquier soporte» del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 cabe incluir un servidor en el que el proveedor pone un espacio de almacenamiento a disposición de un usuario para la realización de copias de obras y prestaciones protegidas. Explica el TJUE que, como este concepto no está definido en la Directiva ni esta tampoco remite al Derecho de los Estados miembros para concretar su alcance, cabe hacer de él una interpretación autónoma y uniforme, en la que habrá que tener en cuenta no sólo el tenor literal de la norma, sino también el contexto y el objetivo de la normativa de la que forme parte [caso *Strato* (aps. 19-20)].

Para el TJUE, la expresión «cualquier soporte» debe entenderse referida al conjunto de los soportes en los cuales puede reproducirse una obra protegida, incluyendo los servidores como los que utiliza un servicio de computación en la nube [caso *Strato* (aps. 21, 30 y 33)]. Si el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 no determina los equipos y soportes mediante los cuales se pueden realizar o almacenar copias privadas, es porque el legislador entiende que debe hacerse una interpretación amplia en consonancia con el objetivo pretendido con la Directiva [casos *Strato* (ap. 22) y *Copydan Bandkopi* (aps. 86 y 88)]. Ese precepto no señala las características que deben tener los dispositivos a través de los cuales se realizan las reproducciones para uso privado, algo que sí hace, en cambio, el artículo 5.2.a) Directiva 2001/29 al referirse a la copia privada analógica, que alude a las reproducciones en papel u otro soporte similar [casos *Strato* (ap. 24), *Copydan Bandkopi* (aps. 85 y 86) y caso *VG Wort* (ap. 65)].

A su juicio, no procede distinguir, a la hora de aplicar el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, entre la copia realizada en un soporte físico que pertenece a un usuario y la realización de la copia en un espacio de almacenamiento en la nube

a través de un proveedor de ese servicio [caso Strato (ap. 29)]¹⁰. Por tanto, cabe incluir en la expresión «reproducciones en cualquier soporte» de ese precepto la realización de copias privadas en un servidor en el que el proveedor de un servicio de computación en la nube pone a disposición del usuario un espacio de almacenamiento (soporte intangible). La principal razón que utiliza el TJUE para llegar a esta conclusión es el adaptar la normativa sobre derechos de autor, en especial la relativa a los límites, a la evolución tecnológica y a las nuevas formas de explotación de los contenidos protegidos, algo que se desprende de los considerandos 2, 5 y 31 Directiva 2001/29 [casos Strato (ap. 25), Circul Globus (ap. 38) y Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (ap. 47)].

Sin embargo, hay argumentos de peso que hacen aconsejable que se produzca esa diferenciación entre los soportes físicos y los soportes digitales intangibles, en cuanto a su utilización para fines de copia privada. En primer lugar, y como se ha señalado anteriormente, cuando el usuario adquiere un soporte físico (ej.: una memoria USB), se convierte en propietario de ese soporte, lo que implica amplias facultades de control no sólo del contenido, sino también del propio soporte. Esto no ocurre cuando se contrata un servicio de almacenamiento en la nube, donde el usuario paga por tener un lugar donde almacenar contenido, pero no se convierte en propietario, que seguirá siéndolo el prestador del servicio o, en su caso, el titular del servidor. Aquí, el prestador del servicio controla el espacio que ofrece a los clientes e incluso podría llegar a controlar el contenido almacenado, pues podría implementar medidas de filtrado para evitar que se archiven determinados contenidos. En segundo lugar, el usuario, cuando almacena la copia de una obra en un soporte tangible, únicamente puede acceder a ella desde el lugar donde tenga el soporte y a través de un dispositivo que sea compatible con este. En cambio, cuando se trata de almacenamiento en la nube, el usuario puede acceder a ella desde cualquier dispositivo con conexión a Internet. Finalmente, hay que tener en cuenta que, en el caso de que el usuario deje de pagar por el servicio de cloud computing, ese espacio dejará de estar disponible para él, pero su control lo tendrá el prestador del servicio, que podrá acceder a las copias almacenadas por el usuario, llegado el caso. Esto no sucede, por el contrario, en los supuestos de soportes tangibles, donde el vendedor de un equipo de almacenamiento no va a tener acceso a tales copias. Por tanto, los sistemas de almacenamiento en la nube constituyen soportes en los que dejar registradas copias de obras y prestaciones y su uso, por sus especiales características, debería quedar sujeto a autorización del titular de los derechos. No cabe equiparar los servicios de almacenamiento en la nube y la puesta a disposición de equipos y soportes físicos a particulares.

¹⁰ En el mismo sentido lo entiende DE BLAS JAVALOYAS, quien considera que los espacios de almacenamiento en la nube son tan aptos para la copia privada como los soportes físicos. *Vid.* DE BLAS JAVALOYAS, J. R., «La condicionada no sujeción a cano... *op. cit.*», Biblioteca digital La Ley. Así también, *vid.* MUÑOZ VICO, A., «VCAST contra RTI... *op. cit.*», p. 71.

3.5. Sobre la interpretación restrictiva de los límites

El TJUE hace alusión en el caso VCAST al principio de interpretación restrictiva que debe presidir los límites a los derechos de propiedad intelectual [caso VCAST (ap. 32)]. Dicho principio lo ha utilizado el TJUE para restringir el alcance de los límites en general [casos Infopaq (ap. 56), Kapper (ap. 72) y Comisión/España (ap. 31)] y de la copia privada en particular [casos ACI Adam (aps. 22 y 26) y Copydan Bandkopi (ap. 87)]. También ha declarado que del considerando 44 Directiva 2001/29 se desprende la intención del legislador de prever que el alcance de las excepciones pueda ser aún más restringido en lo que atañe a determinadas nuevas utilidades de obras y prestaciones protegidas [caso ACI Adam (ap. 27)]. Sin embargo, el TJUE ha preferido interpretar que el uso de sistemas de cloud computing para almacenar en ellos reproducciones de obras y prestaciones puede quedar amparado en el límite de copia privada. Y ello porque el soporte en el que debe quedar almacenada la copia privada no es un aspecto armonizado por la normativa de la UE, por lo que escapa a ese principio de interpretación estricta de los límites [caso Copydan Bandkopi (aps. 87 y 88)]. Además, el TJUE rechaza que el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 deba interpretarse conforme a la regla de los tres pasos, dado que, a su juicio, el artículo 5.5 de dicha norma no tiene por objeto afectar al contenido material de los límites [caso Copydan Bandkopi (ap. 90)].

Esta interpretación que hace el TJUE al incluir el almacenamiento en la nube en el ámbito de aplicación del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 va en contra del principio de interpretación restrictiva de los límites que marca el legislador e infringe la regla de los tres pasos, recogida en el artículo 5.5 de dicha norma. En particular, atenta contra la primera de las condiciones –la previsión de los límites para ciertos casos especiales–. Debería haber apostado por someter estos supuestos a la correspondiente licencia por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual, incluyéndolo dentro de sus derechos de exclusiva, dado que, según también el TJUE, el derecho de reproducción debe ser entendido en sentido extenso [casos Infopaq (ap. 43) y Soulier y Doke (ap. 30)], en consonancia también con el artículo 2 Directiva 2001/29. Las razones que justificaron el límite en el pasado ya no sirven con las nuevas tecnologías, dado que es posible controlar las copias que hacen los usuarios de contenidos protegidos en el ámbito digital¹¹.

En la comunicación *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*, presentado por la Comisión, de 27 de septiembre de 2012, se indica que las nuevas tecnologías deberían permitir asegurar a los titulares de derechos

¹¹ A favor de la aplicación de usos licenciados y no aplicar el límite de copia privada en la nube, *vid.* GERVAIS, D., «Exercising Authors' Rights in the Cloud», en *Copyright and Related Rights in the "Cloud" Environment*, Congreso ALAI 2012, Kyoto, 2014, p. 341; FICSOR, M., «The WIPO "Internet Treaties" ... *op. cit.*, p. 140. En cuanto a extender el derecho exclusivo de reproducción a todas las copias que se hagan en el entorno digital, *vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», en *Revista Pe.i.* (revista de propiedad intelectual), núm. 20, 2016, p. 75.

una remuneración equitativa por el uso de sus contenidos¹². Y subraya que es fundamental tener en cuenta las oportunidades de los nuevos modelos de negocio que arrojan las nuevas tecnologías, que permiten nuevas formas de acceso autorizado a contenidos protegidos. Debe garantizarse a los titulares de derechos un mejor control de tales contenidos y asegurarles de alguna manera una remuneración adecuada. En este documento se apuesta por un sistema de licencias flexibles para los sistemas de cloud computing.

4. LA APLICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA A LOS SISTEMAS DE ALMACENAMIENTO EN LA NUBE

A esta cuestión se dedica el TJUE en el caso *Strato*, donde se plantea si sería acorde con el Derecho de la UE una normativa nacional que no someta a los proveedores de servicios de almacenamiento en la nube al pago de la compensación equitativa por copia privada. Se trata de determinar si los prestadores de este servicio son deudores de la compensación. A este respecto, el TJUE recuerda lo establecido en el artículo 5.2.b) y en los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29. El primero de los preceptos señala que se permite la copia privada, siempre que los titulares del derecho de reproducción reciban una compensación equitativa, debiéndose tener en cuenta las medidas tecnológicas a que alude el artículo 6 de la Directiva. Por su parte, de los considerandos 35 y 38 se deriva la voluntad del legislador europeo de establecer un sistema de compensación en todos aquellos Estados en que se prevea la copia privada [casos *Strato* (ap. 37), *Padawan* (ap. 41), *EGEDA* (ap. 19) y *Microsoft Mobile Sales International* (ap. 26)]. Y ello porque la realización de una copia privada por una persona física sin autorización del titular de los derechos genera un perjuicio para este que debe ser compensado [casos *Strato* (ap. 39), *Copydan Bandkopi* (ap. 22), *Padawan* (ap. 45) y *Stichting de Thuis kopie* (ap. 26)].

El límite de copia privada es de transposición voluntaria, pero si un Estado miembro decide implementarlo en su ordenamiento interno, debe prever un sistema de compensación equitativa para los titulares de derechos, configurándose esta como una obligación de resultado [casos *Strato* (ap. 38), *Padawan* (ap. 30), *Copydan Bandkopi* (ap. 19), *Stichting de Thuis kopie* (aps. 34 a 36, 39 y 41), *Amazon.com International Sales* (aps. 32 y 57 a 59), *EGEDA* (ap. 20) y *Austro-Mechana* (ap. 20)]. Ahora bien, explica el TJUE que el legislador europeo ha querido dar libertad a los Estados miembros para determinar ese sistema de compensación. La Directiva 2001/29 no establece los elementos configuradores del régimen de compensación, por lo que corresponde a los Estados miembros determinar las personas obligadas a su abono, así como la forma, las modalidades y la cuantía [casos *Strato* (ap. 41), *Copydan Bandkopi* (ap. 20), *Amazon.com International Sales* (ap. 20), *Stichting de Thuis kopie*

¹² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012C0271&from=EN>, pp. 19-20 (última visita: 13.01/2023).

(ap. 23), Austro-Mechana (ap. 18) y Microsoft Mobile Sales International (ap. 27)]. Lo único que indica el considerando 35 de la Directiva es que los Estados miembros deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. A partir de ahí, el TJUE ha elaborado un concepto autónomo del Derecho de la UE sobre la compensación equitativa por copia privada¹³.

Por lo que se refiere al deudor de la compensación, el TJUE ha entendido que debe ser la persona física que lleva a cabo la reproducción la que tenga que pagarla, pues es ella la que ocasiona el perjuicio con ese acto [casos Strato (ap. 43), Padawan (ap. 45), Copydan Bandkopi (ap. 22) y Microsoft Mobile Sales International y otros (ap. 30)]. Trasladando esta afirmación a los casos de cloud computing, el usuario de un servicio de almacenamiento en la nube es quien debería abonar la compensación al titular de los derechos. Ahora bien, el TJUE ha declarado que, dadas las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de derechos el perjuicio ocasionado de manera individualizada, los Estados miembros pueden establecer, con el fin de financiar la compensación, un canon que no grave a las personas privadas, sino a quienes disponen de los equipos y soportes de reproducción y los ponen a disposición de las personas privadas o les prestan el servicio de reproducción [casos Strato (ap. 44), Padawan (ap. 46), Copydan Bandkopi (ap. 23) y Microsoft Mobile Sales International (ap. 31)].

Siendo así, afirma el TJUE que dichos deudores podrían después repercutir el importe de la compensación en el precio de puesta a disposición de los equipos o soportes o en el precio del servicio de reproducción prestado, resultando, en consecuencia, el usuario privado el que verdaderamente soporta esa carga del canon y consiguiéndose así el justo equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios de contenidos protegidos, a que se refiere el considerando 31 de la Directiva 2001/29 [casos Strato (ap. 45) y Microsoft Mobile Sales International (ap. 33)]. Por tanto, según el TJUE, sería acorde con el Derecho de la UE un sistema de compensación que obligara al productor o al importador de los servidores a través de los cuales se ofrecen servicios de computación en la nube a personas privadas, a pagar la compensación, repercutiéndolo después en el comprador de tales servidores, así como el establecimiento de un canon sobre los soportes integrados en los dispositivos conectados que permitan realizar copias de contenidos protegidos en un espacio de almacenamiento en el marco de la computación en la nube, como teléfonos móviles, ordenadores o tabletas [caso Strato (ap. 46)].

Ahora bien, entiende el TJUE que corresponde al juez nacional asegurarse de que el establecimiento de un sistema de compensación como el señalado responde realmente a las dificultades prácticas relativas a la identificación de los

¹³ Sobre el concepto autónomo de compensación equitativa por copia privada elaborado por el TJUE, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «El concepto autónomo de “reproducción” en la Directiva 2001/29», en *La unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, coord. P. Cámara Águila e I. Garrote Fernández-Díez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157 y ss.

usuarios finales o a otras dificultades similares y que los obligados al pago disponen del derecho de devolución del canon cuando no fuera exigible este [casos *Strato* (ap. 47), *Amazon.com International Sales* (ap. 31), *Copydan Bandkopi* (ap. 45) y *Microsoft Mobile Sales International* (aps. 34 y 35)]. En cuanto al servicio de almacenamiento en la nube, explica el TJUE que existen tales dificultades, dada la naturaleza desmaterializada de esos servicios, que pueden ofrecerse desde Estados miembros distintos del Estado de que se trate o desde terceros Estados, pudiendo el usuario, incluso, a su voluntad incrementar la capacidad de almacenamiento utilizado para realizar las copias privadas [caso *Strato* (ap. 48)].

Por otro lado, por lo que respecta a la forma, las modalidades y la cuantía de la compensación, el TJUE ha señalado que su régimen y su cuantía deben estar vinculados al perjuicio ocasionado a los titulares de derechos [casos *Strato* (ap. 49), *Padawan* (aps. 40 y 42), *Copydan Bandkopi* (ap. 21) y *Microsoft Mobile Sales International* (ap. 28)]. Si no existe esa vinculación, se incumplirá el justo equilibrio que debe existir entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios, tal como establece el considerando 31 de la Directiva 2001/29 [casos *Strato* (ap. 50), *Hewlett-Packard Belgium* (ap. 86) y *Microsoft Mobile Sales International* (ap. 54)].

Apunta el TJUE que, dado que la carga y la descarga de contenidos protegidos con ocasión de la utilización de servicios de almacenamiento en la nube pueden considerarse un proceso único con fines de copia privada, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un sistema por el que la compensación se pague únicamente por los dispositivos y soportes que formen parte necesaria de este proceso, siempre que pueda entenderse razonablemente que tal compensación refleja ya el perjuicio potencial sufrido por el titular de los derechos [casos *Strato* (ap. 52) y *VG Wort* (ap. 78)]. Así, no deberían gravarse todos los dispositivos y soportes para llevar a cabo la copia privada, sino únicamente los que sean necesarios. En este sentido, si bien los Estados miembros pueden tener en cuenta, al fijar la compensación, la circunstancia de que determinados equipos y soportes pueden utilizarse para realizar copias privadas en la nube, deben asegurarse de que la cuantía abonada de esta manera, en la medida en que grava varios equipos y soportes en el contexto del citado proceso único, no exceda del perjuicio potencial sufrido por los titulares de derechos, como apunta el considerando 35 de la Directiva 2001/29 [caso *Strato* (ap. 53)].

Según el TJUE, la compensación debe ser equitativa, es decir, que debe compensar a los titulares de derechos el perjuicio ocasionado, ni más ni menos. No puede pecar por exceso ni por defecto. Por tanto, antes de someter los servicios de almacenamiento en la nube a la compensación, habría que determinar si el uso combinado de los equipos o soportes y tales servicios ocasiona un perjuicio adicional a los titulares de derechos, puesto que, de no ser así y gravar esos servicios, se estaría compensando en exceso a los titulares de derechos. Según el TJUE, se producirán dos tipos de copias privadas de contenidos protegidos dentro de los sistemas de computación en la nube: 1) las exentas del canon, cuando los titulares de derechos estén debidamente

indemnizados a través de la compensación que grava los equipos y soportes físicos necesarios para hacer esa reproducción para uso privado en la nube; 2) la sujetas al canon, cuando los titulares no estén adecuadamente compensados. A su juicio, someter todos los sistemas de almacenamiento en la nube al canon podría llevar a una compensación excesiva, si bien no cierra la puerta a que, en algunos supuestos, deban quedar gravados con la compensación tales servicios. Lo que el TJUE quiere evitar es: 1) el encarecimiento de los dispositivos que permitan almacenar copias privadas en ellos por tener capacidad de almacenamiento y, al mismo tiempo, ofrezcan la posibilidad de almacenar contenidos protegidos en la nube a través de ellos; 2) el doble pago de la compensación: el abono de la compensación al adquirir el soporte físico en el que se almacena la copia de la obra o prestación (o el dispositivo a través del cual elaborarla) y al abono de otra compensación al contratar este servicio de almacenamiento en la nube.

Sin embargo, el TJUE parte de dos planteamientos erróneos. En primer lugar, no tiene en cuenta que se trata de dos copias distintas: a) la copia almacenada en el ordenador, que no queda eliminada aunque el contenido reproducido se incluya en la nube y a la cual sólo se puede acceder desde ese dispositivo; b) la copia grabada en la nube, a la cual se puede acceder desde cualquier dispositivo. Cada una de esas reproducciones genera un perjuicio distinto que debería ser, de alguna manera, compensado. Y, en segundo lugar, olvida que la elaboración de toda copia privada requiere de un equipo que lleve a cabo la reproducción y de un soporte para almacenarla. Si se considera que es posible hacer copias privadas en sistemas de cloud computing, deberían quedar estos sujetos a la compensación, de la misma manera que quedan gravados el disco duro del ordenador y la memoria USB que cualquiera puede utilizar para llevar a cabo la copia privada de una obra cualquiera en un soporte físico.

Lo que parece que no quiere el TJUE es que los titulares de derechos recuperen, a través de una compensación por copia privada que grave los sistemas de cloud computing y todos los equipos necesarios para llevarla a cabo, una cantidad cercana al coste de las obras y prestaciones reproducidas. Con esta conclusión alcanzada por el TJUE, se corre el riesgo de no compensar adecuadamente los perjuicios ocasionados por las distintas copias que se generan en el proceso de carga de contenidos en la nube. Lo ideal sería que, teniendo presente que no estamos ante copias privadas cuando se almacenan contenidos protegidos en la nube, los prestadores de este servicio estuvieran exonerados de la compensación, al igual que los establecimientos de reprografía. Ahora bien, como sucede con estos, deberían solicitar la correspondiente licencia y pagar la oportuna remuneración. Para calcular esta, habría que tener en cuenta el uso que se da a este tipo de sistemas por lo que se refiere al almace-

namiento de obras y prestaciones protegidas¹⁴. No obstante, al contrario de lo que ocurre con las licencias otorgadas a los establecimientos de reprografía, en el caso de los servicios de cloud computing deberían permitir la reproducción de la totalidad de la obra o prestación, pues poco interés tendrá un usuario en almacenar el 10%.

Por otro lado, esta concepción del TJUE plantea varios problemas que no son menores. En primer lugar, la legitimación que concede a los Estados miembros para determinar si los titulares de derechos están o no debidamente compensados en estos casos es contraria a la política de armonización que trata de llevar a cabo el legislador europeo. Si realmente entiende que los sistemas de almacenamiento en la nube deberían quedar gravados con la compensación, debería haber tratado de aclarar y pulir el concepto autónomo de «compensación equitativa» por copia privada, común a todos los Estados miembros, señalando cuándo lo es conforme a unos criterios objetivos, y no dejar esta labor en manos de estos. En segundo lugar, existe una verdadera dificultad a la hora de establecer la compensación respecto de un servicio de tracto sucesivo. En estos casos, el usuario paga mensualmente por el servicio de almacenamiento. Surge la pregunta, por tanto, de si el prestador del servicio le repercutirá el pago de la compensación también mensualmente o será un pago único a realizar en el momento en que el usuario empieza a disfrutar de dicho servicio –siendo, además, un hecho que el usuario tiene la posibilidad de modificar la capacidad de almacenamiento contratada en cualquier momento–. Un servicio gravado mensualmente por la misma capacidad de almacenamiento quizá fuera más allá de lo que realmente debieran recibir los titulares de derechos por este concepto para indemnizar el perjuicio. Y, en tercer lugar, surge la duda sobre el país en el que el usuario debería abonar la compensación: ¿el país donde está el usuario haciendo uso del servicio o el país donde radica el prestador del servicio de almacenamiento en la nube? Además, se plantea la cuestión del Estado a tener en cuenta para determinar si los titulares de derechos ya tienen suficiente compensación por la venta de equipos y soportes físicos, de cara a declarar o no exento el servicio de cloud computing. Es más, el sometimiento de estos servicios a la compensación por copia privada podría dar lugar a que, si el perjuicio es mínimo, no quedaran gravados (cdo. 35 Directiva 2001/29).

En España, a pesar de todas estas consideraciones del TJUE, no se han añadido los servicios de cloud computing en el listado de equipos y soportes gravados con la compensación por copia privada, recogido en el Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo, por el que se establecen la relación de equipos,

¹⁴ Téngase en cuenta, a este respecto, que la compensación no trata de indemnizar el perjuicio ocasionado por la piratería, sino los daños producidos por el límite de copia privada, que, a día de hoy, son bastante mínimos, dado el desarrollo de los servicios de *streaming*. Según el Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, la piratería digital ha descendido desde 2018 en un 20%. *Vid.* http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ficha-resumen-datos_-2021.pdf (último acceso el 11/01/2023).

aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las distintas modalidades de reproducción, previstas en el artículo 25 TRLPI. El legislador español sigue centrándose en los equipos y en los soportes materiales¹⁵.

5. CONCLUSIONES

Tras la lectura de las sentencias del TJUE, está más claro que el almacenamiento de obras y prestaciones en sistemas de cloud computing debería estar sujeto a autorización de los titulares de derechos y al pago de la correspondiente licencia, aplicándole el mismo esquema que la reproducción en establecimientos de reprografía. En primer lugar, porque no cabe aplicar a la copia realizada en el ámbito de las redes digitales la justificación del límite sobre la imposibilidad de control. Aquí sí es posible controlar los usos que hacen los usuarios de las obras y prestaciones mediante las licencias y mediante las medidas tecnológicas. El fundamento de la copia privada de la imposibilidad de control queda desvanecido en aquellas situaciones en las que los titulares de derechos pueden desplegar efectivamente sus derechos de exclusiva y controlar la reproducción de los contenidos protegidos.

En segundo lugar, porque, hasta ahora, la evolución tecnológica parece decantar la balanza siempre a favor del usuario de contenidos protegidos, en contra del titular de los derechos de propiedad intelectual, que ve expropiados sus derechos en este entorno digital y debe soportar los usos ilícitos que se hacen. La Directiva 2001/29 habla de un justo equilibrio que debe producirse entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios de obras y prestaciones (cdo. 31), lo que no significa que siempre tengan que ceder aquéllos. Además, equiparar los soportes intangibles a los soportes físicos, como hace el TJUE en el caso *Strato*, es bastante arriesgado, pues la manera de funcionar no es la misma.

Y, finalmente, el considerando 45 Directiva 2001/29 establece que los límites no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una remuneración a los titulares de derechos. Y así debe ser. Habría que replantearse la aplicación del límite de copia privada hoy en día, pues las nuevas formas de explotación de contenidos (servicios de streaming y on demand) han puesto en cuestión su razón de ser, decreciendo también el interés por la excepción entre los usuarios de obras y prestaciones.

¹⁵ En Francia y en Suiza se ha implementado ya el canon en los servicios de *cloud computing*. En el primero, se paga entre 0,21 y 0,75 euros al mes, según la capacidad de almacenamiento. En Suiza, se paga entre 0,90 y 1,60 euros por mes y según el tipo de suscripción. Por su parte, Países Bajos ha gravado indirectamente estos servicios, aplicando un recargo sobre los equipos y dispositivos que permiten la conexión a la nube y el acceso a las obras y prestaciones almacenadas. *Vid.* el estudio *Private Copying Global Study* producido por la CISAC: <https://www.cisac.org/services/reports-and-research/private-copying-global-study>.

El moderno ostracismo: cultura de la cancelación y moderación de contenidos.

Ricardo López Alzaga

RESUMEN

La «cancelación» en internet puede ser susceptible de restringir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, particularmente cuando un determinado contenido es retirado por la plataforma en la que se publica, en aplicación de sus términos y condiciones. En esos casos, la «cancelación» se puede transformar en «moderación de contenidos». Esa práctica ha sido desarrollada desde hace tiempo por los intermediarios digitales, y en la actualidad viene impuesta por múltiples normativas en materia audiovisual, de responsabilidad o de derechos de propiedad intelectual.

ABSTRACT

Online 'cancellation' can be a restriction on the exercise of the fundamental right to freedom of expression, particularly when certain content is removed by the platform in which it is published, enforcing its terms and conditions. In such cases, 'cancellation' may become 'content moderation.' Digital intermediaries have developed such practice for a long time, and multiple regulations on audiovisual matters, liability, or intellectual property rights, currently impose it.

ÍNDICE

(1) Introducción: del óstracón al *tweet*. (2) Planteamiento práctico del problema: homofobia y xenofobia como causa de «cancelación». (3) Definición del fenómeno: ¿cuándo es jurídicamente relevante la «cancelación»? (4) Marco teórico: la garantía de la libertad de expresión en los entornos *online* y *offline*. (5) Ostracismo por contrato o moderación de contenidos. (6) Principal legislación aplicable a la moderación de contenidos. (7) Conclusiones. (8) Breve bibliografía.

«Por consiguiente, bien se puede decir que el poder externo que priva a los hombres de la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos los priva también de la libertad de pensar; y esta es el único tesoro que todavía nos queda en medio de todas las cargas civiles. Y también lo único que puede aportar un remedio contra todos los males inherentes a esa condición».

KANT¹

¹ KANT, I., *¿Cómo orientarse en el pensamiento?*, 1786. Traducción de CORREAS, C, Quadrata, Buenos Aires, 2013.

1. INTRODUCCIÓN: DEL ÓSTRACON AL *TWEET*

El primitivo sistema democrático de Atenas establecía un mecanismo bastante peculiar que permitía a los ciudadanos, agrupados en la asamblea, decidir acerca del destino de sus compatriotas, votando su exilio temporal y la suspensión de sus derechos políticos durante diez años. Dicha práctica es llamada ostracismo, palabra derivada del fragmento cerámico empleado para indicar el nombre de los condenados mediante votación –óstracon–. El ostracismo no suponía una condena judicial, sino que más bien se asimilaba a un juicio político, frecuentemente empleado para «borrar» de la vida social de la *polis* a una persona durante algún tiempo².

Este tipo de prácticas han sido desterradas de los modernos sistemas democráticos, sometidos al imperio de la ley y a toda una miríada de garantías de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Sin embargo, no deja de ser curioso que, a medida que la vida social se «digitaliza», algunas de las prácticas más oscuras de nuestros antepasados remotos vuelven a estar presentes, si bien con consecuencias algo menos traumáticas. En efecto, el antiguo ostracismo puede ser perfectamente equiparable a lo que se ha dado en llamar «cancelación», fenómeno digital consistente en impedir que determinados individuos o agrupaciones se expresen públicamente, por las motivaciones más diversas, *a golpe de clic*. Al igual que los antiguos atenienses, las personas «canceladas» pueden ver restringidos determinados derechos, o bien sufrir consecuencias que afecten a su esfera moral –campañas de acoso– y patrimonial –pérdida de contratos–.

La «cancelación» forma parte de las dinámicas características de internet y puede impactar directamente en un legítimo ejercicio del derecho fundamental a expresar libremente opiniones o formular juicios de valor, fundamento último de cualquier «ágora digital» –*vid.* art. 20.1, a) de la Constitución Española («CE»)-. El propósito del presente artículo es analizar brevemente en qué consiste la llamada «cancelación» y cuáles pueden ser sus consecuencias jurídicas, con particular atención al funcionamiento de las plataformas digitales que millones de personas emplean para comunicarse y compartir sus pensamientos.

Los tribunales españoles reconocen ampliamente que la libertad de expresión disfruta de una posición prevalente –que no jerárquicamente superior– en el ordenamiento jurídico, por garantizar precisamente la existencia de una opinión pública libre, verdadero fundamento del pluralismo político y de la democracia. Pese a lo anterior, la realidad nos demuestra que ese derecho viene siendo, en muchas ocasiones, objeto de restricción por otros particulares. Esa limitación no suele venir justificada por la prevalencia de otros derechos de igual rango, sino que obedece a consideraciones extrajurídicas, más bien pertenecientes al ámbito de la ética, la moral o la ideología.

² PLUTARCO, *Vidas de Aristides y de Catón*, Akal, Madrid, 200

Así las cosas, la «cancelación» será normalmente practicada por sujetos privados en distintos ámbitos, y en función de las circunstancias, tendrá consecuencias jurídicas más o menos relevantes. En efecto, basta pensar que un abucheo puede resultar molesto, pero sin duda no tiene prácticamente incidencia en el ejercicio de la libertad de expresión. Por el contrario, impedir que una determinada persona se exprese a través del medio que habitualmente viene empleando para ello –por ejemplo, una red social– puede plantear consideraciones de mayor relevancia.

2. PLANTEAMIENTO PRÁCTICO DEL PROBLEMA: HOMOFOBIA Y XENOFOBIA COMO CAUSA DE «CANCELACIÓN»

La cuestión que es objeto de análisis en el presente trabajo tiene su origen en dos sentencias relativamente recientes sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por parte de los miembros de un partido político, en sus perfiles en redes sociales –en particular, Twitter–. En concreto, se hace referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3.^a) n.º 124/2020, de 26 de marzo, [ECLI:ES:APIB:2020:513]; así como a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) n.º 246/2022, de 28 de febrero, [ECLI:ES:TS:2022:735],

En el primero de los casos, el tribunal enjuiciaba la suspensión por parte de Twitter International Company («**Twitter**»), responsable de la red social homónima, del perfil en la misma de un político. Dicha suspensión, sustanciada en el año 2019, traía causa de la publicación por parte de su titular de un tweet que vinculaba la homosexualidad con la comisión de delitos graves. La suspensión del perfil motivó el ejercicio de acciones basado, por un lado, en la responsabilidad contractual de Twitter por incumplimiento de contrato –en este caso, el «acuerdo de usuario» de la red social– y la nulidad parcial de la cláusula que permite la eliminación de contenidos unilateralmente por parte de Twitter. Por otro lado, la demanda imputaba responsabilidad extracontractual a la red social, por vulneración del derecho a la libertad de expresión del titular de la cuenta.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Otro tanto cabe concluir respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual contiene algunas consideraciones de interés. A partir de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en materia de interpretación del alcance material del derecho a la libertad de expresión, se concluye que el mensaje del actor, que vinculaba la homosexualidad con los delitos de pederastia, no podría entenderse amparado por dicho derecho fundamental; el cual, como es sabido, no ampara el insulto ni la vejación a «*un grupo de personas con una determinada sexualidad*» (cfr. F.J. 3.^o).

La Audiencia tampoco aprecia que el «acuerdo de usuario» de Twitter suponga una restricción del derecho a la libertad de expresión, en la medida en que la suspensión de la cuenta no impide que el actor pueda ejercitar su derecho, sino que simplemente lo priva de un canal específico en el que hacerlo, sujeto al cumplimiento del contrato suscrito con la plataforma, el cual incorpora una serie de condiciones para la publicación de contenidos, que específicamente prohíben aquellos mensajes que «*inciten al odio*».

En relación con la pretendida nulidad del contrato y su posible incumplimiento, la sentencia concluye que la cuenta habría sido suspendida de forma justificada en aplicación de las políticas de Twitter. Asimismo, el acuerdo de usuario no implicaría ningún desequilibrio para el usuario, en la medida en que puede desistir del mismo en cualquier momento, sin necesidad de justificación.

En el segundo de los casos a los que se hacía referencia al comienzo de este apartado, el Tribunal Supremo enjuicia la suspensión temporal –por ocho días– de la cuenta de Twitter del partido político Vox, durante la campaña electoral de la elecciones autonómicas de Cataluña, motivada por la publicación de un contenido xenófobo.

La peculiaridad del recurso enjuiciado por el Tribunal Supremo radica en la legislación electoral específica que se aplica, puesto que la actora opta por calificar a Twitter como una «emisora privada», la cual vendría obligada, en los términos del art. 66.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («LOREG»), a respetar los principios de igualdad, pluralismo, proporcionalidad y neutralidad informativa.

Así, el partido político solicitó de la Junta Electoral Central que se acordase con carácter urgente el restablecimiento de su cuenta en Twitter; petición que fue desestimada. Disconforme con lo anterior, Vox interpuso recurso contencioso-administrativo, instando que: (a) se revocase la resolución; (b) se sancionase a Twitter; y (c) se declarase la nulidad de las cláusulas del acuerdo de usuario de Twitter que facultan a la plataforma para suspender determinadas cuentas.

El Tribunal Supremo efectúa una serie de consideraciones de interés al respecto. *A priori*, desestima por completo la acción de declaración de abusividad –y consecuente nulidad– de determinadas cláusulas del acuerdo de usuario de Twitter, por carecer de jurisdicción al respecto, al tratarse de una cuestión contractual sobre la que tendría competencia el orden jurisdiccional civil. En cuanto al fondo del asunto, la Sala desestima que la actuación de Twitter se encuadre en el supuesto del art. 66.2 LOREG, y ello porque la plataforma sería un simple intermediario, pero no un medio de comunicación social que organice la distribución de información en el período electoral.

Como corolario de la sentencia, el alto tribunal opta por pronunciar una consideración de la máxima importancia, al lamentarse del llamado «*poder censor*» de las redes sociales, así como de su escaso tratamiento legislativo, eminentemente en materia electoral³.

³ «[P]or razón de lo expuesto se desestima la demanda, no sin dejar constancia de lo insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material, es el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales, erigidas hoy día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales. E insatisfactoria es, también por su escasez, la regulación de la potestad de control atribuida a la Administración electoral» (F.J. 5.º, párr. 10).

3. DEFINICIÓN DEL FENÓMENO: ¿CUÁNDO ES JURÍDICAMENTE RELEVANTE LA «CANCELACIÓN»?

¿Qué supone «cancelar» a alguien? Indudablemente, el fenómeno presenta diferentes aspectos. Puede limitarse a un comentario aislado, crítico con la actividad de una persona o entidad. Pero también puede mutar en una campaña generalizada de desprestigio, fruto de la «viralización» de dicho comentario inicial, desembocando incluso en un auténtico boicot.

En esencia, las notas características del fenómeno de la «cancelación» en lo que aquí interesa, serían las de reacción –de formas diversas– ante un ejercicio –más o menos legítimo– de la libertad de expresión por parte de una persona, física o jurídica, la cual sería «cancelada». Ahora bien, ¿qué relevancia jurídica puede tener una determinada «cancelación»? Como se ha visto, la *cancelación* tiene un efecto social, de manera que una persona se vea, de algún modo, «señalada», encontrándose sujeta a un celoso escrutinio público y obligada a sufrir toda suerte de críticas. En estos casos, existe un conflicto *inter privatos* de derechos, que normalmente adquirirá relevancia jurídica cuando los límites de ejercicio de éstos se vean traspasados. Así, podría darse el caso de que lo que comenzó como una crítica, más o menos molesta, devenga en un comentario directamente insultante, o bien en actividades delictivas que puedan tener relevancia penal.

Igualmente, no deja de ser posible que una «cancelación», orquestada por una determinada persona, conlleve funestas consecuencias patrimoniales para el sujeto *cancelado*, quien podría perder su empleo o enfrentarse a la resolución de los contratos que hubiese suscrito, en aplicación de las cada vez más frecuentes «cláusulas de moralidad» (*morality clauses*), de inspiración anglosajona, normalmente incluidas en los acuerdos de la industria audiovisual. En esos supuestos, la víctima de la «cancelación» podría accionar, en caso de que se verificasen toda una serie de requisitos –causalidad, culpabilidad, etc.–, frente a quien hubiese instado la cancelación, reclamando responsabilidad extracontractual por los daños sufridos con base en el art. 1902 CC.

Pero ese tipo de conflictos no es objeto de análisis aquí. No parece que la «cancelación», por parte de uno o varios sujetos, pueda tener como consecuencia que el derecho a la libertad de expresión del sujeto «cancelado» se vea limitado. Normalmente, los sujetos privados no contarán con la capacidad para hacerlo. Es decir, no basta con «mandar callar» a alguien para restringir el núcleo esencial de su derecho a la libertad de expresión. Aunque se pueda hablar de «censura» en términos abstractos, es complicado que los sujetos privados puedan ejercerla.

El «poder censor» al que hacía referencia el Tribunal Supremo se relaciona con la posibilidad de que los titulares de una plataforma digital restrinjan la capacidad de los usuarios para emitir juicios de valor en la misma. Este supuesto podría tener lugar, por ejemplo, en caso de que una determinada red social decidiese suspender temporalmente el perfil de una persona, eliminar sus comen-

tarios o, en definitiva, «moderar» los contenidos que publica. Es precisamente este segundo tipo de «cancelaciones» el que se considera de interés aquí.

Lógicamente, los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuentan con incentivos claros para permitir a sus usuarios la transmisión de todo tipo de pensamientos e ideas en libertad: mejorar la calidad de sus redes sociales, facilitar la comunicación y el libre intercambio de ideas o, simplemente, incrementar el llamado *engagement*. Igualmente, dichos incentivos son también evidentes a la hora de «moderar» los contenidos disponibles en la plataforma: (a) por un lado, las empresas pueden querer crear un entorno seguro y atractivo para sus usuarios, en el que no se compartan contenidos que puedan inquietarlos profundamente, o incluso ser susceptibles de vulnerar derechos e intereses de terceros; y (b) por otro lado, existe un notable incentivo de origen regulatorio a la hora de moderar dichos contenidos, y es que aunque la legislación europea consagre una exención de responsabilidad en beneficio de dichos prestadores y prohíba la imposición de una obligación general de monitorización del contenido alojado (*vid.* arts. 12 y ss. de la Directiva 2000/31/CE⁴), va en su interés evitar que, por acción de los usuarios, se puedan alojar contenidos susceptibles de ser calificados como ilícitos⁵.

4. MARCO TEÓRICO: LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ENTORNOS *ONLINE* Y *OFFLINE*

4.1. Caracterización de la libertad de expresión

La garantía de la libertad de expresión se establece profusamente en multitud de instrumentos internacionales⁶. En la esfera nacional, se debe partir del ámbito material que consagra el art. 20 CE. Así, se puede admitir que dicha disposición protege varios tipos de discursos: por un lado, la transmisión de ideas y opiniones –juicios de valor–, amparada por la libertad de expresión, pero también por la libertad de cátedra (arts. 20.1, a) y c) CE); por otro lado, la transmisión de información veraz y de relevancia pública (art. 20.1, d) CE). Igualmente, existen otros discursos protegidos; eminentemente, los de carácter artístico (art. 20.1, b) CE).

⁴ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva 2000/31» o «DCE»).

⁵ De hecho, la jurisprudencia viene admitiendo la aplicación de la llamada “exención del buen samaritano”, de manera que el hecho de establecer sistemas de detección de contenidos ilícitos no implica la pérdida del carácter neutral, automático y pasivo que se exige a estos prestadores para beneficiarse de la exención de responsabilidad (*vid.* la STJUE de 22 de junio de 2021, en los asuntos C-682/18 y C-683/18, *YouTube - Cyando*). Dicha exención se consagra en el reglamento de servicios digitales, al que se hace referencia más adelante.

⁶ Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el art. 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950) («CEDH»); el art. 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976); o el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007).

La libertad de expresión constituye un presupuesto para la autodeterminación del individuo, pues sin ella no es posible el libre desarrollo de la personalidad, ni individual ni socialmente (art. 10.1 CE)⁷. Igualmente, constituye un presupuesto para el funcionamiento de la democracia y el pluralismo político (art. 1.1 CE), puesto que permite la libre formación de la opinión pública⁸.

El ejercicio de este derecho fundamental se protege independientemente del medio en el que se produzca, en particular en el caso de internet o las redes sociales⁹. Sobre este último punto, el Tribunal Constitucional («TC») ha señalado que la emergencia de internet impacta claramente en el ejercicio de la libertad de expresión¹⁰, partiendo del uso generalizado de las nuevas tecnologías, y en particular las redes sociales¹¹; la difusión de contenidos sin límites temporales ni espaciales; su naturaleza expansiva (la llamada «viralización»); y el carácter interactivo de las redes.

Como cualquier otro derecho fundamental, la libertad de expresión no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a límites que cincelan tanto el bien jurídico protegido, como las posibilidades de ejercicio¹²; los cuales bien cuentan con reconocimiento expreso en la propia Constitución (cfr. art. 20.4 CE), bien en otros textos normativos –LO 1/1982¹³, Código Penal¹⁴– que modulan el contenido del discurso protegido por la libertad de expresión, prohibiendo expresamente diversas conductas, como las intromisiones legítimas en el honor (art. 7.º LO 1/1982), el llamado «discurso del odio» (art. 510 CP) o el enaltecimiento de ciertos delitos (cfr. art. 578 CP).

4.2. La reciente Carta de Derechos Digitales

En relación con las consideraciones anteriores, resulta de interés la recientemente adoptada «Carta de derechos digitales», presentada por el Gobierno en julio de 2021 («CDD»), en cumplimiento de uno de los ejes estratégicos –(medida 45) «*garantizar los derechos de la ciudadanía en el nuevo entorno digital*»–

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional («STC») n.e 65/2015, de 13 de abril, [ECLI:ES:TC:2015:65], F.J. 3.2.

⁸ SSTC n.º 107/1988, de 8 de junio, [ECLI:ES:TC:1988:107], F.J. 2.º; y n.º 216/2013, de 19 de diciembre, [ECLI:ES:TC:2013:216], F.J. 5.º.

⁹ Vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («STEDH») de 18 de diciembre de 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquía*, ap. 48; de 10 de marzo de 2009, *Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido*, ap. 27; y de 16 de junio de 2015, *Delfi AS c. Estonia*. Igualmente, STC n.º 8/2022, de 27 de enero, [ECLI:ES:TC:2022:8].

¹⁰ STC n.º 93/2021, de 10 de mayo [ECLI:ES:TC:2021:93], F.J. 2.2.

¹¹ Aproximadamente un 70% de la población. INE, *Población que usa internet. Tipo de actividades realizadas por internet*, 2 de diciembre de 2021.

¹² Vid. STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside et al. c. Reino Unido*, ap. 49. Igualmente, STC n.º 23/2010, de 27 de abril, [ECLI:ES:TC:2010:23], F.J. 3.2.

¹³ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen («LO 1/1982»),

¹⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («CP»)

del Plan España Digital 2025. Aunque la CDD no tiene carácter normativo, puede ser un instrumento valioso a la hora de interpretar el ámbito de protección de un derecho fundamental en el entorno digital, particularmente en relación con la moderación de contenidos.

La CDD reconoce expresamente la aplicación de los derechos fundamentales en el entorno digital (art. I), y en particular, de la libertad de expresión (art. XIV). El respeto de dichos derechos debe tenerse en cuenta por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información desde el momento en el que diseñen sus sistemas. Igualmente, se abunda en el principio de responsabilidad personal por la vulneración de bienes jurídicos o derechos de terceros en ejercicio del derecho a la libertad de expresión –todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, en aplicación de su régimen particular–.

Por otro lado, la CDD reconoce la posibilidad de establecer mecanismos de moderación de contenidos, remitiéndose específicamente (art. XIV) a un potencial conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: en concreto, el choque entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de empresa. Así, la CDD faculta a los prestadores de servicios de intermediación para establecer restricciones en el uso de sus servicios, con referencia particular a las «*políticas y herramientas de moderación de contenidos*», así como a «*protocolos adecuados que garanticen a los usuarios su derecho a recibir información veraz*» (art. XV).

Finalmente, la CDD consagra en varias de sus disposiciones el principio de transparencia, de manera que los prestadores deben informar adecuadamente a los usuarios de los sistemas de moderación de contenidos o verificación de los mismos. En concreto, a la hora de configurar la libertad de empresa en el entorno en línea (art. XX), se establece con claridad que el respeto por los derechos digitales de las personas debe presidir la aplicación de dichos sistemas.

4.3. Eficacia de la libertad de expresión

A la luz de lo anterior, cabe plantearse la cuestión de los sujetos compelidos por el mandato del art. 20.1, a) CE: ¿a qué sujetos vincula el derecho fundamental a la libertad de expresión? ¿es un derecho únicamente oponible frente a los poderes públicos? ¿o también podrá ser oponible frente a terceros privados que intenten restringir el contenido de un discurso público?

La cuestión remite indefectiblemente a la controversia doctrinal sobre el efecto directo de los derechos fundamentales frente a terceros –*unmittelbare Drittwirkung* o «efecto horizontal»–. A la hora de analizar el conflicto, la doctrina suele partir de los mandatos constitucionales recogidos en los arts. 9.1 y 53.1 CE. Mientras que el primer artículo establece la *sujeción* de poderes públicos y ciudadanos a la Constitución –lo cual incluiría los derechos fundamentales–, la segunda disposición indica que únicamente los poderes públicos se encuentran *vinculados* por los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución.

En la doctrina se encuentra una amplia diversidad de opiniones. Algunos autores (ALFARO ÁGUILA-REAL) optan por matizar la llamada «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales, indicando que la Constitución no reconoce expresamente la oponibilidad de los mismos *inter privatos*, así como que afirmar dicha eficacia directa podría conculcar la autonomía de la voluntad, en tanto que manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE).

Por su parte, otros autores (BELADÍEZ ROJO) sostienen que determinados derechos fundamentales como el honor (art. 18 CE) o la libertad de expresión, sí tendrían un claro efecto «horizontal», siendo plenamente eficaces en las relaciones entre particulares. Dicha conclusión vendría avalada por la opinión del TC en numerosas sentencias (por todas, *vid.* STC n.º 101/1983, de 18 de diciembre, [ECLI:ES:TC:1983:101], FJ. 3.º)¹⁵.

En efecto, el TC viene considerando (*vid.* STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ. 4.º) que la libertad de expresión vincula preferentemente a los poderes públicos –de ahí la referencia expresa del art. 20.2 CE a la censura previa–, aunque también existe una vinculación respecto de los particulares, si bien en esos supuestos el ejercicio del derecho estará sometido a límites específicos. La citada sentencia hace referencia a algunos en el caso concreto que es objeto de enjuiciamiento, tales como la relevancia pública de las opiniones vertidas; la finalidad de las mismas; y la naturaleza de las manifestaciones –en particular, en cuanto a su carácter ofensivo–¹⁶.

Para los defensores de la eficacia horizontal de los derechos, la Constitución no se limita a reconocer éstos, sino que igualmente impone una suerte de deber de respetar el contenido mínimo de los derechos fundamentales ejercitados por otros terceros (BELADÍEZ ROJO, DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO). En caso de conflicto entre los derechos de igual rango de los particulares, se impone la ponderación entre los mismos, tomando en consideración la autonomía de la voluntad del titular de cualquiera de los derechos, la cual le facultaría para la renuncia –en los términos que se verán a continuación– al ejercicio de éstos.

Sobre este aspecto, resulta interesante la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») *Appleby et al. c. Reino Unido*, de 24 de junio de 2004¹⁷, la cual examina el conflicto entre el derecho a la propiedad privada y la libertad de expresión a resultas de las restricciones impuestas por el propietario de un espacio privado abierto al público –unas galerías comerciales– con el derecho a la libertad de expresión y el derecho de manifestación de unos ciudadanos que querían llevar a cabo acciones de protesta en dicho espacio. A juicio del tribunal, la responsabilidad del Estado a la hora

¹⁵ Igualmente, como ejemplo de una normativa que expresamente reconoce el efecto horizontal del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación, se puede hacer referencia a la recientemente aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación.

¹⁶ En idéntico sentido, *vid.* STC n.º 93/2021, antes citada, FJ. 4.º.

¹⁷ STEDH de 6 de mayo de 2003, *Appleby et al. c. Reino Unido*.

de salvaguardar el derecho a la libertad de expresión no puede extenderse a dichos espacios privados abiertos al público, por lo que el hecho de que sus propietarios, en legítimo ejercicio de su «derecho de admisión», como manifestación del derecho a la propiedad, puedan modular los espacios en los que cabría manifestarse, no supone un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental a comunicar libremente ideas y pensamientos.

Las conclusiones del TEDH podrían extenderse a otros ámbitos, por ejemplo las plataformas digitales, de manera que estaría justificado que determinados tipos de discursos se encuentren limitados en ciertos espacios en línea, tales como las redes sociales, en aplicación de sus términos y condiciones de uso. Sin perjuicio de ello, multitud de textos internacionales¹⁸ hacen hincapié en que el respeto a los derechos fundamentales debe guiar la actuación de las empresas —«[L]os prestadores deservicios de redes sociales deben respetar los derechos humanos y el imperio de la ley»¹⁹—, implantando procedimientos de control de los contenidos disponibles cuando resulte necesario, efectivo y proporcionado.

4.4. La problemática de los boicots

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado algunos conflictos en los que la libertad de expresión se ha utilizado por una persona o grupos de personas para promover la «cancelación» o el «boicot», en sus sentencias de 16 de julio de 2009 (*Willem c. Francia*) y de 11 de junio de 2020 (*Baldassiet al. c. Francia*). En ambos casos, son objeto de enjuiciamiento supuestos en los que los tribunales franceses habían condenado penalmente a varias personas por promover el boicot de los productos israelíes, en respuesta a la política de dicho Estado en relación con los territorios palestinos.

El TEDH ofrece una respuesta divergente a cada caso. En relación con la primera de sus sentencias (2009), se concluye que el llamamiento al boicot no constituía un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, por lo que la condena impuesta al recurrente resultaba ajustada al CEDH. Atendiendo a los hechos del caso, se desprende que el llamamiento al boicot lo hace un cargo público, el alcalde de Seclin (Nord-Pas de Calais), tanto en un pleno municipal como en la página web del ayuntamiento. El TEDH resalta que el ejercicio de la libertad de expresión por un representante público debe ser protegido y comprende ciertas dosis de «exageración», «provocación» o «falta de moderación»

¹⁸ Vid. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, ONU, 2011, los cuales imponen expresamente el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas, exigiendo un compromiso expreso por su parte, la puesta en marcha de procedimientos de diligencia debida para analizar riesgos existentes o potenciales y la implantación de herramientas de remediación.

¹⁹ Vid. las recomendaciones del Consejo de Europa CM/Rec (2012)4, *protection of human rights with regard to social networking sites* [protección de los derechos humanos en relación con las redes sociales]; CM/Rec(2018)2, *roles and responsibilities of internet intermediaries* [competencias y responsabilidades de los intermediaries de internet]; y CM/Rec(2020)1, *human rights impacts of algorithmic systems* [impacto de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos]. En el mismo sentido, cfr. DOUWE, K, *The rule of law on the internet and in the wider digital world*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2014.

(ap. 33). Sin embargo, al llevar a cabo el llamamiento al boicot, se está incitando a la discriminación por el origen nacional de un determinado producto, lo cual no resultaría aceptable proviniendo de una persona que ostenta un cargo público y debe operar con una cierta neutralidad, sin promover conductas que vulneren el derecho a la igualdad. En resumidas cuentas, por razón del cargo de su promotor, esta «cancelación» resultaría absolutamente ilegítima.

La conclusión alcanzada difiere notablemente cuando el llamamiento al boicot proviene de miembros de la sociedad civil. En su sentencia de 2020, el TEDH enjuicia unos hechos análogos, con la notable diferencia de que, en ese caso, el boicot era promovido por el colectivo «Palestina 68», un conjunto de ciudadanos franceses que instaban una campaña internacional de boicot, desinversión y sanciones contra Israel, la cual se concretó en actividades de protesta en determinados supermercados de la ciudad de Mulhouse. Para el tribunal, la promoción de este tipo de campañas por parte de los ciudadanos no puede merecer un reproche penal, puesto que *«por su naturaleza, el discurso político es una fuente de polémicas y es a veces virulento. Ello no implica que carezca de interés público, a menos que degenera en un llamamiento a la violencia, al odio o a la intolerancia. Ahí se encuentra el límite que no se debe rebasar»*. En consecuencia, puede concluirse que ciertos llamamientos a la «cancelación» son legítimos, siempre que no se sobrepasen los límites al discurso protegido.

Algunos autores nacionales (SANTANA VEGA) han analizado este tipo de boicots desde la perspectiva del Derecho penal, centrándose en particular en los llamamientos promovidos en España por determinadas entidades locales, para concluir con claridad que no encajarían debidamente en los elementos del tipo del delito de odio (art. 510 CP), en particular atendiendo al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, así como a la prevalencia del derecho fundamental a la libertad de expresión. Sin embargo, se deja apuntado que este tipo de conductas podrían ser sancionables por otras normativas como el Derecho de la Competencia o la LO 1/1982, a las que podría incluso añadirse la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 9, prácticas de denigración), en caso de que el llamamiento a la cancelación «desbordase» ciertos límites y entrase en motivaciones abiertamente discriminatorias, menoscabando efectivamente el crédito de un determinado agente en el mercado.

4.5. Modulación del ejercicio de la libertad de expresión mediante contrato

Sentado lo anterior, cabe preguntarse si podría ser admisible que un sujeto titular del derecho fundamental a la libertad de expresión aceptase modular el ejercicio del mismo en virtud de un contrato. *A priori*, los derechos fundamentales tienen carácter irrenunciable, si bien el Tribunal Constitucional viene admitiendo una renuncia en casos concretos, siempre revocable y de carácter limitado, la cual tendría su límite en última instancia en el art. 2 CC, en tanto que los derechos fundamentales son elementos determinantes del orden público constitucional (DÍEZ-PICAZO).

Así, el TC ha examinado supuestos concretos de renuncia al ejercicio de determinados derechos fundamentales, concluyendo que cabría la renuncia específica en ciertas situaciones, si bien sujeta a los siguientes requisitos: (a) toda renuncia de derechos debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca (cfr. SSTC n.º 51/2003, de 17 de marzo; y n.º 65/2009, de 9 de marzo); y (b) debe fundamentarse en el beneficio que tal renuncia reporta al titular de la acción (SSTC n.º 1/2018, de 11 de enero; n.º 46/2020, de 15 de junio; y n.º 17/2021, de 15 de febrero). Estas sentencias, sin embargo, se refieren fundamentalmente a los derechos de huelga y al derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el arbitraje.

En materia de libertad de expresión, el TC ha examinado la fricción entre dicho derecho y la libertad de asociación, en la medida en que determinados grupos sociales organizados, tales como los partidos políticos, exigen alguna forma de disciplina interna. La STC n.º 226/2016, de 22 de diciembre, examinaba precisamente dicho conflicto, partiendo de que toda asociación puede determinar los derechos y deberes de los afiliados que tenga por conveniente, siempre y cuando se observe el contenido esencial de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución²⁰. No obstante, admitiendo que se podría limitar la libre transmisión de determinadas ideas en virtud de la potestad estatutaria del partido, el tribunal señala que dichas limitaciones deben ser examinadas caso por caso, desde la óptica de los requisitos para la válida renuncia al ejercicio concreto de un derecho fundamental, puesto que podrían tener un *«efecto restrictivo del libre ejercicio de otros derechos fundamentales (...) particularmente de la libertad de expresión»*.

5. OSTRACISMO POR CONTRATO O MODERACIÓN DE CONTENIDOS

¿Qué debe entenderse por moderación de contenidos? El Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022 (**“Reglamento de Servicios Digitales”**, **“RSD”** o **“DSA”**, por sus siglas en inglés), consagra de definición normativa de esta práctica en su artículo 3, t) como: *«[L]os actividades, estén o no automatizadas, realizadas por los prestadores de servicios intermediarios, que estén destinadas, en particular, a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado, por ejemplo la adopción de medidas que afecten a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad de dicho contenido ilícito o de dicha información, como la relegación, la desmonetización de la información, el bloqueo de esta o su supresión, o que afecten a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información, como la supresión o suspensión de la cuenta de un destinatario del servicio»*.

Dicha definición se inspira claramente en la Guía del Consejo de Europa en la materia, la cual establece que una práctica moderatoria de la libertad de expre-

²⁰ *Vid.* STC n.º 56/1995, de 6 de marzo, [ECLI:ES:TC:1995:56], F.J. 5.º: *«[N]ada se opone, pues, al reconocimiento de un derecho a la libertad de expresión de los afiliados en el seno del partido político del que forman parte con los límites que pueden derivarse de las características de este tipo de asociaciones»*.

sión en internet, independientemente de que venga establecida por un contrato con una red social, debe estar suficientemente justificada, en tanto que potencial restricción de un derecho fundamental; deberá perseguir una finalidad legítima –por ejemplo, la protección de otros derechos de igual rango o bien el bloqueo de contenido ilícito–; y resultar necesaria y proporcionada en sentido estricto.

La guía del Consejo de Europa apunta las principales características que un sistema de moderación de contenidos deberá cumplir. El criterio principal consiste en la transparencia, de forma que cualquier usuario pueda ser consciente de la tipología de contenidos que es aceptable compartir en la plataforma digital, así como de las posibles consecuencias de publicar los mismos o los mecanismos disponibles para formular una reclamación ante cualquier tipo de bloqueo. La transparencia también se exige a las plataformas frente al mercado, de manera que informen públicamente acerca del funcionamiento de sus sistemas de moderación de contenidos, puesto que se asume que sólo desde el escrutinio público se podrán mejorar las prácticas moderatorias.

El Consejo de Europa exige igualmente a estas plataformas que aseguren por defecto el respeto de los derechos humanos, lo cual sería equivalente a identificar proactivamente qué derechos podrían verse vulnerados, intentando minimizar cualquier tipo de restricción –por ejemplo, de la libertad de expresión–, pero asegurándose que, de ocurrir, el bloqueo de contenidos sea estrictamente necesario y se justifique adecuadamente.

Por otro lado, se destaca el papel del Estado, quien si bien no vendría obligado a intervenir legislativamente en la actividad de estas plataformas, como se afirmaba con anterioridad (cfr. STEDH *Appleby et al. c. Reino Unido*), sí cuenta con algún tipo de responsabilidad. En concreto, debe asegurar que los términos y condiciones de las plataformas resulten claros y equilibrados; concretar al máximo qué debe entenderse por contenido ilícito; habilitar mecanismos de supervisión independientes; o bien evitar que los mecanismos de reclamación sean utilizados para el bloqueo sistemático de contenido legítimo mediante acciones abusivas.

6. PRINCIPAL LEGISLACIÓN APLICABLE A LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS

6.1. Normativa audiovisual

El art. 28 *ter* DSCA²¹ impone a las plataformas de intercambio de vídeos la obligación, sin perjuicio de la exención de responsabilidad de la Directiva del Comercio Electrónico, de tomar medidas adecuadas para proteger al públi-

²¹ Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010, Directiva de servicios de comunicación audiovisual; reformada por la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (conjuntamente, «DSCA»).

co general de determinados contenidos claramente delictivos –por ejemplo la pornografía infantil–; pero también de otro tipo de contenidos, incluyendo los cargados por los usuarios, que pueda considerarse que incita a la violencia o el odio hacia un grupo de personas o un miembro de dicho grupo. La transposición española de esta disposición (cfr. arts. 4.2 y 88, a) de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual, Ley 13/2022, de 7 de julio («**LGCA**»)), amplía el catálogo de comportamientos restringidos para los prestadores establecidos en España, incluyendo de forma amplia la discriminación por cualquier motivo²².

La adopción de dichas medidas por parte de estos prestadores se sujeta a la naturaleza de los contenidos y, en lo que aquí interesa, a «[L]os derechos e intereses legítimos en juego, incluidos los de los prestadores de plataforma de intercambio de vídeos [por ejemplo, su libertad de empresa] y los usuarios que hayan creado o subido el contenido [por ejemplo, su libertad de expresión]». Sin imponer medidas de filtrado *ex ante* ni monitorización de contenidos –proscritas por el art. 15 DCE–, la DSCA establece algunos mínimos que dichos servicios deben cumplir.

Es particularmente relevante indicar que la propia directiva impone a este tipo de plataformas la necesidad de establecer en sus términos y condiciones las restricciones de contenidos que inciten al odio o a la violencia, por lo que la aplicación de los mismos para «cancelar» determinados tipos de contenidos contaría, *a priori*, con un aval de rango legal. Por otro lado, la transposición española (cfr. art. 89.1, i) LGCA) establece la posibilidad de que un mecanismo alternativo de resolución de litigios de consumo resuelva cualquier reclamación presentada por los usuarios.

En otro orden de cosas, los canales gestionados por determinadas personas o entidades, encargados de difundir contenidos de gran relevancia pública y muchas veces fuente de graves controversias, tampoco serían ajenos al régimen establecido por la nueva LGCA, particularmente en caso de ser considerados «usuarios de especial relevancia». Este aspecto, pendiente de desarrollo reglamentario en virtud de la Disp. Final Novena de la LGCA, puede dar lugar a multitud de casos problemáticos en las redes sociales, particularmente cuando se divulguen contenidos especialmente polémicos.

Es destacable que los partidos políticos, en el ejercicio de las funciones que les son propias, quedan eximidos de dar cumplimiento a estas obligaciones (cfr. art. 94.3, c) LGCA), si bien ello no implica que la plataforma a través de la cual compartan sus contenidos no esté vinculada por la anterior obligación.

6.2. Normativa en materia de derechos de propiedad intelectual

La nueva normativa aplicable a las plataformas para compartir contenidos en línea por la comunicación al público de contenidos cargados por sus usuarios

²² «[L]a discriminación contra un grupo o miembros de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento».

en internet, establecida en virtud de la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019 («DMUD») –transpuesta en España mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (Libro IV) («RDL 24/2021») y actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados como proyecto de ley– establece algunas medidas para impedir la indisponibilidad de contenidos no autorizados por los titulares de derechos, las cuales se justifican por el necesario respeto a un tipo especial de propiedad –la propiedad intelectual– en entornos en línea.

Los apartados 7 y 8 del art. 17 DMUD (art. 73. 8 y 10 RDL 24/2021) contienen algunas salvaguardas de los derechos de los usuarios, las cuales han sido objeto de interpretación por el TJUE en su reciente sentencia de 26 de abril de 2022 (asunto C-401/19, *República de Polonia c. Comisión Europea*, [ECLI:EU:C:2022:297]), el cual las califica de auténticas «obligaciones de resultado» (cfr. ap. 78). Dichas salvaguardas establecen, por un lado, el respeto a los límites de los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la cita, la parodia o el pastiche), los cuales deben incluirse expresamente en las condiciones de la plataforma en cuestión; y, por otra parte, la necesidad de establecer un mecanismo de reclamación y recurso para los usuarios en caso de conflicto con los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Para el TJUE, las obligaciones impuestas a los prestadores en materia de contenidos cargados por los usuarios que puedan ser ilícitos, establecidas como «obligaciones de medios» en el art. 17.4 DMUD, suponen una restricción al derecho a la libertad de expresión, que se encuentra justificada por la tutela de los derechos de propiedad intelectual, resulta necesaria y es además proporcionada, pero que debe respetar en todo caso el derecho a comunicar libremente ideas y opiniones del que disfrutaban los usuarios que cargan contenidos legítimos en las plataformas.

6.3. El nuevo Reglamento de Servicios Digitales

El Reglamento de Servicios Digitales, norma llamada a modificar el panorama legislativo de internet en la Unión Europea, contiene multitud de referencias a la moderación de contenidos. *A priori*, la norma parte del respeto por la libertad contractual de los prestadores de servicios de intermediación, quienes libremente podrán fijar sus condiciones generales (C. 45 DSA).

Sin embargo, dichos prestadores deberán ser transparentes respecto de los motivos de retirada de contenidos, sus políticas, procedimientos, medidas y herramientas en la materia, así como sobre la existencia de decisiones algorítmicas –nótese que la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial²³ llama la atención acerca del riesgo de esta tecnología para el ejercicio de la

²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM/2021/206 final, de 21 de abril de 2021.

libertad de expresión *online*– y la revisión humana. Igualmente, estos prestadores deberán emitir un informe anual con un resumen sobre sus prácticas de moderación de contenidos (cfr. C. 49, art. 15 DSA).

A fin de controlar el cumplimiento de las anteriores obligaciones de transparencia, la DSA atribuye a la Comisión Europea una serie de competencias en la materia, tales como: (a) la operativa de una base de datos que contenga las decisiones en materia de moderación de contenidos adoptadas por los intermediarios, así como las declaraciones de motivos de éstas, la cual deberá ser nutrida con la información proporcionada por los propios intermediarios (C. 66 DSA); o (b) la posibilidad de emitir requerimientos de información (C. 96 DSA), así como la modificación imperativa de las prácticas de moderación de contenidos en situaciones de crisis (C. 91 DSA).

Del mismo modo, la DSA consagra la figura, de clara inspiración alemana, del «*trusted flagger*», la cual supone atribuir a organizaciones o asociaciones especializadas la posibilidad de actuar en representación de los usuarios para reportar determinado contenido ilícito, imponiéndose que sus reclamaciones deberán ser atendidas sin dilaciones indebidas.

7. CONCLUSIONES

1. La digitalización del ágora pública que supone la aparición de las plataformas digitales no implica una merma en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos en internet. Dichos derechos se protegen con la misma intensidad en los entornos *online* y *offline*. Los nuevos servicios digitales, tales como las redes sociales, contribuyen a enriquecer el debate público, facilitando el libre intercambio de ideas y opiniones, pero además tienen el deber de respetar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de sus usuarios (*vid.* C. 3 DSA).

2. El legítimo ejercicio de la libertad de expresión ampara la transmisión de pensamientos críticos, por lo que, *o priori*, nada impide que diferentes sujetos privados «cancelen» a una determinada persona por estar radicalmente en contra de sus ideas o conductas. Siempre y cuando no se traspasen los límites del ejercicio legítimo de la libertad de expresión –fundamentalmente, no se incurra en una intromisión ilegítima ni en una conducta tipificada penalmente–, este tipo de cancelaciones *inter privados* no merecerían un reproche jurídico.

3. Puede ser aceptable que, mediante la suscripción de un contrato con una determinada plataforma digital, un sujeto decida «modular» el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, comprometiéndose a no publicar un determinado contenido que contravenga las políticas establecidas al efecto por la red social, y asumiendo expresamente las consecuencias que conllevaría el incumplimiento de las mismas –retirada de sus publicaciones o bloqueo temporal o permanente de su cuenta de usuario–. Una renuncia específica y expresa al ejercicio concreto de un derecho fundamental como la libertad de expresión puede resultar conforme con la normativa constitucional.

4. Sin embargo, cualquier restricción en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ajustarse al mandato de la Constitución. En otras palabras, cualquier «cancelación» de contenidos impuesta por una plataforma digital –es decir, cualquier «moderación de contenidos»–, debe encontrarse justificada por una finalidad legítima; ser necesaria y resultar proporcionada. El análisis de las políticas aplicables por las principales redes sociales revela que, en la mayoría de los casos, las potenciales restricciones al libre discurso de los usuarios se encuentran absolutamente justificadas, puesto que se alinean con los que se podrían denominar «discursos ilícitos»: por ejemplo, el discurso del odio, el enaltecimiento de conductas delictivas, o la intromisión en los derechos fundamentales de otros usuarios.

5. Aunque la intervención del Estado en estas relaciones privadas en principio no se venía considerando necesaria, puesto que las relaciones entre usuarios y redes sociales estarían presididas por el principio de la autonomía de la voluntad; en los últimos años el legislador europeo ha considerado conveniente fomentar las condiciones en las que los ciudadanos pueden ejercitar sus derechos, y en particular su libertad de expresión, frente a toda forma de censura injustificada²⁴. El Sr. Breton, Comisario europeo de mercado interior y servicios, ha sido explícito al indicar recientemente, en respuesta a unas declaraciones de Elon Musk sobre la «liberación» de Twitter, que «*En Europa, el pájaro volará de acuerdo con las reglas europeas, #DSA*» [Traducción propia del inglés original].

6. La actividad legislativa antes indicada pasa fundamentalmente por fomentar la aplicación de dos principios: (a) la *transparencia*, de manera que cualquier retirada de contenidos protegidos por la libertad de expresión resulte previsible y justificada adecuadamente; y (b) la posibilidad de acudir a un *mecanismo de reclamación* frente a retiradas de contenidos que se entiendan injustificadas, a fin de evitar, entre otros problemas, las denuncias abusivas de contenidos legítimos. Dichos principios inspiran las normativas más recientes en materia de derechos de propiedad intelectual (DMUD), responsabilidad en internet (DSA) y comunicación audiovisual (DSCA).

7. En última instancia, convivir en una sociedad abierta conlleva necesariamente que conflictos como la «cancelación» surjan en cada momento. Sin embargo, se debe recordar que la libertad de expresión es un derecho reconocido, entre otras razones, por su carácter instrumental, en la medida en que contribuye a un debate público plural. Negar a un individuo la posibilidad de expresarse libremente, aunque sus ideas puedan resultar provocadoras o inquietantes, supone privar a la comunidad de la posibilidad de reflexionar sobre las mismas, criticarlas o razonar libremente. Porque la base de la democracia es el debate. Deseablemente respetuoso, pero basado en la confrontación de ideas.

8. No obstante, una defensa radical de la libertad de expresión tampoco parece adecuada para la convivencia social. Se debe optar por un punto de tibieza,

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 14 de septiembre de 2010, *Dinç. Turquía*, ap. 137.

puesto que en determinadas ocasiones moderar el discurso es necesario y proporcionado. Cuando se niegan de raíz determinados valores constitucionales equivalentes a la libertad de expresión, no todas las opiniones pueden resultar legítimas. En esos casos se impone la moderación, no solo entendida como medida a la hora de expresarse, sino también como obligación de determinadas plataformas digitales de no admitir cualquier tipo de discurso a toda costa.

8. BREVE BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, Anuario de Derecho civil, vol. 46, n.º 1, Ministerio de Justicia, 1993.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *El intelectual universitario censurado en España*, Inciso, 23(1), Universidad Gran Colombia, 2021.
- ARTICLE 19, *Side-stepping rights: regulating speech by contract*, Marstons, 2018.
- BATURA, O., *et ai*, *The fight against disinformation and the right to freedom of expression*, Estudio para el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, Unión Europea, 2021.
- BONCHEVA, K., *et al.*, *Balancing Act: Countering Digital Disinformation While Respecting Freedom of Expression*, UTI, 2020.
- BELADIEZ ROJO, M., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de Derecho privado o de Derecho público*, AFDUAM n.º 21, Universidad Autónoma de Madrid, 2017.
- Consejo de Europa, *Content moderation: best practices towards effective legal and procedural frameworks for self-regulatory and co-regulatory mechanisms of content moderation*, Guidance note adopted by the Steering Committee for Media and Information Society, 2 021.
- CORRECHER MIRA, J., *Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión*, TEORDER 2020, n.º 8, Tirant Lo Blanch, 2020.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales*, Persona y Derecho, 45, Universidad de Navarra, 2001.
- LA RUE, F., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Organización de las Naciones Unidas, 2011.
- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, 1981.
- SANTANA VEGA, D. M., *El llamamiento al boicot de productos en España: ¿libertad de expresión política o conducta delictiva? Un análisis desde el Derecho público español. (O «Dime quién eres y te diré lo que te espera»)*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24-20, Universidad de Granada, 2022.

Todos para uno y uno para todos: ¿Debería prohibirse la multipropiedad de equipos en las competencias de esports?

Juan Alberto Pulido Lock

Máster en TMT por Queen Mary University of London

1. INTRODUCCIÓN

Los deportes electrónicos (popularmente conocidos como *esports*) han tenido un notorio auge en la industria del entretenimiento en los últimos años. Las principales competencias de esports ofrecen cuantiosos premios y captan audiencias que poco o nada tienen que envidiar a los deportes tradicionales.

Con el desarrollo de este mercado, el valor de las organizaciones profesionales de esports (en adelante, denominadas «equipos de esports») ha visto un incremento súbito en los últimos años.¹ A modo de ejemplo, en mayo de 2022, Forbes clasificó a ‘TSM’ como el equipo de esports más valioso del mundo (con un valor estimado de US\$ 540 millones), mientras que ‘100 Thieves’ ocupó el segundo lugar (US\$ 460 millones) teniendo una sólida tasa de apreciación de 142% desde el año 2020².

Curiosamente, las organizaciones de esports son valorizadas por los inversionistas de una forma muy similar a las empresas de la industria tecnológica (aproximadamente de 10 a más veces el valor de sus ingresos), en contraste con los equipos deportivos tradicionales (los cuales se valorizan a sólo 5 veces sus ingresos).³ Este factor ha convertido a los equipos de esports en un objetivo muy atractivo para los inversionistas. Asimismo, la estructura de propiedad de las organizaciones de esports se ha vuelto cada vez más sofisticada con el paso del tiempo. Si bien en un inicio era común que los equipos fuesen administrados por los mismos jugadores, la mayoría de estas organizaciones ahora son patrocinadas, o se encuentran bajo el control de grupos de inversión profesionales o empresas renombradas.⁴

¹ BRETT KNIGHT, ‘The most valuable Esports companies 2022’ (Forbes, 6 de Mayo de 2022) <https://www.forbes.com/sites/brettknight/2022/05/06/the-most-valuable-esports-companies-2022/> Revisado el 10 de octubre de 2022.

² Ibid.

³ Joh Chapman, ‘Esport Teams: valued as Tech Companies’ (9 de febrero de 2019) <https://medium.com/hackernoon/esports-teams-valued-as-tech-companies-a2df287e02ee> Revisado el 12 de octubre de 2022.

⁴ JOHN T. HOLDEN, MARC EDELMAN y THOMAS A BAKER III, ‘Short Treatise on Esports and the law: How America regulates its next national pastime’ (2020) 2020 No. 2 U. III. L. Rev 557.

No obstante, a medida que aumentó el interés de los inversionistas en los esports también incrementaron las preocupaciones en torno a la presencia de equipos que compartían propietarios comunes dentro de un mismo circuito, y el impacto negativo que esto podría tener en la escena competitiva de la disciplina. Por ejemplo, en la edición de 2014 del campeonato de Dota 2 ‘The International’, el ex campeón Alliance se enfrentó a la eliminación contra Evil Geniuses. En ese momento, Good Game Agency era propietaria de ambos equipos. Si Evil Geniuses perdía el juego, tanto Alliance como Evil Geniuses podrían haber asegurado suficientes puntos para avanzar a la siguiente etapa del torneo, aumentando la oportunidad de su propietario de asegurar parte del premio acumulado.⁵

Este escenario planteó dudas sobre el riesgo potencial de que los equipos arreglen el resultado de un partido para beneficiar a su controlador mutuo. Así, en los últimos años, los principales torneos de deportes electrónicos comenzaron a restringir la propiedad múltiple de los equipos para proteger la integridad de sus competencias. Naturalmente, los inversionistas presentaron resistencia a la implementación de estas nuevas reglas, destacando el impacto negativo que esto podría traer para el desarrollo de la industria.

Este ensayo explorará los efectos y la conveniencia de prohibir la propiedad sobre múltiples equipos en las competencias de esports. En el primer apartado se analizará cómo los deportes tradicionales - principalmente el fútbol- han abordado esta cuestión, y la perspectiva desde la libre competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las normas que impiden este fenómeno. La siguiente sección examinará cómo los principales organizadores de deportes electrónicos están abordando este problema actualmente. Finalmente, intentaremos determinar si es conveniente implementar y mantener reglas contra la multipropiedad de equipos en las competiciones de esports, y, de ser así, qué factores se deben considerar para lograr una regulación adecuada.

2. EL NEGOCIO DE LA MULTIPROPIEDAD DE EQUIPOS

En términos simples, la multipropiedad de equipos («MPE») es un modelo de negocio en la industria deportiva en el cual una misma entidad o propietario controla dos o más equipos (clubes u organizaciones deportivas) dentro de una misma disciplina.⁶ La MPE es un fenómeno creciente en la escena deportiva, pero no nuevo. Durante décadas, este esquema de negocios ha prevalecido en el fútbol profesional, mostrando resultados exitosos para sus prime-

⁵ SAM NORDMARK, ‘Valve needs to address the problem of multi-team ownership in Dota 2’ (Dot Esports, 18 August <https://dotesports.com/dota-2/news/valve-dota-2-third-party-conversation-team-ownership-esports-16751> Revisado el 12 de octubre 2022).

⁶ LUCA PASTORE, ‘Third part ownership and multi-club ownership: where football is’ (12 de mayo de RDES XIV 1/2018 37).

ros pioneros, como la familia Pozzo (propietaria de Udinese Calcio y Watford F.C.).⁷ En el año 2021 se estimaba que 156 clubes de fútbol en todo el mundo forman parte de 60 grupos MPE.⁸ Por ejemplo, uno de los conglomerados globales de MPE más renombrados es City Football Group, que comenzó su expansión en 2013 con la adquisición del Manchester City F.C. A la fecha, City Football Group posee una participaciones en más de diez clubes distintos.⁹

Desde una perspectiva comercial, la MPE puede ser un modelo de negocio atractivo por varias razones, siendo uno de los principales motivos el desarrollo de talentos. Las organizaciones deportivas compiten regularmente para obtener acceso a nuevos jugadores, de modo que una integración vertical entre equipos de distintas categorías brinda una solución a este problema. Los propietarios de clubes a menudo adquieren equipos mucho más pequeños para expandir su red y asegurar jóvenes talentos para sus organizaciones, permitiéndoles desarrollarse en competencias de menor envergadura antes de debutar en las grandes ligas. Esta estrategia también permite a los clubes realizar cambios de plantilla entre sus equipos y administrar su cartera de jugadores para optimizar los recursos del grupo y evitar las tarifas de transferencia.¹⁰ Además, las organizaciones integradas verticalmente pueden ofrecer a los jugadores una trayectoria profesional que pueden seguir dentro de los equipos de la misma organización, progresando así en su carrera.¹¹

En segundo lugar, las estructuras MPE también pueden crear sinergias dentro del mismo grupo al sincronizar sus operaciones comerciales. Dos o más equipos que son controlados por una organización centralizada pueden compartir los costos operativos y administrativos tales como el funcionamiento de sus áreas de finanzas, legales o de recursos humanos, logrando una gestión más rentable y eficiente.¹²

Un tercer escenario de multipropiedad de equipos que debemos considerar está vinculado a los fondos de inversión de capital privado, los cuales buscan diversificar sus inversiones en activos deportivos para maximizar los rendimientos para sus inversores. El objetivo de estos grupos es encontrar

⁷ Ibid.

⁸ STEVE MENARY, *'Multi-club ownership in football challenges governance at many levels'* (Play the Game, 27 de octubre de 2021) <https://www.playthegame.org/news/news-articles/2021/0673-multi-club-ownership-in-football-challenges-governance-at-many-levels/> Revisado el 10 de octubre de 2022.

⁹ PAUL MCLNNE, *'Disneyfication of clubs like Manchester City keeps showing benefits'* (The Guardian, 31 de Agosto de 2017) <https://www.theguardian.com/football/2017/aug/31/disneyfication-clubs-manchester-city-red-bull> Revisado el 12 octubre de 2022.

¹⁰ STEVE MENARY, *'Multi-Club Ownership'* (World Soccer, 17 de mayo 2021) <https://www.worldsoccer.com/best-of-ws/special-report-multi-club-ownership-412142> Revisado el 12 de octubre 2022.

¹¹ Football Benchmark, *'Multi-club ownership - is it the future of football?'* (Football Benchmark, 1 de diciembre de 2020) <https://www.footballbenchmark.com/librarv/multi-club-ownership-is-it-the-future-of-football> Revisado el 12 de Octubre de 2022.

¹² Ibid.

equipos infravalorados con potencial de desarrollo, los cuales puedan generar ganancias para sus inversores. En este camino, los grupos de inversión podrían poseer participaciones simultáneas en diferentes equipos de una misma disciplina o incluso dentro de una misma competencia.¹³

Finalmente, la MPE también puede funcionar como una estrategia de marketing para posicionar la imagen pública de una empresa. Por ejemplo, la notoria bebida energética ‘Red Bull’ tiene participación en diferentes organizaciones deportivas, incluidos cuatro clubes de fútbol, dos equipos de Fórmula 1 y dos equipos de hockey, entre otras disciplinas. Todos ellos se distinguen por la particularidad de llevar la marca de Red Bull en sus nombres y en sus estrategias de branding.¹⁴

3. LOS PROBLEMAS DE LA MULTIPROPIEDAD Y LA REGULACIÓN EN EL FÚTBOL

La MPE puede ser una estrategia comercial eficiente para la inversión y la gestión de equipos. Aun así, también despierta preocupaciones en los órganos rectores de las diferentes disciplinas deportivas, en los organizadores de torneos, e incluso en la comunidad de aficionados al deporte, ya que su propagación desmedida podría poner en peligro la integridad y la credibilidad de las competencias.

Muchos comentaristas están de acuerdo en que el problema principal con la proliferación de MPE radica en la pérdida de la autonomía de las instituciones que conforman la escena competitiva de una disciplina. Ello, pues existe la posibilidad de que dos equipos que comparten un mismo vínculo de control no actúen en el mejor interés de su institución, de la competencia o del deporte en sí, sino en el de sus partes controladoras.¹⁵ Como se observó anteriormente, dos equipos vinculados que compiten en un mismo torneo podrían tener incentivos para generar un resultado que beneficie a su controlador común, contraviniendo el espíritu competitivo del deporte.¹⁶

Es de resaltar además que las organizaciones deportivas también podrían usar la MPE para comprar su lugar en una división superior (o incluso en un

¹³ RHYS LENARDUZZI, ‘*Investment in Football as a Means to a Particular End - Part A non-exhaustive Typology*’ (Asser International Sports Blog, 6 de Julio de 2021) <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/investment-in-football-as-a-means-to-a-particular-end-part-1-a-non-exhaustive-typology-bv-rhys-lenarduzzi> Revisado el 10 de octubre de 2022.

¹⁴ SAM FEW y ADAM PAYNE, ‘*The Red Bull sporting dynasty: from football to F1 teams - all you need to*’ (MIRROR, 23 de febrero de 2019) <https://www.mirror.co.uk/sport/football/news/red-bull-sporting-dv-nastv-football-14004865> Revisado el 10 de octubre de 2022.

¹⁵ PASTORE (n 6) 41; RHYS LENARDUZZI, ‘*Investment in Football as a Means to a Particular End Part 2: The Multiple Layers of Multi-Club Ownership Regulation in Football*’ (Asser International Sports Blog, 11 de octubre de 2021) <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/investment-in-football-as-a-means-to-a-particular-end-part-2-the-multiple-layers-of-multi-club-ownership-regulation-in-football-bv-rhys-lenarduzzi> Revisado el 11 de octubre de 2022.

¹⁶ Nordmark (n 5).

torneo) al adquirir participaciones en otro equipo. Por ejemplo, en el año 2007, el propietario del equipo de fútbol de tercera división español 'Granada' adquirió el equipo de segunda división 'Ciudad de Murcia'. Como resultado, el nombre del equipo adquirido cambió a 'Granada 74'. Aunque la transacción no puso en riesgo el resultado de ningún partido, se percibió que 'Granada' había pasado por alto el propósito de la competencia al haber comprado su pase directo a la segunda división.¹⁷

Teniendo en cuenta las dificultades que trae la MPE, no es sorpresa que los organizadores de torneos y los órganos rectores deportivos establezcan reglas para limitar las apuestas que cualquier entidad o individuo puede tener en diferentes equipos dentro de la misma competencia.¹⁸ Particularmente, en el fútbol profesional, la regulación de la MPE fue discutida en dos casos emblemáticos: ENIC y Red Bull.

3.1. El caso ENIC

En mayo de 1998, el Comité Ejecutivo de la UEFA promulgó una nueva regla titulada «Integridad de las Competiciones de Clubes de la UEFA: Independencia de los Clubes» (la «**Regla de Integridad**»). Esta normativa prohibía que cualquier entidad (ya sea una empresa o un individuo) pueda controlar o influir en la gestión, administración, o actuación de más de un equipo que participase en la Copa de la UEFA. Para tal efecto, la norma proveía una lista de escenarios para identificar cuándo una entidad podía poseer control directo o indirecto sobre otra. Además, la UEFA precisó que adoptaría una decisión final acerca de la admisión a la competencia de los clubes que se encontrase bajo el control común de una misma entidad.¹⁹

Debido a que la empresa inglesa ENIC poseía más del 50% de los derechos de voto en S.K. Slavia Praga («S.K.») y AEK Atenas («AEK»), el Comité de la UEFA decidió excluir a AEK de la Copa de la UEFA 1998/1999. La reacción no se hizo esperar y ambos equipos presentaron una solicitud

¹⁷ DANIEL GEEY, VICTORIA ROSS MAJA ROTKVIC, 'Multiple football club ownership: disparities between rules' (Daniel Geey Blog) <<https://www.danielgeey.com/post/multiple-football-club-ownership-disparities-between-rules/>> Revisado el 11 de octubre de 2022.

¹⁸ Los límites de propiedad dependen del órgano rector de cada deporte. Por ejemplo, en el año 2015 el NBA Board of Governors determinó que los equipos deberían tener 25 o menos propietarios individuales, cada uno con al menos un uno por ciento de participación en el equipo. Zach Lowe, 'Say Hello to The New NBA Cap is on ownership' (Grantland, 29 de enero de 2015) <http://grantland.com/the-triangle/sav-hello-to-the-iav-z-rule-the-new-nba-cap-is-on-ownership/> Revisado el 10 de octubre de 2022.

¹⁹ Integridad de las Competiciones de Clubes de la UEFA: Independencia de los Clubes: «A. Principio general. Es de fundamental importancia que se proteja la integridad deportiva de las competiciones de clubes de la UEFA. Para lograr este objetivo, la UEFA se reserva el derecho de intervenir y tomar las medidas apropiadas en cualquier situación en la que resulte que la misma persona física o jurídica está en condiciones de influir en la gestión, administración y/o rendimiento deportivo de más de un equipo que participe en la misma competición de clubes de la UEFA.(...)»

ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo («TAS»), impugnando la Regla de Integridad. Sin embargo, el TAS confirmó la decisión del Comité, precisando que *«cuando los clubes sujetos a un control común participen en la misma competencia, el público percibirá que existe un conflicto de intereses que podría afectar la autenticidad de los resultados»*.²⁰ Pese a ello, el TAS concluyó que la decisión de la UEFA contra el AEK había violado el principio de equidad procesal, ya que se adoptó demasiado tarde y solo debería aplicarse a partir del año siguiente.

En febrero del año 2000 ENIC presentó una demanda ante la Comisión Europea (la «Comisión») para impugnar la decisión del TAS y la compatibilidad de la Regla de Integridad con los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea.^{20 21} En resumen, ENIC alegó en su demanda que la prohibición de la UEFA no era una regla deportiva, y que su implementación distorsionaba la competencia en el mercado de inversión de capitales, pues restringía la diversificación de la cartera de los inversionistas en los clubes europeos. En tal sentido, ENIC argumentó que la UEFA había abusado de su posición dominante al promulgar tal regla para restringir la competencia.

Sin embargo, una vez más, se confirmó la validez de la Regla de Integridad. La Comisión concluyó que, en lugar de perseguir un objetivo anti-competitivo, la finalidad de esta disposición era prevenir conflictos de intereses dentro de la competencia, proteger la incertidumbre del resultado de los eventos deportivos en interés del público, y garantizar la percepción de los consumidores de que los juegos son eventos honestos.²² Más importante aún, la Comisión reconoció que la credibilidad de la competencia deportiva era esencial para mantener su potencial comercial y la confianza de los consumidores.²³

Asimismo, la Comisión sostuvo que, si bien la Regla de Integridad podría suponer una limitación a la libertad de acción de los inversionistas, dicha limitación era inherente a los fundamentos del torneo. Además, la decisión destacó la Regla de la Integridad como una característica esencial que era *«necesaria y proporcional con la necesidad de mantener la confianza del público en la equidad y autenticidad del juego, cuya ausencia tendría el efecto de hacer, a largo plazo, cualquier competencia imposible»*.²⁴ Con ello, la Comisión desestimó la demanda de ENIC y estableció que la Regla de Integridad de la UEFA no era una práctica anticompetitiva y no constituía un abuso de posición dominante si se aplicaba objetivamente.

²⁰ Arbitraje CAS 98/200, AEK Athens y SK Slavia Prague / UEFA, 20 de agosto de 1999, párrafo 48.

²¹ Hoy en día establecidos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²² Decisión de la Comisión Europea caso COMP/37 806: ENIC/ UEFA, párrafo 28.

²³ Ibid, párrafo 32.

²⁴ Ibid, párrafo 38.

3.2. El caso Red Bull

Años después del caso ENIC, la Norma de Integridad de la UEFA de 1998 fue adaptada en el Artículo 5 del Reglamento de la UEFA Champions League («UCL») vigente para el periodo 2015-2018. La nueva regla difería de su predecesora en algunos aspectos, en particular: (i) extendió la prohibición de la MPE a los clubes que participasen tanto en la UCL como en la UEFA Europa League, y (ii) se ampliaron los criterios para evaluar si una parte ejerce control sobre un club, incluyendo a cualquier entidad que sea capaz de ejercer una ‘influencia decisiva’ en la toma de decisiones del equipo.

Este nuevo cambio pretendía abordar los casos en los que una entidad no ejercía control de jure sobre un equipo (como el manejo de la mayoría de los derechos de voto o la capacidad de nombrar órganos de gestión), y que pese a ello pudiese influir en sus decisiones, perjudicando así la credibilidad de la competencia.²⁵

Sin embargo, la nueva Regla de Integridad no definía con precisión cuándo una entidad podía ejercer una influencia decisiva sobre un equipo, dejando abierta la interpretación del alcance de la norma. Así, cuando dos equipos de Red Bull (‘R.B. Salzburg’ y ‘RB Leipzig’) clasificaron en simultáneo para la fase de grupos de la UCL 2017/2018, se desató una investigación por parte del Comité de Control Financiero de Clubes de la UEFA («CFCB»).

El CFCB alegó que Red Bull ejercía influencia en ambos equipos debido a distintos factores. Entre estos, destacaba la presencia de personas supuestamente vinculadas a Red Bull en los órganos de decisión de ambos clubes. Asimismo, el órgano investigador destacó el alto nivel de ingresos que recibían los clubes a través de sus acuerdos de patrocinio con Red Bull (dependencia económica), así como la existencia de un convenio de colaboración entre ambos clubes.

En respuesta a esta investigación, Red Bull modificó su relación con los clubes para abordar estos problemas. Entre otros factores, la compañía precisó que había renunciado al derecho a nombrar directores que tenía en ‘R.B. Salzburg’ en el año 2015 y rescindió un contrato de préstamo existente con dicha compañía. Asimismo, la empresa puso fin a su participación en la asamblea general del club, redujo su patrocinio y rescindió el convenio de colaboración existente entre los clubes.

La Cámara de Adjudicación del CFCB concluyó que Red Bull no tenía una influencia decisiva sobre los clubes y admitió su participación en el torneo. Además, en su decisión destacó que *«el umbral de referencia para establecer que existe una influencia decisiva sobre un equipo es alto, y requiere la capacidad de dirigir la toma de*

²⁵ TOMÁS GRELL, ‘Multi-Club Ownership in European Football - Part II: The Concept of Decisive Influence in the Red Bull Case’ (Asser International Sports Law Blog, 25 de octubre de 2017) <<https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/multi-club-ownership-in-european-football-part-ii-the-concept-of-decisive-influence-in-the-red-bull-case-by-tomas-grell>> Revisado el 12 de octubre de 2022.

*decisiones de ambos clubes por cualquier medio».*²⁶ Cabe destacar que la regulación de control de concentraciones empresariales europea sirvió de soporte para fundamentar la decisión de la Cámara, en tanto se resaltó que la influencia decisiva no se define por ningún nivel de participación sino por la capacidad de una parte para determinar la estrategia comercial de una empresa.²⁷

La experiencia de la UEFA en los casos de ENIC y Red Bull es crucial, ya que despejó dos importantes incertidumbres sobre las reglas deportivas para limitar la MPE. En primer lugar, se confirmó que la promulgación de una Regla de Integridad es esencial para asegurar la integridad y autenticidad de todo juego deportivo, y que esta no constituye una práctica anticompetitiva. En segundo lugar, se sugiere que las reglas de MPE deben considerar la capacidad de cualquier parte para influir

materialmente en los competidores más allá de los esquemas de control tradicionales, asemejándose a las nociones que emplean las regulaciones de control de concentraciones empresariales.

4. LA REGULACIÓN DE LA MPE EN LOS ESPORTS

Las ventajas comerciales que la MPE aporta al fútbol profesional y a los deportes tradicionales (identificadas en la sección 2) están también presentes los esports. Simultáneamente, los problemas que la MPE puede traer a la integridad de las competiciones también se presenta en este moderno entorno competitivo. Es por este motivo que la mayoría de los desarrolladores y organizadores de torneos de esports han optado progresivamente por introducir reglas para limitar la MPE.

Sin embargo, existen disparidades notorias entre las regulaciones establecidas en diferentes títulos de juegos y desarrolladores. Para estudiar este fenómeno, nos centraremos en dos de las empresas líderes de la escena competitiva de esports: Valve Corporation («Valve») y Riot Games («Riot»). Adicionalmente, exploraremos brevemente la perspectiva de la Asociación Mundial de Esports («WESA»).

4.1. Valve Corporation: Dota 2 y CS GO

Valve es una de las organizaciones más importantes en esports, caracterizándose por ofrecer los premios de dinero más altos las competencias de este tipo de disciplinas. La compañía destaca además por haber implementado reglas para limitar la MPE en sus videojuegos Dota 2 y Counter Strike: Global Offensive («CSGO»).

²⁶ UEFA Cámara de Adjudicación del CFCB, Decisión del caso AC-1041/2017, párrafo 41.

²⁷ Artículo 3(2) del Reglamento (CE) No 139/2004 del 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas.

Para el ‘Dota 2 Pro Circuit’ de 2018-19, Valve dispuso que cualquier persona podría ser «propietario» únicamente de un solo equipo de Dota 2 que compitiese en los eventos clasificatorios regionales que conducen al torneo anual ‘The International’.²⁸ La restricción no se aplicó en las ligas menores y mayores (de menor escala que las ligas regionales) a efectos de brindar a los inversionistas la posibilidad de resolver sus problemas de propiedad antes de que los equipos progresasen a las clasificatorias regionales.²⁹

La nueva regla no reportó cambios significativos en los equipos profesionales de Dota 2. El caso más notable en la escena competitiva fue la decisión de O.G. de disolver su equipo de segunda división O.G. Seeds, debido a que la nueva regla de Valve impedía a ambas escuadras participar dentro de los mismos eventos.³⁰ Con posterioridad, Valve flexibilizó la regla en la temporada 2021-22, permitiendo que los equipos vinculados (con propietarios comunes) participen en un mismo campeonato de clasificatoria regionales. Aun así, solo un equipo podría ser elegible para calificar para el evento principal donde se disputaría el premio (es decir, ‘The International’ 2022).³¹

Valve aplicó una prohibición similar en el videojuego CSGO, pero con un enfoque diferente. En lugar de analizar los vínculos de «propiedad» existentes entre los equipos, la regla requiere que las organizaciones divulguen cualquier «relación comercial que pudiese generar un conflicto de intereses y afectar la integridad del juego. El alcance de esta regla es sumamente amplio y difuso, y potencialmente podría cubrir disputas que surjan de relaciones financieras entre organizadores de torneos, equipos y jugadores.³² Desde el año 2020, Valve ha aplicado la regla para solicitar a varias organizaciones que compiten en CSGO que resuelvan sus conflictos de interés.³³

4.2. Riot Games: League of Legends

Riot fue uno de los primeros desarrolladores en abordar el problema de la MPE en su videojuego ‘League of Legends’ («LoL»). El libro de reglas del

²⁸ VICTORIA ROSE, ‘Valve announces massive new changes to Dota Pro Circuit’ (The Flying Courier, 4 de junio de 2018) <https://www.theflyingcourier.com/2018/6/4/17426462/dota-2-pro-competitive-circuit-changes-ownership> Revisado el 12 de octubre de 2022.

²⁹ FERGUSON MITCHELL, ‘Dota Pro Circuit 2018-19 detailed, multi-team ownership addressed’ (The Esports Observer, 5 de junio 2018) <https://archive.esportsobserver.com/dota-pro-circuit-2018-19-detailed> Revisado el 20 de octubre de 2022.

³⁰ CALE MICHAEL, ‘OG disbands due to multi-team ownership conflicts’ (Dot Esports, 8 de junio de 2020) <https://dotesports.com/dota-2/news/og-seed-disbands-due-to-multi-team-ownership-conflicts> Revisado el 20 de octubre de 2022.

³¹ ‘Can teams from the same organization play in the same Regional League?’ <https://www.dota2.com/esports/till/about> Revisado el 20 de octubre de 2022.

³² EVA MARTINELLO, ‘Valve shares ruling on conflicts of interest at CS:GO Majors’ (Dot Esports, 14 de noviembre de 2019) <https://esportsinsider.com/2019/11/valve-cs-go-majors-conflict-of-interest/> Revisado el 12 de octubre de 2022.

³³ CODY LUONGO, ‘Valve reportedly orders resolution of ownership conflicts in (Esports Insider, 9 de junio de 2020) <https://esportsinsider.com/2020/06/valve-counter-strike-conflicts/> Revisado el 12 de octubre de 2022.

Campeonato Norteamericano de LoL («LCS») de 2014 prohibía que cualquier entidad controle más de un equipo en la división más alta de las ligas profesionales de LoL. También disponía que si un propietario (o sus afiliados) tuvieran algún «*interés financiero, beneficio o cualquier influencia*» en otro equipo de la LCS, «*estaría obligado a desinvertir inmediatamente dicho interés en uno de los dos equipos y podría estar sujeto a castigo por parte de la LCS*». ³⁴

Riot aplicó efectivamente la regla en distintos casos. En 2017, después de que los ‘Golden Guardians’ consiguieran un lugar en la LCS, Riot requirió que el gerente del equipo y los accionistas menores resolvieran su conflicto de intereses ya que simultáneamente mantenían participaciones en otros equipos de la LCS. ³⁵

La regla, sin embargo, tenía un gran defecto. No impidió que los equipos de la LCS tuvieran un equipo secundario en la Challenger Series. La Challenger Series es un torneo de división inferior para aficionados que ofrecía al ganador un puesto de promoción para la LCS. Por lo tanto, ciertas organizaciones crearon escuadras secundarias conformadas por jugadores experimentados para competir en la Challenger Series. Así, si el equipo secundario ganase el torneo, la organización podría vender la plaza clasificatoria de la LCS transfiriendo el equipo al mejor postor, distorsionando el propósito de la Challenger Series. ³⁶ Riot cambió las reglas de la LCS en 2017 para evitar que continuara el negocio de la venta de plazas, y prohibió que las organizaciones que competían en la LCS tuvieran equipos hermanos en las divisiones menores de la Challenger Series. ³⁷

Desde 2018, la LCS cambió a un sistema de franquicias, donde los equipos deben postular para obtener un puesto permanente en la liga competitiva de LoL. ³⁸ Este nuevo modelo de negocio le permite a Riot evitar problemas de MPE, pues la compañía puede seleccionar de antemano los equipos que participarán en el torneo y que integran su ecosistema deportivo en cada temporada.

³⁴ TRAVIS GAFFORD, ‘*The story behind the LMQ ownership dispute*’ (Gamespot, 28 de julio de 2014) <https://www.gamespot.com/articles/report-the-story-behind-the-lma-ownership-dispute/1100-6438189/> Revisado el 12 de octubre de 2022.

³⁵ JAY MASSAAD, ‘*Three teams handed one-year ultimatum for LCS ownership conflict*’ (Esports Insider, 24 de noviembre de 2017) <<https://esportsinsider.com/2017/11/ownership-conflict-na-lcs/>> Revisado el 12 de octubre de 2022.

³⁶ JACOB WOLF, ‘*Challenger series distorted by LCS team selling*’ (ESPN, 5 de Agosto de 2016) <https://www.espn.com/esports/storv/_id/17227321/challenger-series-distorted-lcs-team-selling> Revisado el 12 de octubre de 2022.

³⁷ Ver: 2017 NA League of Legend Championship Series official rules. S.3.1; ADEL CHOUADRIA, ‘*Riot: NA Challenger Squads with LCS ‘sister’ teams ineligible for Promotion Tournament*’ (ESPN, 3 de diciembre de 2016) https://www.espn.com/esports/storv/_id/18195888/riot-games-na-league-championship-series-teams-sister-challenger-series-teams-ineligible-promotion-tournament Revisado el 20 de octubre de 2022.

³⁸ CALLUM LESLIE, ‘*Franchising is officially coming to the NA LCS next year*» (Dot Esports, 1 June 2017) <https://dotesports.com/league-of-legends/news/franchising-na-lcs-14970> Revisado el 12 de octubre de 2022.

En consecuencia, el reglamento de la LCS 2022 ya no contiene -ni necesita- una restricción expresa contra la MPE. En cambio, las reglas mantienen disposiciones contra la colusión, el arreglo de partidas y una cláusula general de integridad competitiva para garantizar que los equipos «eviten cualquier comportamiento incompatible con los principios del buen espíritu la honestidad o el juego limpio».³⁹

A diferencia del torneo norteamericano, el reglamento del Campeonato Europeo de LoL («LEC») de 2022 todavía mantiene una restricción detallada contra las entidades que tienen intereses en más de un equipo dentro del circuito profesional. Ello, aun cuando la competencia ha adoptado un modelo de franquicia desde el año 2019.

4.3. Asociación Mundial de esports (WESA)

La WESA es un organismo fundado por un grupo de reconocidas organizaciones de deportes electrónicos para estandarizar las regulaciones de las mejores prácticas en los deportes electrónicos profesionales.⁴⁰ En 2017, WESA adoptó una postura en contra de la MPE, determinando que los propietarios de los equipos no podrán poseer o controlar (total o parcialmente) más de un equipo en eventos sancionados por WESA. La WESA dio a los equipos un período de gracia de 18 meses para acatar esta norma.⁴¹

Sin embargo, la regla encontró resistencia por parte de organizaciones como RFRSH Entertainment, que poseía participaciones en tres equipos diferentes de CSGO como parte de su plan de inversión.⁴²

5. MEJORANDO LA REGULACIÓN CONTRA LA MPE EN LOS ESPORTS

Si bien la regulación de MPE es sin duda crucial para preservar la confianza del público en la industria de los deportes electrónicos, las regulaciones de Riot, Valve y la WESA muestran cómo las reglas de MPE varían según cada empresa, liga y videojuego. Incluso las reglas MPE utilizadas en dos esports administrados por la misma empresa desarrolladora (Valve) pueden diferir cuando se trata de definir conceptos como «propiedad» o «influencia».

Sin embargo, establecer reglas disímiles puede ser perjudicial a largo plazo para la inversión y el desarrollo de la industria. De hecho, si bien la regulación de las MPE es esencial para mantener la integridad de la competencia,

³⁹ 2022 NA League of Legends Championship Series 2022 Reglamento oficial. S.14.2. Team Member Conduct.

⁴⁰ World Esports Association, <http://www.wesa.gg/> accessed 12 May 2022.

⁴¹ TAYLOR COCKE, 'WESA issues changes to rules surrounding team ownership for (Yahoo Sports, 15 de marzo de 2017) <https://sports.yahoo.com/wesa-issues-changes-to-rules-surrounding-team-ownership-for-csgo-224200999.html> Revisado el 12 de octubre de 2022.

⁴² SAM COOKE, 'RFRSH announces 'agreement on compliance with WESA' (Esports insider, 30 de junio 2017) <https://esportsinsider.com/2017/06/rfrsh-announces-agreement-compliance-wesa/> Revisado el 12 de octubre de 2022.

es igualmente importante otorgar certeza a los inversionistas y los stakeholders que apuesta por esta industria. Teniendo esto en cuenta, las siguientes consideraciones podrían ayudar a mejorar la regulación actual de MPE en los deportes electrónicos, y elaborar reglas que mantengan estándares mínimos comunes para los ecosistemas competitivos:

- **Precisión:** Un elemento crucial que deben abordar las reglas de MPE radica en definir cuándo dos entidades se relacionan entre sí mediante un vínculo de propiedad o de influencia. En los casos bajo análisis, los términos son disímiles entre sí. La prohibición de MPE de Valve en Dota 2 se refiere a una noción de propiedad común, mientras que CSGO prohíbe las relaciones comerciales o financieras en común. Mientras tanto, las LCS de Riot (antes de 2018) hacen referencia a la existencia de cualquier «*interés, beneficio o influencia*», mientras que la WESA ha adoptado el término «control» para determinar la existencia de estructuras de MPE. Sin embargo, ninguna de estas reglas proporciona una definición clara o certera para determinar cuándo una parte ejerce control o influencia sobre la otra.

Aun cuando una definición amplia podría ser útil para detectar nuevas formas impredecibles de MPE, también puede generar confusión y eventualmente podría causar una aplicación arbitraria de la regla.⁴³ En este contexto, el conjunto de reglas de la LEC de Riot desarrolla de forma muy adecuada la existencia de una relación de «interés» entre dos o más partes que pudiese comprometer la integridad de la competencia, e incluso proporciona excepciones para los directores de equipos.⁴⁴ No obstante, la regla podría ser mejor si identificase los casos en los que existe una «influencia» efectiva en un equipo, creando una excepción para los inversores de capital que no interfieren en las decisiones del equipo ni en la competencia (independientemente de su nivel de participación accionaria)⁴⁵.

- **Coherencia:** La regulación de las MPE también debe apuntar a establecer estándares congruentes a nivel mundial para preservar la integridad de las competencias. Las organizaciones de esports trabajan en un entorno internacional y multidisciplinario, por lo que se esperaría que las regulaciones de MPE sean uniformes para evitar que se fragmenten las reglas de MPE entre distintos países o juegos.

Un claro ejemplo de este problema se presenta en los torneos de fútbol europeos, donde existe un enfoque inconsistente cuando se regulan los problemas de propiedad múltiple entre equipos. La Premier League prohíbe que una persona posea más del 9,9% de participación accionaria en más de un club, mientras que el umbral es solo del 5% para la primera y

⁴³ Pastore (n 6) 58.

⁴⁴ Sección de 2.1. (*Ownership Restrictions*) del Reglamento Oficial del LEC 2022.

⁴⁵ Menary (n 10).

segunda división española.⁴⁶ Mientras tanto, la UEFA se guía por la noción de «influencia decisiva» que una entidad puede poseer en más de un club, la cual que no establece ningún umbral porcentual. Las regulaciones de MPE deben evitar este problema en los deportes electrónicos al mantener un enfoque consistente entre las competencias internacionales.

Incluso se podría vislumbrar una única regla de integridad común para todos los ecosistemas de esports, especialmente porque la mayoría de las organizaciones de esports diversifican su talento y poseen equipos que compiten en diferentes juegos, los cuales no necesariamente pertenecen al mismo desarrollador. Organismos como la WESA podrían ayudar en la tarea de alinear a los desarrolladores de juegos y los organizadores de torneos para generar una regla común.

- **Multinivel:** En teoría, los riesgos de la MPE son menos relevantes cuando una empresa desarrolladora adopta un modelo de franquicia en un deporte electrónico. Ello, pues el franquiciante (el desarrollador del videojuego) puede ejercer un control más amplio para seleccionar los equipos que compiten y solucionar cualquier problema de MPE, sea estableciendo filtros de antemano o imponiendo condiciones que le permitan evitar que se generen estos escenarios en un futuro. A modo de ejemplo, en el contrato de franquicia se podría establecer que cualquier cambio de control del franquiciado deberá estar sujeto a la autorización del franquiciante.

Sin embargo, el modelo de franquicia normalmente se aplica solo a la división competitiva más alta de los esports, la cual es controlada por el desarrollador del juego de forma estricta, dejando la posibilidad de que se presenten los problemas de MPE en las divisiones inferiores. Por ello, las reglas para prevenir los riesgos de la MPE deberían considerarse obligatorias para evitar conflictos de intereses en las divisiones inferiores, ligas locales o amateurs, donde los equipos pueden no estar sujetos a un acuerdo de franquicia. Al ser el controlador de la propiedad intelectual sobre el videojuego, la empresa desarrolladora podría imponer tal obligación a los organizadores de torneos a través de las licencias que concede para organizar competencias basadas en sus videojuegos.

Como sugiere Pastore, una regulación de MPE demasiado amplia y vaga no podría garantizar la seguridad jurídica mínima indispensable para el estado de derecho.⁴⁷ Por lo tanto, los factores que proponemos en esta sección podrían ayudar a los desarrolladores y organizadores de torneos a construir una mejor regulación de MPE que proporcione un sistema más predecible y confiable para el desarrollo de los esports.

⁴⁶ Geey (n 17).

⁴⁷ Pastore (n 6) 56.

6. CONCLUSIÓN

Si bien la MPE puede resultar útil como una estrategia comercial para los propietarios de equipos, existen razones suficientes para que los desarrolladores de videojuegos y los organizadores de torneos de esports regulen y restrinjan esta práctica. Tal como lo reconoció la Comisión de la Unión Europea, en el caso ENIC, es primordial garantizar la integridad y la credibilidad de la competición deportiva, de modo que las reglas para regular la MPE justifican cualquier limitación que se pueda imponer a la libertad de los inversores.

En una industria con un desarrollo tan veloz, debe ser una prioridad para todas las partes interesadas preservar la confianza del público para asegurar la expansión de los esports en los próximos años. Aun así, cualquier regulación también debería seguir estándares razonables y proporcionales para no desalentar la inversión, especialmente en situaciones en las que la MPE no interfiere con la integridad de la competencia.

El arte conceptual y la inteligencia artificial, ¿realidades opuestas o hermanadas?

Natalia Tamames García-Orcoyen

1. INTRODUCCIÓN

En plena vorágine de los universos paralelos, el metaverso, las realidades extendidas, todas ellas interoperables entre sí, supongo que no estará de moda hablar de la esencia más básica –y, no por ello, exenta de dificultades– del derecho de autor. Y es que, en ocasiones, para resolver los problemas más complejos debemos volver a las raíces. A lo más simple, angular y central que tiene una disciplina.

En este caso, como amante y estudiosa del arte contemporáneo y de la propiedad intelectual, y actual residente en París, me aventuro con el arte conceptual y el encaje que este encuentra, o no, en el mundo de los derechos de autor, sobre todo, a raíz del último pronunciamiento del Tribunal Judicial de París, de 8 de julio de 2022¹ y el contra pronunciamiento –si me permite el lector el empleo de este término– pretérito de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de mayo de 2021². Reto apasionante del que no tanto se ha escrito y campo en el que, humildemente y con ilusión –por la conexión personal que con él encuentro–, me atrevo a aportar mi pequeña contribución, tras un estudio de lo que, en España, y fuera de nuestras fronteras, se regula. Tema fascinante, sin duda; reto inquietante, más aún.

2. EL ARTE CONCEPTUAL ESTÁ DE CELEBRACIÓN EN PARÍS

Sin más dilación ni mayores rodeos, pues, ¿quién es el autor de una obra: la mano que la crea o la mente que la concibe? Precisamente fue esta la cuestión jurídica que se planteó el mencionado tribunal de París en un caso que enfrentaba al reputado escultor francés, Daniel Druet, famoso por sus bustos de personalidades francesas e internacionales, así como de numerosos personajes en cera para el museo Grévin de París; y al conocido artista italiano, afincado en Nueva York, Maurizio Cattelan, uno de los representantes vivos más conocidos en el mundo del arte conceptual e hiperrealismo, caracterizado por un lenguaje provocador presente en la mayoría de sus obras.

¹ Jugement rendu le 8 Juillet 2022, de la 3ème chambre, 2ème section de Tribunal Judiciaire de Paris. RG 18/05382, Portalis, 352J-W-B7C-CM4VO.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 204/2021, de 21 de mayo de 2021.

Cattelan, en un alarde de aceptación de sus limitaciones como dibujante y pintor no dudó en acudir a Druet, para que le ayudase en la creación de sus obras y durante varios años ambos artistas trabajaron juntos hasta que el escultor comenzó a reclamar la autoría de las obras. Por ello, cuando el *Musée de la Monnaie de Paris* organizó, en octubre de 2016, la exposición ‘*Cattelan, not afraid of love*’, en la que se expusieron cuatro obras del artista conceptual, el señor Druet escribió a la galería de Cattelan, *Perrotin*, regentada por el galerista Emmanuel Perrotin, exigiendo, sin éxito, el reconocimiento de su autoría en las obras expuestas. Por su parte, Druet, sin dudarlo, llevó a los tribunales este asunto, no siendo la respuesta a la pregunta planteada al comienzo de este apartado nada evidente ni sencilla para quienes lo juzgaron. Druet, en rigor, dirigió su demanda contra la Galería Perrotin y a la *Monnaie de Paris*, por excluir su nombre del catálogo de una exposición de Cattelan, pero no contra el propio artista.

Acudiendo, en primer lugar, a la legislación francesa en la materia, en concreto, al Código francés de la Propiedad Intelectual³, en su última modificación de 30 de junio de 2022, parece que esta favorece a la mente, al expresar, en su artículo L. 111-1, que *autor de una obra de la mente disfruta sobre esta obra, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad intangible exclusivo y exigible contra todos, lo cual contiene atributos intelectuales y morales, así como atributos*⁴.

De igual modo, el derecho del artículo mencionado se confiere, de conformidad con el artículo L. 112-1 del mismo cuerpo legal, *‘al autor de cualquier obra del espíritu –o la mente–, con independencia de su género, forma de expresión, mérito o destino*⁵.

En este sentido, no resulta tampoco atrevido afirmar que cuando un novelista prepara su próxima obra literaria, la concibe mentalmente antes de ponerse a escribir, o cuando un arquitecto diseña un edificio, lo imagina con anterioridad a la elaboración de los planos para su construcción. Siguiendo en esa misma línea de pensamiento, podríamos decir que las dos fases anteriores descritas tampoco son problemáticas cuando recaen sobre una misma persona. Y es que, cuando no ocurre de este modo, en ocasiones, de un lado, los individuos que realizan físicamente las obras no pueden reclamar su autoría sobre ellas y, de otro lado, aquellos que afirman ser los autores de una obra deben aportar pruebas que vinculan sus creaciones con su actividad. Pero, ¿de qué manera Cattelan podía probar la autoría de sus creaciones puramente intangibles?

A priori, las obras solamente pueden comunicarse si están dotadas de una forma tangible y podría, entonces, concluirse que sin la obra de Druet, aquella

³ Code de la Propriété Intellectuelle, LOI 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

⁴ Traducción literal del texto francés original del Código de la Propiedad Intelectual francés: *Tauteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial*

⁵ Traducción literal del texto francés original del Código de la Propiedad Intelectual francés: *les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'espritquels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.*

de Cattelan no existiría ni habría podido exponerse ni tampoco comercializarse. Esto es, las ideas solamente pueden protegerse por derechos de autor –con lo que ello implica respecto del monopolio legal que se otorga a sus titulares– si adoptan una forma específica. Y es que las ideas son de libre disposición y no pueden ser apropiadas por nadie porque, de lo contrario, parecería desvirtuarse la totalidad del sistema de derechos de autor y la razón de ser de su configuración.

Asimismo, en el caso concreto cuyo análisis nos ocupa, no es casualidad⁶ que el señor Cattelan acudiese a Druet, renombrado y talentoso escultor que había trabajado durante años para el Museo Grevin y al que Cattelan, por no saber esculpir ni dibujar, tuvo que dar instrucciones para que produjese su obra. A este respecto, podría decirse que, si bien es cierto que Cattelan dio normas a Druet, estas mismas directrices dadas a otro artista –sobre todo, menos talentoso que Druet–, probablemente habrían generado un resultado totalmente distinto. Esto es, puede existir –y, de hecho, existe– una contribución creativa en la producción que podría llevarnos a concluir que Druet no era un simple ejecutor de la obra concebida por Cattelan.⁶

A la vista de lo anterior, deberíamos, entonces, quizás, cambiar el foco en el que se centra todo el sistema de derechos de autor continental y pasar de centrarnos en la «obra» como la concebimos actualmente –más parecida a un resultado final– para centrarnos en el proceso creativo llevado a cabo, como camino hasta llegar a ella. O, a lo mejor, dividir el proceso creativo y proteger una primera parte de este –y, por supuesto, a su(s) autor(es)– y una segunda parte, diferenciada de la anterior, con su(s) correspondiente(s) autor(es). O, más sencillo incluso, en un alarde de positivismo y en vista de la tendencia del mundo artístico de los últimos años, en el que proliferan gran cantidad de géneros y subgéneros del arte contemporáneo⁷, en general, y conceptual, en particular, incluir, por fin, una definición clara y exacta de obras de arte –inexistente a día de hoy–, en términos genéricos, y de obra de arte conceptual, más concretamente, dentro de la normativa que le sea de aplicación. O, acaso, incluir el término «concebir» dentro del apartado primero del artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, el «TRLPI»)⁸, cuando define quién es el autor en nuestra normativa, y como ya, en su día, recogía el artículo 2 del Real Decreto de 3 de

⁶ MUYL, CATHERINE; CAVALIER, MARION. «L'esprit ou bien la main? Réflexions autour de l'affaire Cattelan/Druet». Squire Patton Boggs / Lexology, 20 de septiembre de 2022.

⁷ De hecho, muestra de ello es que, en el litigio que enfrentó a Cattelan y a Druet, se pronunciaron por medio de una carta abierta varias decenas de galeristas, artistas y personalidades relacionadas con el arte francés. Sobre esto se pronunciaron en una carta abierta decenas de galeristas, artistas y otras personas relacionadas con el arte francés, quienes, entre varias cosas, resaltaron que la posición de Druet no tomaba en cuenta *'el enfoque artístico de Maurizio Cattelan en su conjunto ni sus múltiples intervenciones artísticas en diversos contextos que lo han hecho famoso.'*

⁸ Artículo 5 del TRLPI: '1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. 2. No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella.'

septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual.

Pues bien, en el litigio que nos ocupa, mientras Druet afirmaba ser el autor de las obras, no es cuestión menor indicar que estas habían sido divulgadas bajo el único nombre que Cattelan les había atribuido y, en consecuencia, podía este artista beneficiarse de la presunción prevista en el artículo L.113-1 del Código francés de la Propiedad Intelectual mentado, que establece que *'la condición de autor pertenece, a menos que se disponga lo contrario, a aquel o aquellos bajo cuyo nombre se divulga la obra'*⁹. Como resultado de lo anterior, si bien es cierto que se presume legalmente que el autor es el que divulgó la obra por primera vez bajo su nombre y, como tal, está exento de probar su condición; esta presunción es rebatible y admite prueba en contrario, de modo que el que pretende ser reconocido como el verdadero autor de la obra en cuestión puede probarlo en contradicción con la primera divulgación hecha bajo el nombre de un tercero, al que se le presume autor titular.

Así, el Tribunal, en primer lugar, consideró necesario determinar con precisión el alcance de los derechos reivindicados por el señor Druet y si dicho alcance era idéntico a aquel de los derechos reivindicados por el señor Cattelan, en la medida en que, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el 'TJUE'), entre otros pronunciamientos, el concepto de «obra» presupone la existencia de un objeto original, una creación intelectual propia de su autor cuya personalidad refleja a través de decisiones libres y creativas, y que es identificable con suficiente precisión y objetividad, excluyendo las sensaciones intrínsecamente subjetivas¹⁰.

En palabras del Tribunal, en el presente caso, las obras controvertidas sobre las que el señor Druet reclamaba la propiedad exclusiva de los derechos, habían sido designadas por él en la parte dispositiva de sus escritos como precisamente dichas obras habían sido nombradas por Cattelan y divulgadas de ese modo. Así, puesto que no limitaba los derechos reclamados a las efigies de cera que esculpió a petición de la galería Emmanuel Perrotin por cuenta de Maurizio Cattelan, sino que se refería a ellas por el nombre con el que se divulgaron estas obras, el Tribunal entendió que el señor Druet solicitaba la condición de autor para la totalidad de las obras tal y como se divulgaron y dieron a conocer al público, es decir, según una determinada puesta en escena, que había sido diseñada globalmente por Cattelan. Sobre esta cuestión, de hecho, el señor Cattelan argumentó que las obras en cuestión se divulgaron todas bajo su único nombre -tanto en la prensa, donde se le presentaba, de forma sistemática, como su único autor-, como en las exposiciones en las que se comunicaban al gran público.

⁹ Traducción literal del texto francés original del Código de la Propiedad Intelectual francés: *'la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée'*

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, asunto C-683/17, Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. y G-Star Raw CV.

También, consideró el Tribunal que era indiscutible que las instrucciones precisas para la puesta en escena de las efigies en una configuración específica -sobre todo, en lo que respectaba a su posicionamiento dentro de los espacios de exposición, destinadas a jugar con las emociones del público- fueron emitidas única e individualmente por el señor Cattelan. En ningún caso, pudo -ni pretendió- el señor Druet intervenir en las decisiones relativas a la puesta en escena de dichas efigies -a saber, elección del edificio y del tamaño de las habitaciones que albergaban a los personajes, dirección de la mirada del espectador o iluminación- ni en el contenido del posible mensaje que debía transmitirse a través de dicha puesta en escena.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que las pretensiones iniciales del demandante, formuladas contra los demandados, sólo eran admisibles si el propio Daniel Druet demostraba que era el autor de las obras en cuestión, entendiendo que este, en ningún caso, pretendía ser coautor de una obra en colaboración o compuesta, lo cual hubiera podido ser una posible solución al conflicto, sino el único autor de las obras objeto del litigio, consideradas en su totalidad. En este sentido y como consecuencia de sus pretensiones, el peso de la prueba que debía producir el señor Druet era mucho mayor, ya que debía recaer sobre el todo creado y no solamente sobre una parte de este.

Así, si bien es cierto que el Tribunal, sobre la base de criterios de forma y no de fondo, desestimó las pretensiones de Daniel Druet por infracción de los derechos de autor, no es menos cierto que la relevancia que este pronunciamiento tiene en el mundo del arte conceptual -y, como veremos más adelante y tal y como se infiere del título, quizás, en otros mundos también- y su protección por derechos de autor es del todo indudable, por las reflexiones jurídicas que, como puede apreciarse, integran el pronunciamiento, en cuanto a la concepción de la «obra» y la intervención de cada uno de los artistas en ella.

En definitiva, observamos que tanto Cattelan como Druet afirman ser, de forma individual, el único autor de la obra, cuando, como ya se ha apuntado más arriba, quizás hubiera sido una posible resolución del asunto situarse a caballo entre ambas posturas, aparentemente irreconciliables, considerando la creación como una obra compuesta, tal y como se define en el artículo 9 del TRLPI, de manera que esta incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última y sin perjuicio de los derechos que a dicho autor correspondan y de su necesaria autorización, de forma que se pueda integrar -y, en consecuencia, proteger- el trabajo creativo de dicha obra preexistente incorporada en la compuesta.

3. MIENTRAS TANTO, LOS ARTISTAS CONCEPTUALES EN NUESTRO PAÍS NO PARECEN CORRER LA MISMA SUERTE

A solamente un sistema montañoso de separación, y sin mar de por medio, se había pronunciado ya la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de

21 de mayo de 2021¹¹, que enfrentaba a Antonio de Felipe, artista valenciano, considerado el máximo representante contemporáneo del *pop art* español, y a la pintora japonesa, Fumiko Negishi, en sentido totalmente opuesto. La discusión está servida, señoras y señores.

Y es que la sección 28 del mencionado órgano judicial de Madrid declaró que la artista nipona era coautora de –nada más ni nada menos que– 221 obras del pintor valenciano, considerando que este último, entre otras cuestiones, debía cumplir, como parte de la «condena», con la comunicación de dicha circunstancia a los compradores de las piezas objeto del litigio. Así, precisamente, figura en la sentencia, en la que el juzgador falla estimando un recurso que la señora Negishi había interpuesto contra una resolución anterior de 16 de enero de 2019, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, en el procedimiento nº 728/2016, en la que el juez había considerado que el señor de Felipe estaba favorecido por la presunción de autoría de la que disfrutaba al haberse hecho públicas bajo su firma –en línea con el pronunciamiento francés ya analizado y lo que dispone el artículo 6.1 del TRLPI¹²–, y considerando respecto de la demandante, quien había sido una empleada subordinada a él durante años, que, pese a que su intervención había sido de relevancia en la obra del artista valenciano, no existía, de forma clara, ‘una actividad creativa por parte de la actora que permitiese atribuirle la *condición de autora*’.

No obstante lo anterior, dos años más tarde, la Audiencia Provincial de Madrid ha revocado la sentencia de primera instancia, considerando que el hecho de que, durante un tiempo la relación entre la artista nipona y el artista valenciano fuera, desde el punto de vista jurídico, de carácter laboral no resulta incompatible con que la señora Negishi pudiera efectuar una labor artística y adquiriese derechos morales sobre la obra creada –a saber, la autoría sobre ella–, pues se trata de una situación que está legalmente reconocida como posible, en el artículo 51 del TRLPI¹³, que regula la transmisión de los derechos del autor asalariado, ligado con el artículo 5 del mismo texto normativo, que define la autoría y los beneficiarios de esta.

El Tribunal, en resumen, argumenta que lo relevante es descifrar cuál ha sido la aportación real de cada uno en la creación de la obra artística resultan-

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 204/2021, de 21 de mayo de 2021.

¹² Artículo 6.1. del TRLPI: ‘1. Se presumirá autor; salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.’

¹³ Artículo 51 del TRLPI: ‘1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores. 4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato. 5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.’

te y, además, considera que el hecho de que el artista valenciano diera instrucciones a la artista nipona no resta mérito artístico ni aportación de esta última a la obra en cuestión. Del mismo modo, en el caso que nos ocupa, se da la particularidad de que el señor de Felipe estaba bastante ausente en su estudio, debido a sus frecuentes viajes, por lo que resulta difícil pensar que todas sus ideas artísticas se hubiesen plasmado en el cuadro de una forma tan fecunda sin la esencial aportación de carácter creativo de Fumiko.

Esto es, el juzgador no discute que el artista valenciano desempeñase un rol esencial en el *'alumbramiento de la idea'*, en palabras literales del Tribunal, pero considera, en todo caso, que la participación -y, por tanto, consecuente coautoría- de la artista japonesa tampoco es indudable, toda vez que Fumiko Negishi *'afrentaba el desafío que implica la plasmación de una determinada imagen seleccionada en pintura concreta mediante la tarea que desempeñaba en el estudio de Antonio de Felipe'*, por mucho que este le diera instrucciones concretas, eligiera la temática de la obra, le entregase imágenes e, incluso, le proporcionase bocetos de lo que deseaba que fuese pintado.

4. DESEMPOLVEMOS LA MEMORIA JURÍDICO-ARTÍSTICA: ANÁLISIS DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS RELACIONADOS CON EL ARTE CONCEPTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Y es que lo que en los apartados anteriores analizamos no es una cuestión novedosa, sino que viene de antaño, en concreto, del pleito que enfrentó al escultor Pierre-Auguste Renoir y a Richard Guiño, de origen español y discípulo de Aristide Maillol y en el que la Corte de Casación francesa, en particular, su Sección Civil nº 1, determinó, mediante sentencia del 13 de noviembre de 1973¹⁴, que la autoría de las esculturas ejecutadas por Guiño era conjunta, a pesar de que Renoir no había trabajado la materia él mismo por la simple razón de que el pintor le había permitido plasmar en sus esculturas su *'huella personal'*. Esto es, la idea pertenecía al pintor; sin embargo, la expresión de esta era resultado -y, en consecuencia, obra- de los dos autores¹⁵.

Otro supuesto conocido en el que se distingue entre la idea y la plasmación de esta -y en contraposición a lo dispuesto por el tribunal parisino el pasado mes de julio del presente año- fue el litigio que enfrentó a Daniel Spoerri, artista suizo que creó lo que se conoce como el *'eat'*», es decir, obras creadas a partir de objetos que quedan después de un almuerzo y que se presentan embalsamados en una mesa, sin variación alguna. Así, en el año 2005, y tras invitar a los visitantes a que concibiesen sus propias obras, seleccionando los resultados que más le gustaban y otorgando un certificado de autenticidad, un coleccionista adquirió en una subasta una de las creaciones que, materialmente hablando, había sido ejecutada por un

¹⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 novembre 1973, 71-14.469.

¹⁵ SORIA PUIG, EVA. «Arte contemporáneo y derechos de autor». Universitat Autònoma de Barcelona. 2021.

niño de 11 años. El asunto llegó a los tribunales y, de nuevo, la Sección Civil nº 1 de la Corte de Casación francesa, consideró, el 15 de noviembre de 2005¹⁶, que la obra en cuestión no era de Spoerri, en contraposición a lo que instancias inferiores habían considerado, que entendieron que el autor no era necesariamente quien ejecutaba la obra, sino el que la concebía, lo cual ocurre, con frecuencia, en el mundo del arte contemporáneo, en general, y del arte conceptual, en particular¹⁷.

En este caso concreto, el objeto de la disputa era lo que se conoce como el *corpus mechanicum*¹⁸ de la obra, esto es, el objeto físico, de manera que la ausencia de ejecución material de la obra puede justificar la validez del certificado de autenticidad que entregaba el artista y, sin embargo, la falta de ejecución personal no ha de ser importante en lo que respecta a la protección de los derechos de autor. Por ello, Daniel Spoerri mantiene la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de la obra realizada, en lo que al *corpus mysticum* se refiere, a pesar de que su *corpus mechanicum*, es decir, el soporte físico que contiene la obra, no sea considerado de su titularidad¹⁹.

Asimismo, y en la misma línea expresada en la sentencia parisina de este verano, cabe destacar, de nuevo en España, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de enero de 2008, que enfrentó al artista mallorquín Miquel Barceló y al alfarero y ceramista Jerónim Ginard ‘Murtó’, quien reclamaba el reconocimiento de obras en colaboración de algunas de las piezas que habían realizado de manera conjunta ambos. En este caso, el juzgador entendió que las obras litigiosas estaban dotadas de la personalidad y la impronta del señor Barceló al llevar rasgos característicos de su universo creativo propio y que aquello que había aportado el señor Ginard no era suficiente como para considerarlo coautor. En concreto, indicó el tribunal que *‘no se aprecian rasgos de la actividad artística del demandante en el resultado final de las obras’*, por lo que *‘la originalidad de las obras, convirtiendo unos utensilios de barro de uso cotidiano y de realización prácticamente en serie en una obra distinta sumamente original, es una actuación exclusiva del demandado’*. En definitiva, el trabajo de ejecución del ceramista estaba basado en la pericia técnica y la autoría pertenecía al artista.

Todo lo anterior no hacen sino invitarnos a reflexionar en torno a los conceptos de «obra» y «autoría» del derecho de propiedad intelectual, que nos puede ayudar a extrapolar conclusiones al mundo de la inteligencia artificial (en adelante, la ‘IA’) que, si bien es cierto, se lleva hablando de él desde hace ya tiempo, no se ha logrado todavía alcanzar una posición jurídica consensuada al respecto en cuanto a la protección por derechos de autor de creaciones a partir de sistemas de IA se refiere.

¹⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 15 novembre 2005, 03-20.597.

¹⁷ SORIA PUIG, EVA. «Arte contemporáneo y derechos de autor». Universitat Autònoma de Barcelona. 2021.

¹⁸ A este respecto, es menester apuntar que, en términos generales, el objeto de protección de los derechos de autor es el *corpus mysticum*, esto es, el bien inmaterial que no se identifica, jurídicamente, con el soporte físico en el que se materializa, el *corpus mechanicum*, que será objeto de la propiedad ordinaria y no intelectual.

¹⁹ SORIA PUIG, EVA. «Arte contemporáneo y derechos de autor». Universitat Autònoma de Barcelona. 2021.

5. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL AL ARTE CONCEPTUAL

Y es que los casos expuestos hasta ahora no hacen sino conducirnos –y tal y como apuntábamos al comienzo– a las raíces de esta disciplina, a lo más elemental de la materia: (i) qué entendemos por «*arte conceptual*», por un lado, y (ii) cómo se define «*obra*» en la legislación actual de derechos de autor, toda vez que la definición, y consecuente circunscripción del término, establece su ámbito de aplicación material y nos ayuda a determinar qué es lo que el derecho de autor considera merecedor de su protección.

Pues bien, Sol Lewitt, artista estadounidense considerado pionero en el arte minimalista y conceptual, ya definió en 1967 en la revista *Art Forum* a este último como aquel en el que la idea o concepto es el aspecto más importante de la obra, toda vez que cuando un artista da vida a una obra de arte conceptual, quiere decir que todo el diseño de la obra y las decisiones a su respecto se han tomado previamente, de modo que su ejecución es irrelevante y es la idea la máquina que crea el arte. Esto es, la ejecución de una obra conceptual es secundaria ante su concepción, pasando su realización material a un segundo plano, de modo que proteger la propiedad intelectual de los artistas conceptuales es relevante en el momento en el que la imaginan, pero no cuando la fabrican.

Y es que gran parte de la complejidad del debate que aquí se expone radica en que la principal dificultad que presenta el derecho del arte es la ambigüedad que tiene su objeto de protección en la normativa. De hecho, apenas los cuerpos legales que lo mencionan se atreven a definir qué es una obra de arte -y mucho menos, una obra de arte conceptual-. Ello puede obedecer, de un lado, a la subjetividad con la que este tipo de obras son concebidas y percibidas y, de otro lado, a la falta de experiencia del legislador en esta materia.

Por otro lado, no es controvertido afirmar que los requisitos esenciales para que una creación intelectual pueda ser susceptible de ser protegida por derechos de autor serían: en primer lugar, que la obra sea resultado de un acto creativo que provenga de una persona natural –esto es, que sea fruto de su inteligencia–; en segundo lugar, que dicho resultado sea original; y, en tercer lugar, que se exprese por cualquier medio o soporte, tangible o intangible. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta de los artículos 1²⁰, 5 y 10.1²¹ del TRLPI, lo cual, *a priori*, no parece dar cabida a la protección de las «*ideas*».

Por su parte, precisamente en relación con este último término, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acto de París de 24 de julio de 1971), enmendado el

²⁰ Artículo 1 del TRLPI: '*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.*'

²¹ Artículo 10.1 del TRLPI: '*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro,*

28 de septiembre de 1979 (en adelante, el ‘Convenio de Berna’)²² no se refiere, de forma concreta, al concepto «*idea*», sino que, simplemente, menciona las obras que pueden ser dotadas de protección como expresiones, sin requerir que la forma de expresión se encuentre, necesariamente, fijada en un soporte, y añadiendo, en su apartado segundo del artículo 2, que deja un margen de apreciación nacional a los países de la Unión Europea, otorgándoles la facultad de establecer que las obras puedan no estar protegidas si no están fijadas en un soporte material.

Y es que, en ocasiones, la clave está en los matices. Se refiere el Convenio de Berna al verbo «*fijar*», mientras la legislación española hace lo propio, mentando al verbo «*expresar*». Así, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, «*expresar*» se asemeja a «*manifestar*», mientras «*fijar*» es definido como la acción de hincar, clavar, asegurar un cuerpo en otro, teniendo, por tanto, este último término una dimensión material y tangible de la que carece el verbo empleado por la legislación española. Y, a mayor abundamiento, el propio TRLPI ya nos ofrece dos tipos de soportes en los que expresar las obras, tanto los tangibles como los intangibles –aquellos que no deben o no pueden tocarse–.

En consecuencia, podría defenderse que las obras de arte conceptual son plenamente merecedoras de protección por derechos de autor toda vez que están expresadas –que no fijadas– en un soporte. Además, no hemos de perder de vista que la negativa de la disciplina de propiedad intelectual de proteger las «*ideas*» radica en que es de enorme importancia la existencia de libertad de utilización de estas, junto con el conocimiento y los conceptos con la única finalidad de contribuir al desarrollo social, cultural, económico y científico de una sociedad, entendiendo que, en la medida en que las ideas sean separables de la forma utilizada para su manifestación, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor²³. Esto es, a través de la obra, el autor comunica ideas, mensajes, impresiones, sensaciones y, precisamente por ello, es necesario que la creación se exteriorice de algún modo, saliendo de la esfera propia e íntima del creador para ser proyectada hacia el exterior.

Así, en línea con lo apuntado por Bercovitz Rodríguez-Cano, el único requisito que se solicita en relación con la «*expresión*» en un soporte es la perceptibilidad²⁴

²² Artículo 2.1) del Convenio de Berna: ‘Los términos «*obras literarias y artísticas*» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias’; y artículo 2.2): ‘sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.’

²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017, p. 66.

²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017, p. 70.

–ya sea directa o indirecta– de la exteriorización, pudiendo concretarse esta en un objeto material o en otro no tangible, bien duradero o, incluso, efímero, además de poder existir en el presente o ser inventado en el futuro. Esto es, se trata de un concepto amplísimo que nace con la única vocación de ser capaz de cubrir todos los casos posibles. Incluidos aquellos relativos al arte conceptual. Es Indudable, pues, que, para que la idea esté protegida, necesita estar expresada de algún modo.

Del análisis anterior y teniendo en cuenta, adicionalmente, que la autoría es un predicado real, perenne en el tiempo, y no una atribución de derechos o de titularidad, que se extinguiría con el transcurso de los años y que sería susceptible de prescripción, parece defendible apoyar la decisión del tribunal francés de este pasado –y ya concebido como lejano– mes de julio. Esto es, no resulta extraño reconocerle a Cattelan la condición de autor –y consecuente protección y rendimientos económicos que de ello se deriven– de su obra de arte conceptual, globalmente considerada, incluyendo su escenografía, luminosidad, disposición, selección del espacio, relación con el espectador, que se ha visto materializada a través de efigies elaboradas por un tercero contratado al efecto, quien participa, no de forma libre, sino dentro del marco de obra y de trabajo que Cattelan concibe y, posteriormente, le transmite.

Así las cosas, además del requisito de tener que expresar las ideas –o conceptos– en una forma, ya sea esta tangible o intangible, es esencial que la totalidad de las obras –y, por tanto, las del arte conceptual también– estén dotadas de originalidad para poder ser susceptibles de protección por derechos de autor. Se trata este de un requisito presente, con un mayor o menor nivel de exigencia, en todas las jurisdicciones.

A este respecto, es conveniente mencionar que no existe una definición legal²⁵ de este término ni en nuestra legislación nacional, ni en la europea, ni en los tratados y convenios internacionales, si bien hemos de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para abordar, desde una perspectiva técnico-jurídica, este concepto. De hecho, no son pocas las sentencias que han abordado su definición, a nivel comunitario, a saber; *Infopaq International*²⁶, *Painer*²⁷, o *Cofemel*²⁸, entre otras.

²⁵ En palabras de Fernando Bondía Román en BONDIA ROMAN, F. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», Anuario de Derecho Civil vol. 59, .3, 2006, p. 1070: *‘la originalidad es un concepto vago, abstracto, impreciso, carente de formulación legal, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados.’*

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2009, asunto C-5/08, *Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening*, en la que se abordó la originalidad indicando un umbral de protección cualitativo y no cuantitativo, de forma que la obra ha de ser *‘lo expresión de lo creación intelectual único del autor.’*

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, en la que el Tribunal consideró que se reportará como original aquella obra que sea *‘uno creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarla’*. También, el criterio a tener en cuenta en la valoración de la originalidad es cualitativo y no cuantitativo.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, asunto C-683/17, *Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. y G-Star Raw CV*.

Así, y aunque se pueda estudiar la originalidad desde una perspectiva subjetiva, entendida como la valoración de que una obra es una creación intelectual de su autor; en derecho español, se ha optado por una originalidad objetiva, exigiendo un grado de originalidad no sustancial, y bastando con la existencia de cierta «*altura creativa*». Dicho punto, de nuevo, se podría entender cumplido en el litigio que enfrenta a Cattelan y Druet, al entender que dicha «*altura creativa*» está presente en la creación conceptual del primero.

En definitiva, y como resultado de todas las reflexiones anteriores, se puede concluir que, en nuestro ordenamiento jurídico, para que una obra pueda ser susceptible de protección por derechos de autor es necesario que el acto creativo originario que da como resultado la referida obra sea de una persona física que proyecta en dicha creación su expresión artística y su impronta personal, y ello sin perjuicio de que, para estar protegida, esa obra ha de contener, adicionalmente, un elemento mínimo de novedad con respecto a todo lo creado anteriormente.

6. APLICACIÓN ANALÓGICA A LAS OBRAS CREADAS A PARTIR DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Tras el pormenorizado análisis de los apartados anteriores, y como no podía ser de otro modo, lo enriquecedor en cualquier debate de la naturaleza que sea es poder obtener conclusiones -y soluciones- transversales que, si bien nos ayudan a solucionar problemas en un ámbito en particular, también nos arrojan luz para resolver cuestiones no pacíficas de otros campos.

Y es que este tema, a simple vista marginal, es de gran relevancia, por cuanto parece acertado considerar que las teorías desarrolladas en torno a los derechos de autor de obras de arte conceptual pueden servir de base para determinar la autoría en obras creadas a partir de sistemas de IA, esto es, aquellos '*sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos*', tal y como definió la Comisión Europea, en su Comunicación de 25 de abril de 2018.

Así pues, y a la luz de la sentencia francesa con la que hemos dado comienzo este debate, podríamos afirmar que, en las obras creadas a partir de la IA, su realización material también pasaría a un segundo plano frente a su concepción. Esto es, entender que el origen de una creación o el proceso creativo no comienza en una mano humana sino en una mente -y, por tanto, no de naturaleza física, ni tangible- humana, para, posteriormente, ser ejecutado por una máquina o programa, que se comporta como consecuencia de lo concebido por un humano.

En este campo, como sabemos, algunas de las alternativas de protección de los resultados de la IA, y en línea con lo que la doctrina²⁹ especializada en

²⁹ SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN. «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». InDret Revista para el análisis del derecho / Barcelona, enero 2019.

la materia expresa (en particular, Concepción Saiz García) pasan por otorgarles a estos una protección o bien a través del derecho de autor³⁰-como las obras colectivas o lo dispuesto en el artículo 97 del TRLPI³¹ en relación con la titularidad de los derechos en la creación de los programas de ordenador-, u otorgarles una protección a través de un derecho diferente al derecho de autor. En este último supuesto, entre otros, crear un derecho *sui generis* que se adapte a estos sistemas de IA; subsumir los resultados creados por los sistemas de IA bajo la protección conferida por los derechos conexos o afines a los derechos de autor; no crear ningún derecho exclusivo novedoso y proteger los resultados de la IA a través del secreto comercial o la competencia desleal; establecer un registro obligatorio, constitutivo o declarativo, según el nivel de protección del que se quisiera dotar a los resultados creados por los sistemas de IA; o proteger estos resultados a través de la propiedad industrial³².

Pues bien, como solución adicional a las expuestas en el párrafo anterior-y, precisamente, de ahí, la novedad de este estudio- podríamos extrapolar las conclusiones de la sentencia francesa con la que hemos inaugurado esta reflexión escrita y afirmar que -sin entrar a debatir el tema de la autoría humana, lo cual, si bien es cierto que es parte de la problemática del debate en torno a la protección por derechos de autor de las obras generadas por sistemas de IA, no es problemático, como hemos visto, en el presente artículo-, en

³⁰ En este sentido, y tal y como expresa Francis Gurry en una entrevista para la *Wipo Magazine*, 'los objetivos fundamentales del sistema de PI siempre han sido fomentar las nuevas tecnologías y las obras creativas, y crear una base económica sostenible para la invención y la creación. Desde una perspectiva puramente económica, si dejamos de lado otros objetivos del sistema de PI, como la "justa recompensa" y los derechos morales, no hay razón para no utilizar la PI para recompensar las invenciones o creaciones generadas por la IA. Pero esto aún requiere cierta reflexión. Las respuestas aún no están claras.' WIPO. «Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry» WIPO Magazine. 2018.

³¹ Artículo 97 del TRLPI: '1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley. 2. Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre. 3. Los derechos de autor sobre un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores serán propiedad común y corresponderán a todos éstos en la proporción que determinen. 4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario. 5. La protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley para la protección de los derechos de autor.'

³² A este respecto, es menester mencionar que los sistemas de IA no son inventores, según la Oficina Europea de Patentes (OEP), y es que, el pasado 6 de julio de 2022, la Sala de Apelación de la OEP hizo pública la motivación escrita de su resolución en el asunto J 0008/20, emitida el 21 de diciembre de 2021, en la que se desestimaba el recurso presentado contra la decisión de la OEP de rechazar una solicitud de patente en la que se indicaba como inventor a un sistema de IA. En este supuesto, el recurrente argumentó que, entre otras cuestiones, no permitir la indicación de un sistema de IA como inventor de la patente es un enfoque que obstruye y obstaculiza la innovación y que va en contra del interés público de no revelar el nombre del inventor. La Decisión de la Sala razonó que, según el Convenio sobre la Patente Europea, el inventor designado debe ser una persona con capacidad jurídica, argumentando, además, que uno de los fundamentos del derecho de patentes no es la protección del interés público, sino la protección del derecho del inventor a ser reconocido como tal y concluyendo, en definitiva, que su decisión no obstaculizaba el proceso de innovación en relación con la IA.

materia de obras generadas por IA, merecería la protección por derechos de autor, aquella persona que da lugar al sistema de IA.

A *sensu contrario*, no correría esa misma buena suerte el referido sistema que, en cierto modo, estaría ejecutando y generando la obra resultante. En este sentido, sí que cabe matizar que esta afirmación podría ser, sobre todo, válida y aplicable a creaciones de IA basadas en el sistema de Redes Generativas Antagónicas (RGA o, por sus siglas en inglés, y, quizás, no tanto a aquellas basadas en el sistema *Creative Adversarial Network* (CAN, en sus siglas en inglés), que están dotadas de una mayor autonomía creativa y, en consecuencia, aportación en la obra resultante³³.

De hecho, lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior lo podemos analizar conjuntamente con otras posibles vías de solución que también se plantean en el debate de las obras creadas por IA.

En primer lugar, acudir a las denominadas obras colectivas que regula el TRLPI, esto es, supuestos en los que la titularidad originaria de los derechos de autor –que no autoría– se atribuiría a un tercero distinto al verdadero autor de la obra en cuestión que, en el supuesto que estamos analizando, sería precisamente el sistema de IA. En estos casos, sería necesaria una modificación previa del artículo 5 del TRLPI, con la finalidad de que el acto creativo pudiese ser resultado de un ente distinto al ser humano y, adicionalmente, que las tareas realizadas por la persona física o jurídica en torno a la creación de la obra generada por el sistema de IA tuviesen cabida dentro de aquellas actividades de *‘promover y coordinar la edición y divulgación’*, tal y como reza el artículo 8 del TRLPI³⁴. En esos supuestos, sí podríamos afirmar que el tercero en cuestión asumiría la titularidad de los derechos de autor sobre la obra y no la autoría originaria sobre ésta³⁵.

Y, en segundo lugar, inspirarnos en el visionario artículo 9.3³⁶ de la *Copyright, Designs and Patents Act de 1988* británica (en adelante, la ‘CDPA’) –y cuyo enfoque también es seguido en países como Hong Kong (SAR), India, Irlanda o Nueva Zelanda³⁷– que establece que *‘en el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por ordenador, se considerará autor a la persona que haya*

³³ En este sentido, Nerea Sanjuan Rodríguez expresa que *‘el nivel de autonomía creativa que se puede alcanzar a través del sistema CAN es mayor que el que ya ofrece el sistema GAN, y llegará un momento en el que se pueda llegar a afirmar que esa capacidad creativa es incluso superior a la de los seres humanos’*. SANJUAN RODRÍGUEZ, NEREA. «Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual». Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 1578-956X / 52-2019 / 82-94. 27 de septiembre de 2019.

³⁴ Artículo 8 del TRLPI: *‘Se considero obro colectivo lo creado por lo iniciotiva y bajo lo coordinación de una persona natural o jurídico que lo edito y divulgo bajo su nombre y está constituido por lo reunión de oportociones de diferentes autores cuyo contribución personal se funde en uno creación única y autónomo, poro lo cual hoyo sido concebido sin que seo posible atribuir seporadamente o cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de lo obra realizado. Solvo poeto en contrario, los derechos sobre lo obro colectiva corresponderán o lo persona que lo edite y divulgue bajo su nombre.’*

³⁵ SANJUAN RODRÍGUEZ, NEREA. «Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual». Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 1578-956X / 52-2019 / 82-94. 27 de septiembre de 2019.

³⁶ Artículo 9.3 de la CDPA: *‘In the cose of o literary dramatic; musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be token to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.’*

³⁷ GUADAMUZ, ANDRÉS. «Artificial intelligence and copyright» WIPO Magazine. 2017.

tomado las medidas necesarias para la creación de la obra’. De la lectura del mismo, se podría aseverar que está alineado con las conclusiones del pronunciamiento francés, toda vez que quien concibe la obra es, en puridad, quien toma las medidas necesarias para crearla, entre ellas, el encargo a un tercero a que ejecute, materialice y plasme la obra por él concebida.

Y es que no hay duda de que esta nueva inteligencia, ya sea artificial o artificiosa, parece que, lejos de refugiarse en su pelaje de desconocida, está revolucionando nuestras vidas, la forma en que vivimos y nos relacionamos entre nosotros, los ordenamientos jurídicos, los mercados, y la concepción que, hasta ahora, teníamos del arte, las creaciones e, incluso, de nuestra propia imaginación y capacidad de creación.

7. REFLEXIONES FINALES, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Es indudable que la irrupción en nuestra sociedad de nuevas formas de crear, bien sea a través de sistemas de IA o bien por medio de creaciones de terceros que dan lugar a un tipo de arte que no encuentra definición en nuestros cuerpos normativos, genera discusiones y controversias a todos los niveles: económico, jurídico, filosófico, artístico, tecnológico y, también, político.

En este sentido, podemos aseverar que existe cierta distancia entre el concepto de «obra» del TRLPI y aquel del de «obra artística», toda vez que esta última no encaja en ninguna definición normativa. Y, precisamente, esto es lo que parece ocurrir con las obras de arte que exceden las categorías más tradicionales y conocidas del mundo pictórico o escultórico y que, a pesar de gozar de la categoría de obra artística, no se pueden circunscribir dentro de los marcos establecidos por las diferentes legislaciones, ya sea por no cumplir los requisitos de fijación, originalidad o no encajar dentro de ninguna de las definiciones taxonómicas y metódicas de la legislación.

Así, en este contexto y tras todo lo reflexionado, parece pacífico afirmar que aquello sobre lo que pivota el debate que, sobre estas páginas, ha tenido lugar es, precisamente, el grado de involucración que o bien el sistema de IA, en un caso, o la persona ejecutora -distinta de aquella que concibe la obra-, en otro, tiene en el resultado final de la creación. Por ello, y para intentar llegar a conclusiones universales, cabría preguntarnos, en primer lugar, si el resultado de la obra está, o no, fuera del control del autor que la concibe y, seguidamente, si la ejecución a través de un humano o de un sistema de IA es una condición necesaria para la consideración de la autoría o si, por el contrario, seguir unas instrucciones para plasmar, expresar o ejecutar una idea es suficiente para atribuir una obra a un autor.

En todo caso, si lográramos descifrar cuál ha sido el grado de aportación real, autónomo y creativo de cada uno en la generación de la obra resultante, seríamos capaces de otorgar una protección jurídica adecuada, ya sea de una naturaleza o de otra. Siguiendo, en este sentido, lo establecido por el tribunal parisino este pasado mes de julio, si es indiscutible que las instrucciones precisas que recibe un

sistema de IA o una persona son emitidas de forma única, independiente e individual por parte de un humano que concibe la obra, entonces, no debería existir controversia con su reconocimiento de la autoría en el resultado generado.

En resumen, la solución pasa por analizar el peso que las partes involucradas en el proceso creativo han tenido en la generación del resultado y en la forma de expresión definitiva de la obra resultado. Así pues, habrá que determinar, caso por caso, si la concepción de la obra ha sido suficiente, desde el punto de vista intelectual, para limitar el margen de libertad creativa del sistema de IA. De todos modos, se trata, en todo caso, como puede observarse, de una cuestión probatoria que surgirá en el momento en el que aparezca el conflicto³⁸.

Y, por supuesto, también afectará en todo este análisis del nivel de intervención de las partes involucradas en un proceso creativo, el tipo de obra resultante de la que hablemos, toda vez que no es lo mismo dar instrucciones al autor de una obra de carácter eminentemente artístico, que a un programador informático, por ejemplo, con la finalidad de determinar cuánto margen de creatividad se deja al ejecutor de la obra³⁹.

Para terminar, voy a apropiarme de dos de los seis principios que establece Jane C. Ginsburg⁴⁰, a la hora de identificar a un autor; y que, humildemente considero, se adecúan a la perfección a este debate en torno a la extrapolación de las conclusiones obtenidas en el arte conceptual y aplicables a la IA.

En primer lugar, la autoría antepone la mente al músculo, de forma que la persona que conceptualiza y dirige el desarrollo de la obra es el autor, en lugar de aquel que sigue órdenes para ejecutar la obra. Y, en segundo lugar, la autoría prima la mente sobre las herramientas y/o máquinas, de manera que el único autor de una obra es el creador de la expresión, sean cuales sean las herramientas y medios empleados para expresarla.

En definitiva, este artículo no es más que un recordatorio de no olvidar –ni subestimar– nunca el poder de confiar en soluciones simples para resolver problemas complicados, y es que asimilando lo sencillo se entiende lo complejo.

8. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS

Normativa

- Code de la Propriété Intellectuelle, LOI n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

Copyright, Designs and Patents Act de 1988.

³⁸ SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN. «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». InDret Revista para el análisis del derecho / Barcelona, enero 2019.

³⁹ SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN. «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». InDret Revista para el análisis del derecho / Barcelona, enero 2019.

⁴⁰ C. GINSBURG, JANE. «The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law». DePaul Law Review, DePaul University Libraries. 2003.

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Boletín oficial del Estado, 22 de abril de 1996, núm. 97. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acto de París de 24 de julio de 1971), enmendado el 28 de septiembre de 1979. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 204/2021, de 21 de mayo de 2021.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de enero de 2008.
- Sentencia del 8 de julio de 2022, por la Tercera Cámara, Segunda Sección, del Tribunal Judicial de París.
- Sentencia de la Corte de Casación francesa. Sección civil 1, de 13 de noviembre de 1973, 71-14.469.
- Sentencia de la Corte de Casación francesa. Sección civil 1, de 15 de noviembre de 2005, 03-20.597.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, asunto
- C-683/17, Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. y G-Star Raw CV.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2009, asunto
- C-5/08, Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, Eva-Maria Painer y Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG.

Doctrina y artículos académicos

- **BONDIA ROMAN, FERNANDO.** «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones». Anuario de Derecho Civil vol. 59, .3, 2006.
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO.** Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017.
- **C. GINSBURG, JANE.** «The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law». DePaul Law Review, DePaul University Libraries. 2003. [Consulta: 14 de octubre de 2002], Disponible en: The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law (depaul.edu).
- **COMISIÓN EUROPEA.** «Inteligencia artificial para Europa». 2018. [Consulta: 12 de octubre de 2022], Disponible en: COM 2018 0237 FIN.SPA.xhtml.1 FS ACT nartl v2.docx (europa.eu).

- **GUADAMAUZ, ANDRÉS.** «Artificial intelligence and copyright». WIPO Magazine. 2017. [Consulta: 29 de octubre de 2022]. Disponible en: Artificial intelligence and copyright (wipo.int).
- **MUYL, CATHERINE; CAVALIER, MARION.** «L'esprit ou bien la main? Réflexions autour de l'affaire Cattelan/Druet». Squire Patton Boggs / Lexology. 20 de septiembre de 2022. [Consulta: 18 de octubre de 2022], Disponible en: L'esprit ou bien la main ? Réflexions autour de l'affaire Cattelan/Druet - Lexoloev.
- **NEGRI, JUAN JAVIER.** «Arte y derecho: ¿resuelta la cuestión sobre la autoría de la obra de arte?». Negri & Pueyrredon Abogados, Año XIX, número 1055, de 12 de julio de 2022.[Consulta: 3 de octubre de 2022]. Disponible en:<https://www.negri.com.ar/wD-content/uDloads/2022/06/2M-QUIENES-EL-AUTOR-DE-LA-OBRA-DE-ARTE.pdf>.
- **SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN.** «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor». InDret, Revista para el análisis del Derecho / Barcelona, enero de 2019. [Consulta: 28 de octubre de 2022], Disponible en: Vista de Las Obras creadas por sistemas de inteligencia artificial v su protección por el derecho de autor (raco.cat).
- **SANJUAN RODRÍGUEZ, NEREA.** «Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual». Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 1578-956X / 52-2019 / 82-94. 27 de septiembre de 2019. [Consulta: 5 de octubre de 2022], Disponible en: 00 AC Jurídica 52.indb (uria.com).
- **SORIA PUIG, EVA.** «Arte contemporáneo y derechos de autor». Universitat Autònoma de Barcelona. 2021 [Consulta: 17 de octubre de 2022], Disponible en: [espldel.pdf \(uab.cat\)](#). WIPO. «Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry» WIPO Magazine. 2018. [Consulta: 29 de octubre de 2022]. Disponible en: Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry (wipo.int).

LA PARADOJA BIOMÉTRICA

María Loza Corera

1. INTRODUCCIÓN

El uso de la biometría, a la luz de la normativa de protección de datos y la interpretación que vienen realizando, tanto el Comité Europeo de Protección de Datos como las diferentes autoridades de control, ha llegado a un punto al que denominamos la «paradoja biométrica».

Durante un tiempo en España fue pacífico el uso de la huella dactilar, cumpliendo unos determinados requisitos, sin suponer un problema a nivel de protección de datos. En la actualidad, con la cada vez mayor utilización del reconocimiento facial, la interpretación de la legislación está siendo más controvertida. Así, nos encontramos que, tratándose de los mismos tipos de datos, biométricos todos, al fin y al cabo, no se aplican los mismos criterios, ni con la misma fuerza: es la primera manifestación de la paradoja biométrica, no tratar igual la misma tipología de datos (biométricos).

La segunda manifestación de la paradoja de la biometría vendría por el hecho de interpretar la normativa hasta el punto de impedir *de facto* la utilización de la tecnología.

En el caso del uso de datos biométricos que impliquen tratamiento de categorías especiales de datos, dicho tratamiento no superará el juicio de necesidad y proporcionalidad, si existe otra técnica menos intrusiva para con los derechos y libertades del interesado, entre otras cuestiones. Por tanto, se cercena su utilización, por ejemplo, en ámbitos laborales, de enseñanza universitaria etc. Nos encontramos así, en un momento en el que disponemos de las tecnologías más avanzadas, pero no podemos utilizarlas, porque nunca superarán el mencionado juicio de necesidad y proporcionalidad. «*No cabe confundir necesidad con conveniencia*», tal y como afirmó la Agencia Española de Protección de Datos en su resolución E/05454/2021.

Dicha interpretación, en combinación con los criterios de la privacidad desde el diseño y por defecto, nos llevaría a situaciones de imposibilidad total de uso de la tecnología. De hecho, extrapolando la situación actual producida en relación con tratamientos que impliquen uso de datos biométricos que supongan la identificación unívoca de los interesados y, portanto, aplique el régimen del artículo 9 RGPD ¿qué ocurrirá en tratamientos de datos más complejos o combinados? Es decir, tratamientos que incluyan datos biométricos, comportamentales, de análisis de emociones etc. La primera conclusión lógica, nos lleva a afirmar que, a la luz de la interpreta-

ción actual de las autoridades de control en protección de datos, no podrán llevarse a cabo estos tratamientos de datos, puesto que siempre se podrán utilizar tecnologías menos invasivas. O, en otras palabras, no habrá *necesidad* de utilizar entornos complejos como pudieran ser los de realidad virtual o incluso metavérsicos.

¿Quiere esto decir que las organizaciones deben asumir que tienen vetada la utilización de datos biométricos u otros tipos de datos derivados del uso de entornos tecnológicos complejos por cuestiones de protección de datos? ¿Estamos preparados para convivir con el uso de las tecnologías emergentes?

Por último, como tercera vertiente de nuestra paradoja biométrica, consideramos que el reforzamiento de las garantías para los derechos y libertades de los interesados no debe depender de si se consigue la identificación unívoca de la persona o sólo la verificación/autenticación de su identidad.

Debe tenerse presente la evolución de las tecnologías biométricas, que no sólo van a permitir el reconocimiento facial, sino la detección de sentimientos, reconocimiento de voz, de la marcha etc., propias de la denominada segunda generación de técnicas biométricas, las cuales no están sometidas a los requerimientos exigidos para las categorías especiales de datos, a pesar de proporcionar información sensible. También apreciamos en esta situación la “paradoja de la biometría”, pues resulta altamente intrusivo para los derechos y libertades de las personas que se pueda obtener este tipo de información, sensible para su titular, pero que a efectos del RGPD no constituya “categorías especiales de datos”. ¿Reciben, o deben recibir, este tipo de datos biométricos el mismo tratamiento que las categorías especiales de datos?

En el presente artículo intentaremos dar respuesta a todas estas cuestiones a través del estudio de la situación actual.

2. APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DOMÉSTICA

En primer lugar, debemos tener claro cuándo no será de aplicación el RGPD. El artículo 2.2 c) del RGPD, de forma idéntica a la Directiva 95/46¹, excluye de su ámbito de aplicación al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas².

El RGPD nos concreta, a través del Considerando 18, que:

¹ Artículo 3.2 Directiva 95/46: “Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”.

² Para un análisis más detallado sobre el ámbito de aplicación de la excepción doméstica y su interpretación por los Tribunales y AEPD, Vid. LOZA CORERA, M. *Sobre la «Excepción Doméstica»*, 1 de febrero de 2021, Blog AEC. Disponible en <https://dpd.aec.es/sobre-la-excepcion-domestica/>

- La actividad personal o doméstica ha de ser sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial, en coherencia con la exigencia ya existente de que la actividad ha de ser exclusivamente personal o doméstica.
- Aporta como ejemplos de actividad personal o doméstica, “la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades” por lo que es necesario que la actividad en la red social o en internet se realice en dicho contexto personal o doméstico para quedar incluidas dentro de la excepción.

También concreta el Considerando 18 que “el Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”.

Si pensamos en la biometría, en la que es necesario un “tratamiento técnico específico” tal y como exige el artículo 4.14)RGPD para poder hablar de “datos biométricos”, es claro que va a ser necesaria la implicación de un responsable o encargado de tratamiento que deberá cumplir con la normativa de protección de datos.

En relación a la posible aplicación de la excepción doméstica al tratamiento de datos biométricos, la AEPD, en el contexto de una solución de Inteligencia Artificial en las fase de despliegue, inferencia/perfilado, afirma³ que “Si la comercialización tiene como objeto la venta de un producto que incluya un componente de IA a una persona física para su uso particular, aunque el modelo incluya datos de carácter personal, aplicará la excepción doméstica, salvo que realice un tratamiento para sus propios fines de los datos personales incluidos, en cuyo caso también será considerado responsable”.

El CEPD establece varios ejemplos en relación a la autenticación de un conductor en su vehículo⁴.

Por tanto, podría ser posible la aplicación de la excepción doméstica en casos de tratamiento de datos biométricos, pero no deberá producirse tratamiento de datos de terceras personas ajenas, pues en este caso estaríamos ante un responsable de tratamiento que trata datos para sus propias finalidades.

3. CONCEPTO DE DATOS BIOMÉTRICOS

Una imagen es un dato de carácter personal por ser una información sobre una persona física identificada o identificable⁵ pero no constituye un dato

³ AEPD, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, febrero de 2020. Disponible en <https://www.aeDd.es/sites/default/files/2020-02/adeacuacion-rgpd-ia.pdf> p.18.

⁴ Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications, p.15. Disponible en https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_guidelines_202001_connectedvehicles.pdf

⁵ Artículo 4.1 RGPD.

biométrico *per se*. Para ello, es necesario aplicar un “tratamiento técnico específico” que nos permita la medición de determinadas características que “permitan o confirmen la identificación única de dicha persona”. Así, el RGPD define⁶ los datos biométricos como aquellos “*datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*”.

En relación a las fotografías, el Considerando 51 del RGPD aclara que “*únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física*”.

No todo dato biométrico constituye categoría especial de datos. El artículo 9.1 RGPD incluye en dicha categoría a aquellos datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física. En este sentido, también interpreta el Comité Europeo de Protección de Datos en sus *Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo*⁷ y la Agencia Española de Protección de Datos en su Consulta 0036/2020⁸: al afirmar que “*el RGPD no parece considerar a todo tratamiento de datos biométricos como tratamiento de categorías especiales de datos, ya que el artículo 9.1 se refiere a los “datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”, por lo que, de una interpretación conjunta de ambos preceptos parece dar a entender que los datos biométricos solo constituirían una categoría especial de datos en el caso de que se sometan a un tratamiento técnico específico dirigido a identificar de manera unívoca a una persona física*”.

En el mismo sentido, la nueva versión del Convenio 108 para la Protección de Individuos con respecto al procesamiento de datos personales⁹ incluye entre las categorías especiales de datos a los datos biométricos dirigidos a la identificación unívoca de una persona.

Si los datos biométricos son categorías especiales de datos cuando identifiquen unívocamente a una persona, hemos de tener en cuenta que una “identificación unívoca” no es lo mismo que una “verificación” o “autenticación” de la identidad. Para poder comprender la cuestión, en primer lugar, debemos conocer la trascendencia de la distinción uno a uno (1:1) y uno a varios (1: varios) en materia de protección de datos según el Comité Europeo de Protección de Datos y las Autoridades de control, como la AEPD.

⁶ Artículo 4.14) RGPD.

⁷ *Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo*, p.19.

⁸ Consulta 0036/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf> p. 18.

⁹ *Convention 108 + Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*. Disponible en <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, actual Comité Europeo de Protección de Datos, en su *Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas*¹⁰ ya distinguía dichos conceptos:

- Identificación biométrica: la identificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparar sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la identificación) con una serie de plantillas biométricas almacenadas en una base de datos (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-varios).
- Verificación/autenticación biométrica: la verificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparación entre sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la verificación) con una única plantilla biométrica almacenada en un dispositivo (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-uno).

La AEPD ha recogido dicha interpretación en diferentes documentos. Así, en el documento *14 equívocos con relación a la Identificación y autenticación biométrica*¹¹, elaborado junto con el Supervisor Europeo de Protección de Datos, afirma que “*La identificación es el proceso de reconocer a un individuo particular entre un grupo. Este proceso compara los datos del individuo a identificar con los datos de cada individuo en el grupo. La autenticación es el proceso de probar que es cierta la Identidad reclamada por un individuo*”.

Posteriormente, así se recoge en la Guía sobre *La protección de datos en las relaciones laborales*¹² afirmando que “el concepto de dato biométrico incluye ambos supuestos, tanto la identificación como la verificación/autenticación. Sin embargo, y con carácter general, los datos biométricos únicamente tienen la consideración de categoría especial de datos en los supuestos en que se sometan a tratamiento técnico dirigido a la identificación biométrica (uno-a-varios) y no en el caso de verificación/autenticación biométrica (uno-a-uno)”.

Dicha distinción también se ha mantenido en el Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea. Por su parte, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial define¹³ los datos biométricos de manera idéntica al RGPD, como “*los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de*

¹⁰ Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías* adoptado el 27 de abril de 2012. Disponible en https://ec.europa.eu/iustice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp193_es.pdf

¹¹ AEPD y Supervisor Europeo de Protección de Datos, Junio de 2020, p.1. Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-06/nota-eaivocos-biometria.pdf>

¹² “AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo de 2021, p.31.

¹³ Artículo 3.33) Propuesta Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión COM(2021) 206 final.

una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.

Recientemente, se ha cuestionado la vigencia de la distinción entre autenticación y verificación/autenticación, a raíz de que el Comité Europeo de Protección de Datos, en sus *Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement*, afirmase¹⁴ (la traducción es nuestra) que «Si bien ambas funciones -autenticación e identificación- son distintas, ambas se refieren al tratamiento de datos biométricos relacionados con una persona física identificada o identificable y, por lo tanto constituyen un tratamiento de datos personales, y más concretamente un tratamiento de categorías especiales de datos personales». Se ha indicado que contradecía el criterio de la AEPD, cuando en realidad, la AEPD no ha hecho sino recoger y aplicar el criterio del CEPD hasta la fecha, tal y como hemos visto.

Con respecto al supuesto cambio de criterio por parte del CEPD, y, por tanto, a la posibilidad de que todo dato biométrico suponga una categoría especial de datos, entendemos que no podemos concluir que exista un cambio de criterio, al menos por ahora, por varias razones.

En primer lugar, porque se trata de una versión no definitiva, ya que se ha sometido a consulta pública hasta el 27 de junio de 2022 y estamos a la espera de la aprobación definitiva de las Directrices.

En segundo lugar, porque entraría en contradicción con lo que la propia *Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos* considera como categorías especiales de datos, que son únicamente los “datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”.

En tercer lugar, porque a pesar de la rotundidad de la afirmación comentada anteriormente del CEPD, a continuación,¹⁵ el propio CEPD indica que las técnicas digitales para detectar comportamientos anómalos o sucesos violentos, o para reconocer emociones faciales o incluso siluetas, no pueden considerarse sistemas biométricos que traten categorías especiales de datos personales, siempre que no tengan por objeto la identificación única de una persona

¹⁴ Apartado 12, p. 8.

¹⁵ Apartado 14: “The mere detection of faces by so-called “smart” cameras does not necessarily constitute a facial recognition system either. While they also raise important questions in terms of ethics and effectiveness, digital techniques for detecting abnormal behaviours or violent events, or for recognising facial emotions or even silhouettes, they may not be considered as biometric systems processing special categories of personal data, provided that they do not aim at uniquely identifying a person and that the personal data processing involved does not include other special categories of personal data. These examples are however not completely unrelated to facial recognition and are still subject to personal data protection rules. Furthermore, this type of detection system may be used in conjunction with other systems aiming at identifying a person and thereby being considered as a facial recognition Technology”.

y que el tratamiento de datos personales de que se trate no incluya otras categorías especiales de datos personales. Por tanto, el CEPD está admitiendo la existencia de tratamientos de datos biométricos que no constituyen categorías especiales de datos, siempre que no persigan la identificación unívoca.

En cuarto lugar, porque el CEPD afirma en el mismo documento¹⁶ que *“Dado que los datos biométricos, cuando se tratan con el fin de identificar de forma inequívoca a una persona física constituyen categorías especiales de datos de los enumerados en el artículo 10 del LED reduciendo, por tanto, los datos biométricos que constituyen datos de categoría especial, al caso en que se traten con el objetivo de obtener la identificación unívoca de la persona y no incluyendo los casos de verificación/autenticación, en coherencia con lo establecido por la Directiva 2016/680 y la interpretación del propio CEPD hasta la fecha.*

Por tanto, habrá que esperar a la definitiva aprobación de las Directrices para saber si estamos ante un cambio de criterio del CEPD o se trataba de un error, como todo parece apuntar. No obstante, y como veremos en apartados posteriores, estamos de acuerdo en considerar a todo dato biométrico, categoría especial de datos.

4. TECNOLOGÍAS BIOMÉTRICAS EMERGENTES

Debemos tener presente que, además de los sistemas de identificación biométrica, existen otra serie de técnicas biométricas que permiten el reconocimiento de emociones y categorización biométrica. Dado que estos sistemas pueden no tratar categorías de datos incluidos en el artículo 9 RGPD, o no servir para lograr una identificación unívoca, en principio será suficiente con una base de legitimación del artículo 6 RGPD para que dicho tratamiento sea lícito.

En esta situación también apreciamos la “paradoja de la biometría”, pues resulta altamente intrusivo para los derechos y libertades de las personas que puedan obtener información, sensible para su titular, pero que a efectos del RGPD no constituya “categorías especiales de datos”. Además, a partir del análisis de determinados parámetros biométricos, se pueden inferir datos que sí pueden constituir datos de categoría especial.

Si pensamos en los neurodatos y la protección que se reclama sobre la actividad cerebral, en este caso, podemos hacer una analogía en relación a la información que se puede obtener a través de técnicas biométricas “débiles” (*weak*) o de segunda generación, tales como la forma de andar, patrones de comportamiento o la categorización en un sexo o en un grupo de edad, aunque no se asocien a una identidad, pues las consecuencias para la persona

¹⁶ “Given that biometric data when processed for the purpose of uniquely identifying a natural person constitute special categories of data listed in Article 10 of the LED, the different applications of FRT in most cases would require a dedicated law precisely describing the application and the conditions for its use”: Apartado 44, p.13.

pueden producirse con independencia incluso de asociarse a su identidad. Además, este tipo de tecnologías son especialmente invasivas ya que el interesado puede no ser consciente de que se están utilizando sobre su persona.

En el año 2021 el Supervisor Europeo de Protección de Datos ya alertaba¹⁷ sobre los riesgos que las tecnologías de reconocimiento de emociones plantean a las personas. Aun sin concluir que ello supone *per se* un tratamiento de datos de categoría especial, sí que concluyen que “*en algunos contextos, los algoritmos pueden inferir categorías especiales de datos personales, como las opiniones políticas o los datos de salud*”.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (IA) denomina¹⁸ “sistema de reconocimiento de emociones” al sistema de IA destinado a detectar o deducir las emociones o las intenciones de personas físicas a partir de sus datos biométricos, y “sistema de categorización biométrica” al sistema de IA destinado a asignar a personas físicas a categorías concretas, como un sexo, edad, color de pelo, color de ojos, tatuajes, origen étnico u orientación sexual o política, en función de sus datos biométricos. Estos sistemas no se incluyen dentro de las prácticas de IA prohibidas (artículo 5), ni de los sistemas de IA de alto riesgo (artículo 6), sino que se incluyen dentro de los sistemas de riesgo limitado (artículo 52).

Tanto el CEPD como el SEPD, en su *Dictamen conjunto 5/2021 sobre la propuesta de Reglamento de IA*¹⁹, piden una prohibición general del uso de la IA para el reconocimiento automatizado de rasgos humanos en espacios de acceso público, como los rostros, pero también la marcha, las huellas dactilares, el ADN, la voz, las pulsaciones de teclas y otras señales biométricas o conductuales, en cualquier contexto y consideran que “el uso de la IA para inferir emociones de una persona física es muy indeseable y deberá prohibirse, excepto en determinados casos de uso bien especificados, a saber, con fines de salud o investigación (por ejemplo, pacientes para quienes el reconocimiento emocional es importante), siempre con las salvaguardias adecuadas y, por supuesto, con sujeción a todas las demás condiciones y límites de protección de datos, incluida la limitación de la finalidad”.

Recientemente, la autoridad de control de protección de datos inglesa (*the Information Commissioner’s Office*, ICO) ha publicado dos informes²⁰ en relación con las tecnologías biométricas emergentes, para alertar a las organizaciones

¹⁷ <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/techdispatch/techdispatch-12021-facial-emotion-recognition>

¹⁸ Artículo 3.34) y 35)

¹⁹ CEPD-SEPD Dictamen conjunto 5/2021 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), 18 de junio de 2021. Disponible en <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal> es pp. 13 y 14

²⁰ ICO, *Biometrics insight report* y *Biometrics foresight report*, 26 de octubre de 2022. Disponibles en <https://ico.org.uk/about-the-ico/research-and-reports/biometrics-technologies/>

de que deben evaluar los riesgos del uso de las tecnologías de análisis de las emociones antes de proceder a la implementación de estos sistemas. La ICO advierte que investigará a las organizaciones que no actúen de forma responsable.

En línea con lo comentado anteriormente, el Comisario adjunto (ICO) Stephen Bonner considera²¹ que *“este tipo de uso de datos es mucho más arriesgado que las tecnologías biométricas tradicionales que se utilizan para verificar o identificar a una persona”*. Reconoce y sentencia que *“los desarrollos en el mercado de la biometría y la IA emocional son inmaduros. Es posible que no funcionen todavía, o incluso nunca”*.

No en vano, en los informes la ICO ha utilizado una definición de “tecnologías biométricas” como aquellas que *“procesan características biológicas o de comportamiento con fines de identificación, verificación, categorización o elaboración de perfiles”* ya que esta definición, tal y como indican²², más amplia incluye datos considerados biométricos, pero que no necesariamente encajan o se incluyen en las definiciones del RGPD de datos biométricos y categorías especiales de datos, para evitar que queden fuera del ámbito de aplicación de la legislación británica sobre protección de datos.

Consideramos que, para evitar situaciones que supongan un menoscabo de los derechos y libertades de los interesados y dado el carácter especialmente intrusivo de este tipo de tecnologías, debería reformarse la definición de categorías especiales de datos del RGPD, para incluir a todos los datos biométricos, con independencia de si permiten la identificación unívoca de su titular o solo la autenticación. No puede sostenerse la naturaleza de un dato sobre el hecho de si permite o no la identificación unívoca de su titular o solo la verificación o autenticación. De forma adicional, el régimen aplicable a los datos biométricos debe reforzarse dado que el tratamiento de este tipo de datos puede llevarse a cabo sin conocimiento de su titular.

En coherencia, también consideramos que debería modificarse la propuesta de Reglamento de IA en este punto, prohibiéndose este tipo de prácticas en determinadas situaciones o incluyéndose dentro de los sistemas de IA de alto riesgo.

5. POSICIÓN DE AUTORIDADES DE CONTROL EUROPEAS

A continuación, analizaremos diferentes resoluciones de las autoridades de control que tienen por objeto el análisis de diferentes tratamientos de datos biométricos, con la finalidad de ver los criterios aplicados en cada caso.

²¹ <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2022/10/immature-biometric-technologies-could-be-discriminating-against-people-savs-ico-in-warning-to-organisations/>

²² ICO, *Biometrics: insight Report*, 26 de octubre de 2022, p. 5. Disponible en <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/4021972/biometrics-insight-report.pdf>

Lituania

La Inspección Estatal de Protección de Datos (VDAI) de Lituania, impuso una multa²³ de 20.000 euros a un club deportivo por haber llevado a cabo el tratamiento de datos biométricos de sus clientes y empleados sin una base de legitimación válida, ya que la empresa trató los datos en base al consentimiento del interesado. La VDAI parte de la base de que se trata de categorías especiales de datos y considera que el consentimiento no cumple con todos los requisitos establecidos, principalmente por no ser libre y no cumplir con el resto de requisitos, ya que no se ofrecía la información correspondiente a dicho tratamiento. En lo que respecta al tratamiento de la huella del colectivo de trabajadores, la VDAI estima que tampoco puede basarse en su consentimiento, debido a la relación de desequilibrio existente en el ámbito laboral.

También sancionó por no haber llevado a cabo una Evaluación de Impacto en Protección de Datos y por no mantener actualizado el registro de actividades del tratamiento.

Polonia

La Autoridad de protección de datos de Polonia, impuso una sanción²⁴ a un colegio por el tratamiento de datos biométricos (categorías especiales de datos) de los menores que hacían uso del comedor escolar sin una base de legitimación.

La escuela argumentó que disponía del consentimiento de los padres o tutores, y que 680 alumnos estaban utilizando el sistema de identificación biométrica y cuatro, un sistema de identificación alternativo.

La Autoridad concluyó que el tratamiento de datos biométricos no era necesario para lograr el objetivo de la identificación de los menores y que la escuela disponía de hecho de otros medios menos intrusivos de identificación, como las tarjetas electrónicas o indicando el nombre y apellidos. La autoridad también consideró que para la finalidad indicada el tratamiento de datos biométricos resultaba desproporcionado. En este caso, además, se daba el hecho de que se producía un trato diferente a los alumnos sin ninguna justificación, ya que los que no utilizaban el sistema de identificación biométrico eran atendidos en último lugar.

En el presente caso, la Autoridad tuvo en cuenta, no solo el tratamiento de una categoría especial de datos, sino que se realizaba sobre un colectivo vulnerable como es el de los menores, que requiere una protección especial.

Italia

La Autoridad de Protección de Datos italiana, el *Garante per la protezione dei dati personali*, impuso una sanción²⁵ de 200.000 euros a la Università

²³ <https://vdai.lrv.lt/lt/nauiienos/sporto-klubui-skirta-bauda-uz-bendroio-duomenu-apsaugos-reglamento-pazeidimus-tvarkant-klientu-ir-darbuotoiu-pirstu-atspaudus>

²⁴ <https://uodo.gov.pl/decyzje/ZSZS.440.768.2018>

²⁵ <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-displav/docweb/9703988>

Commerciale «Luigi Bocconi» de Milan, por la implementación de un sistema de monitorización en línea durante la realización de exámenes que implicaba el tratamiento de datos biométricos (*proctoring*). El sistema se desplegó en el contexto de la pandemia del SARS-CoV-2 con el objeto de verificar la autenticidad de la prueba escrita.

El Garante italiano consideró que la Universidad había tratado los datos sin una base de legitimación válida, ya que el consentimiento no era adecuado para un tratamiento de datos que implicaba el cumplimiento de la obligación de la Universidad de expedir títulos académicos y porque no podía condicionarse la realización de los exámenes a la prestación del consentimiento. También considera el Garante que el consentimiento no era libre dada la relación de desequilibrio que se produce entre estudiantes y Universidad.

El Garante recuerda que para realizar tratamiento de datos biométricos para el cumplimiento de una misión de interés público solo será posible cumpliendo los requisitos del Artículo 9.2 g) RGPD g) y, por tanto, cuando “el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”. En el presente caso no existe dicha ley, ni la Universidad identificó ninguna norma que autorizase expresamente el tratamiento de datos biométricos para esta finalidad.

También se detectaron otras infracciones tales como transferencia internacional de datos sin cumplimientos de los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos, cumplimiento defectuoso del deber de información e incumplimiento de los estándares de privacidad desde el diseño y por defecto.

Holanda

La Autoridad de protección de datos Holandesa, sancionó a un supermercado que utilizaba un sistema de reconocimiento facial con la finalidad de proteger a sus clientes y al personal y evitar los robos en las tiendas. La tecnología escaneaba el rostro de todas las que entraban en la tienda y la comparaba con una base de datos de personas a las que se les había prohibido la entrada en las tiendas. Las caras de las personas que no figuraban en dicha base de datos se borraban después de varios segundos.

La vicepresidenta de la Autoridad de control holandesa, Monique Verdier, afirmó²⁶ que “es inaceptable que este supermercado -o cualquier otra tienda

²⁶ <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/dutch-dpa-issues-formal-warning-supermarket-use-facial-recognition-technology>

de los Países Bajos- empieza a utilizar la tecnología de reconocimiento facial y que “El uso de esta tecnología fuera del hogar está prohibido en casi todos los casos. Y eso es por una buena razón”.

Suecia

La Autoridad de protección de datos de Suecia sancionó²⁷ con 20.000 euros a un municipio por realizar una prueba piloto consistente en utilizar reconocimiento facial para controlar la asistencia de los alumnos a la escuela.

La Autoridad de control consideró que se habían tratado datos sensibles de forma ilícita, ya que el consentimiento no era una base de legitimación adecuada dado el desequilibrio existente entre el responsable de tratamiento y el interesado. Además, la escuela no realizó una Evaluación de Impacto adecuada ni realizó la consulta previa a la Autoridad de control.

Francia

En Francia se sometió a consulta²⁸ de la CNIL una propuesta sobre el uso de reconocimiento facial en dos escuelas con la finalidad de ayudar a controlar el acceso a las mismas para prevenir intrusiones y robo de identidad. Únicamente se utilizaría en aquellos estudiantes que hubieran dado su consentimiento y se aportó la correspondiente Evaluación de Impacto en Protección de Datos.

La CNIL concluyó que el dispositivo propuesto era contrario a los principios fundamentales de proporcionalidad y minimización de datos establecidos por el RGPD. Así, entiende que “los objetivos de asegurar y agilizar el ingreso a estas escuelas secundarias se pueden lograr por medios mucho menos intrusivos en términos de privacidad y libertades individuales, como el control de credenciales, por ejemplo”.

Adicionalmente, la CNIL señala que debe tenerse en cuenta que además de los riesgos inherentes a estas tecnologías, “Estos riesgos se incrementan cuando se aplican dispositivos de reconocimiento facial a menores, que son objeto de especial protección en los textos nacionales y europeos”.

Noruega

En Noruega, encontramos un caso en el que se ha autorizado²⁹, por parte de su autoridad de control en protección de datos, el uso de tecnología de reconocimiento facial en un estadio de fútbol (Brøndby).

²⁷ <https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/facial-recognition-school-renders-swedens-first-gdpr-fine-es>

²⁸ <https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position>

²⁹ <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/tilladelser/2019/mai/tilladelse-til-behandling-af-biometriske-data-ved-brug-af-automatisk-ansigtsgenkendelse-ved-indgange-paa-broendby-stadion>

El artículo 9.2.g) del RGPD, excepciona de la prohibición de tratamiento de categorías especiales de datos, si el tratamiento es necesario por razones de interés público esencial. De conformidad con el artículo 7.4 de la Ley de Protección de Datos nacional, la Autoridad de Control debe autorizar dicho tratamiento cuando no se realice para una autoridad pública.

La Autoridad entiende que dicho tratamiento tiene encaje en dicho supuesto y en su autorización establece una serie de condiciones, tales como que sólo se podrá utilizar en determinados partidos, debe cumplirse con el deber de informar, los datos deben suprimirse después de cada partido y el establecimiento de medidas de seguridad adecuadas.

Podemos observar que, en Europa, la línea seguida por las Autoridades de control europeas en materia de protección de datos es similar, no encontrando diferencias interpretativas significativas, salvo el caso de Noruega comentado anteriormente.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos publicó el 29 de Junio de 2020 su *Opinion 4/2020 sobre el Libro Blanco sobre IA de la Comisión*³⁰, en la que propone una moratoria en la UE en relación al uso de la identificación biométrica remota en espacios públicos, no solo en lo relativo al reconocimiento facial sino también sobre huellas, ADN, voz, señales de comportamiento etc, hasta que se lleve a cabo un debate a nivel europeo y se establezcan las garantías adecuadas y el marco legal que garantice la proporcionalidad de las respectivas tecnologías y sistemas para los específicos casos de uso.

Esta preocupación sobre los sistemas de reconocimiento facial no sólo existe en Europa. En Canadá³¹ recientemente *the Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics* ha realizado un estudio que confirma que el marco legislativo actual de Canadá no regula adecuadamente la tecnología de reconocimiento facial y la Inteligencia Artificial. La Comisión entiende que, sin un marco adecuado, las tecnologías de reconocimiento facial y otras herramientas de IA podrían causar daños irreparables a algunas personas. Por ello, opinan que “estas tecnologías deben utilizarse de forma responsable dentro de un marco legislativo sólido que proteja los derechos de privacidad y libertades civiles de los canadienses. Dado que dicho marco legislativo no existe en este momento, debería imponerse una pausa nacional en el uso de tecnologías de reconocimiento facial, en particular con respecto a los servicios policiales” (la traducción es nuestra).

³⁰ SEPD, Opinion 4/2020 sobre el Libro Blanco sobre IA de la Comisión Disponible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-06-19_opinion_ai_white_oaer_en.pdf

³¹ FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY AND THE GROWING POWER OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE Report of the Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics, Pat Kelly, Chair, October 2022 44th Parliament, 1st Session Disponible en <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/ETHI/Reports/RP11948475/ethirp06/ethirp06-e.pdf> p. 46 y ss.

En Estados Unidos, diferentes Estados³² están aprobando su propia normativa a falta de una regulación a nivel Federal.

6. POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

En nuestra Autoridad de Control podemos observar una evolución en las diferentes resoluciones que implican tratamiento de datos biométricos, hasta el punto de que podríamos afirmar se ha producido un cambio de criterio, ya que lo que antes era admitido con ciertos requisitos (tratamiento del dato de la huella dactilar) ahora no lo es. Actualmente, para poder llevar a cabo un tratamiento de datos biométrico, resulta harto difícil, sino imposible, superar el juicio de necesidad y proporcionalidad.

6.1. Primera etapa: admisión del uso de sistemas biométricos basado en huella dactilar

De un tiempo a esta parte, la AEPD ha venido aceptando sistemas de fichaje por mecanismos biométricos basados en la huella dactilar.

Por ejemplo, la AEPD ha considerado adecuado el uso de sistemas de fichaje biométrico mediante huella dactilar en el ámbito laboral, entre otras, podemos citar Procedimiento E/03925/2020³³, sin que haya detectado impedimentos en materia de idoneidad, necesidad o proporcionalidad. Así, se afirma en la citada resolución que:

“El tratamiento de estos datos está expresamente permitido por el cuando el empresario cuenta con una base jurídica, que de ordinario es el propio contrato de trabajo.

A este respecto, la STS de 2 de julio de 2007 (Rec. 5017/2003), que ha entendido legítimo el tratamiento de los datos biométricos que realiza la Administración para el control horario de sus empleados públicos, sin que sea preciso el consentimiento previo de los trabajadores.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El trabajador debe ser informado sobre estos tratamientos.

Deben respetarse los principios de limitación de la finalidad, necesidad, proporcionalidad y minimización de datos. En todo caso, el tratamiento también deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con dicha finalidad. Por tanto, los datos biométricos que no sean necesarios para esa finalidad deben suprimirse y no siempre se justificará la creación de una base de datos biométricos (Dictamen 3/2012 del Grupo de Trabajo del art. 29).

Uso de plantillas biométricos: Los datos biométricos deberán almacenarse como plantillas biométricos siempre que sea posible. La plantilla deberá extraerse de una manera

³² Illinois, Texas, Washington, Arkansas, California, Colorado.

³³ Procedimiento E/03925/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/e-03925-2020.pdf>

que sea específica para el sistema biométrico en cuestión y no utilizada por otros responsables del tratamiento de sistemas similares a fin de garantizar que una persona solo pueda ser identificada en los sistemas biométricos que cuenten con una base jurídica para esta operación.

El sistema biométrico utilizado y las medidas de seguridad elegidas deberán asegurarse de que no es posible la reutilización de los datos biométricos en cuestión para otra finalidad.

Deberán utilizarse mecanismos basados en tecnologías de cifrado, a fin de evitar la lectura, copia, modificación o supresión no autorizadas de datos biométricos.

Los sistemas biométricos deberán diseñarse de modo que se pueda revocar el vínculo de identidad.

Deberá optarse por utilizar formatos de datos o tecnologías específicas que imposibiliten la interconexión de bases de datos biométricos la divulgación de datos no comprobada.

Los datos biométricos deben ser suprimidos cuando no se vinculen a la finalidad que motivó su tratamiento y, si fuera posible, deben implementarse mecanismos automatizados de supresión de datos.

*En el presente caso, el reclamado ha implantado un sistema de **gestión de la asistencia laboral de sus trabajadores mediante huella dactilar**. Hay que señalar que la legitimación para el tratamiento de la huella para el acceso y control horario de los trabajadores por parte del empleador debemos buscarlo en el artículo 9 y 6 del RGPD. (...) **El reclamado tiene legitimación, fundamentada en la normativa señalada, para efectuar el control de acceso y de horario en relación con sus trabajadores, siempre que cumpla los requisitos indicados**. No es necesario que solicite el consentimiento a los trabajadores, ya que la causa que legitima el tratamiento revisado son las señaladas del artículo 9 del RGPD, que levanta la prohibición de tratamiento de los datos biométricos y el 6.1.b) que lo legitima”.*

En la resolución de la AEPD del Procedimiento N^o: E/05310/2020³⁴ se afirma que:

“El reclamado tiene legitimación, fundamentada en la normativa señalada, para efectuar el control de registro de horario en acceso y fin de jornada en el Colegio para su registro por tener relación contractual con los empleados y verificar el cumplimiento de la jornada que dimana del contrato, así como el registro de la misma que está previsto en norma con rango de Ley.

Así pues, no es necesario que se solicite el consentimiento a los trabajadores, ya que la causa que legitima el tratamiento revisado son las señaladas del artículo 9 del RGPD, que levanta la prohibición de tratamiento de los datos biométricos y el 6.1.b) y c) que lo legitima”

³⁴ Procedimiento E/05310/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/e-05310-2020.pdf> P. °

El Procedimiento N^o: PS/00131/2020³⁵ y el Procedimiento N^o: PS/00127/2020³⁶, entre otros, señalan como base de legitimación los artículos 9.2b) y 6.1b) RGPD:

“La legitimación para el tratamiento de la huella dactilar para el control de los trabajadores por parte del empleador debemos buscarlo en el artículo 9 y 6 del RGPD. El artículo 9 del RGPD establece en sus apartados 1 y 2.b) lo siguiente: Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física. 2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: (...) b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.”

El artículo 6.1. b) del RGPD indica: „1.El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: (...) b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.“

El reclamado tiene legitimación, fundamentada en la normativa señalada, para efectuar el control laboral de sus trabajadores y siempre que cumpla los requisitos indicados en el Fundamento de Derecho quinto“.

De modo similar, la STS de 2 de julio de 2007 (Rec. 5017/2003), que ha entendió legítimo el tratamiento de los datos biométricos que realiza la Administración para el control horario de sus empleados públicos y el Procedimiento N^o: PS/00128/2020³⁷ el cual recoge:

*“En segundo lugar, la instalación de un sistema de control basado en la recogida y tratamiento de la huella dactilar de los empleados implica el tratamiento de sus datos personales puesto que dato personal es toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable de conformidad con el artículo 4.1 del RGPD. En cuanto a la huella dactilar se trata, además, de datos que deben ser calificados como **datos biométricos** y de acuerdo con el artículo 4.14 del RGPD (...).*

De acuerdo con estas consideraciones el tratamiento de datos biométricos de categorías especiales requerirá, además de la concurrencia de una de las bases jurídicas establecidas en el artículo 6 del RGPD, alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD. El análisis de la base legal de legitimación para realizar este tratamiento viene

³⁵ Procedimiento N^o: PS/00131/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00131-2020.pdf>

³⁶ Procedimiento N^o: PS/00127/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00127-2020.pdf> p. 3/12.

³⁷ Procedimiento N^o: PS/00128/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00128-2020.pdf> p. 6/13.

del artículo 6 del RGPD, relativo a la licitud del tratamiento, que en su apartado letra b) señala: “El tratamiento será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: (...) b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales. En virtud de este precepto, **el tratamiento sería lícito y no requeriría el consentimiento, cuando el tratamiento de datos se realice para el cumplimiento de relaciones contractuales de carácter laboral.** Este precepto daría cobertura también al tratamiento de datos de los empleados públicos, aunque su relación no sea contractual en sentido estricto. Hay que señalar que **en ocasiones, para el cumplimiento de sus obligaciones en relación con los empleados públicos, la Administración ha de realizar tratamientos de determinados datos a los que se refiere el RGPD, en su artículo 9, como “categorías especiales de datos”.**

Por otra parte, y tal como pone de relieve el considerando 51 del mismo RGPD, en la medida en que los datos biométricos son de categoría especial en los supuestos de identificación biométrica (art. 9.1 RGPD), será necesario que concurra alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD que permitirían levantar la prohibición general del tratamiento de estos tipos de datos establecida en el artículo 9.1. En este punto hay que hacer especial mención de la **letra b) del artículo 9.2 del RGPD**, según la cual la prohibición general de tratamiento de datos biométricos no será de aplicación cuando “el tratamiento es necesario para el **cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral** y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”. En el ordenamiento español, el **artículo 20 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores (TE)**, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, prevé la posibilidad de que el empresario adopte **medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores: (..) Y en el Estatuto Básico del Empleado Público**, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en su artículo 54 en relación con los principios de conducta de los empleados públicos señala: “El desempleo de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará **de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos**”. (...)

Es innegable la posibilidad de utilización de sistemas basados en datos biométricos para llevar a cabo el control de acceso v horario, aunque tampoco parece que sea o deba ser el único sistema que puede ser usado: así el uso de tarjetas personales, la utilización de códigos personales, la visualización directa del punto de mareaje, etc., que pueden constituir, por sí mismos o en combinación con alguno de los otros sistemas disponibles, medidas igualmente eficaces para llevar a cabo el control. En cualquier caso, **con carácter previo a la decisión** sobre la puesta en marcha de un sistema de control de este tipo y teniendo en cuenta sus implicaciones, tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, sería **preceptivo llevar a cabo una evaluación de impacto** relativa a la protección de datos de carácter personal para evaluar tanto la legitimidad del tratamiento y su proporcionalidad como la determinación de los riesgos existentes y las medidas para mitigarlos de conformidad con lo señalado en el artículo 35 RGPD. En el caso presente, hay que hacer constar que **la entidad ha acreditado la preceptiva evaluación de impacto relativa a la protección de datos regulada en el artículo 35 del RGPD aportando el documento correspondiente**”.

Destacar que en ninguna de estas resoluciones se explica o se hace una mínima referencia a las razones que justifican la necesidad y proporcionalidad de la medida, ni la AEPD entra a analizar si se superan o no los juicios de necesidad o proporcionalidad, ignorando incluso si se han analizado por parte de los reclamados. Únicamente se hace referencia a que se ha realizado una Evaluación de Impacto en Protección de Datos, (en adelante, EIPD) pero no se indica si supera o no los juicios de proporcionalidad y necesidad. Incluso se afirma por parte de la AEPD que es “innegable la posibilidad de utilización de sistemas basados en datos biométricos para llevar a cabo el control de acceso y horario”, aunque también se afirma que “tampoco parece que sea o deba ser el único sistema que puede ser usado”, pero lo cierto es que no se incide en la necesidad y proporcionalidad de la medida.

Los razonamientos realizados por la AEPD en las resoluciones anteriormente comentadas en relación al acceso biométrico por huella, dado que versan sobre datos biométricos, deberían ser, al menos en un plano teórico, analógicamente aplicables a sistemas basados en otro tipo de datos biométricos, como por ejemplo los sistemas de control de acceso y registro de jornada a través de acceso biométrico por reconocimiento facial. De no ser así, entendemos se estaría haciendo una distinción entre datos de la misma naturaleza (biométricos) lo cual nos lleva a la situación que denominamos de “paradoja biométrica”.

Cuestión diferente, es que la situación actual demande un cambio de criterio y reforzamiento de las garantías hasta la fecha requeridas, lo cual es natural y acorde con los criterios europeos.

6.2. Segunda etapa: Necesidad y proporcionalidad del tratamiento

La primera fase de una EIPD es analizar la necesidad y proporcionalidad de la medida, tal y como establece el artículo 35.7 b) RGPD: “*La evaluación*

*de la **necesidad y la proporcionalidad** de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad*”.

Hemos visto en apartados anteriores la distinción realizada entre aquellos datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física y aquellos que permitan la verificación o autenticación. En ambos casos estaremos ante datos biométricos, pero únicamente en el caso de que el tratamiento se dirija a la obtención de la identificación de la persona, estaremos ante una categoría especial de datos (correspondencias uno-a-varios).

Dicha distinción es mantenida por la AEPD en su Guía *La protección de datos en las relaciones laborales*³⁸ de mayo de 2021, al afirmar que:

³⁸ Pp. 30 y 31.

“(…) cabe distinguir los supuestos de identificación biométrica de los supuestos de verificación o autenticación biométrica. La identificación es el proceso de reconocer a un individuo particular entre un grupo, comparándose los datos del individuo a identificar con los datos de cada individuo en el grupo (uno-a-varios). La verificación o autenticación es el proceso de probar que es cierta la identidad reclamada por un individuo, comparándose los datos del individuo únicamente con los datos asociados a la identidad reclamada (uno-a-uno)”.

En relación a la utilización de tecnologías biométricas en el ámbito laboral establece que:

“En caso de que se traten datos biométricos, la **AEPD recomienda optar por sistemas de verificación o autenticación biométrica**, siendo aconsejable que los sistemas biométricos se basen en la lectura de los datos biométricos almacenados como plantillas cifradas en soportes que puedan ser conservados exclusivamente por las personas trabajadoras (por ejemplo, tarjetas inteligentes o dispositivos similares). Por ejemplo, en el caso del tratamiento de datos biométricos para el fichaje en el momento de acceso al edificio, se utilizarán por la persona trabajadora terminales en los que será necesario tanto la aproximación de la tarjeta como la lectura de la huella. Es decir, el lector generará el identificador numérico de la huella que habrá de corresponderse con el de la tarjeta, entendiéndose que se ha producido el acceso al puesto de trabajo como consecuencia de la coincidencia entre el identificador generado y el que consta en la huella”.

Destacar que, en estos sistemas de verificación o autenticación, no precisarán de la realización de una EIPD³⁹ aunque siempre es recomendable su realización.

En relación a que permanezca en poder del trabajador la plantilla biométrica, la AEPD afirmó en la Consulta 0036/2020⁴⁰ relativa al sistema de reconocimiento facial para la realización de exámenes (*proctoring*) en las universidades que:

“Por último, y sin perjuicio del resultado del análisis de riesgos y de la evaluación de impacto y de las medidas de garantía que se adopten, así como del análisis que pueda realizar esta Agencia en el supuesto de que se le formule la consulta previa anteriormente referida, debe adelantarse que el criterio de la misma, en relación al tratamiento de datos biométricos, considera **más garantista que el dato biométrico permanezca en poder del afectado**. En este sentido, ya se pronunciaba el informe 65/2015 (...)”.

En la Consulta 0036/2020 relativa a los sistemas de *proctoring*, ante la necesidad de control de la identidad y unos estándares mínimos de calidad a la

³⁹ Guía AEPD *La protección de datos en las relaciones laborales*, “Si se opta por un sistema de identificación biométrica, será necesario llevar a cabo una evaluación de impacto”, p. 32.

⁴⁰ Consulta 0036/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf> p. 39.

hora de realizar los exámenes, la AEPD concluye⁴¹, en relación al reconocimiento facial, que:

*“La identificación por reconocimiento **biométrico** resulta en el tratamiento de una **categoría especial de datos**.*

*Si llevamos a cabo una evaluación inicial del tratamiento con el fin de definir el potencial alcance del impacto sobre el interesado podríamos decir que, **incluso con la única finalidad de identificación el impacto sobre el interesado tiene un potencial de riesgo muy alto**. Esta afirmación es posible teniendo en cuenta, además del análisis realizado en el apartado anterior, por la sensibilidad de los datos y otros potenciales atributos del tratamiento como son el posible volumen de datos sobre un mismo interesado que pudiera estar siendo recopilado durante el ciclo de vida del tratamiento, el número de interesados sobre los que se aplicaría y la exactitud de los datos teniendo en cuenta las consecuencias de los posibles falsos positivos/negativos sobre los interesados.*

*Por otro lado, **no se justifica la necesidad del tratamiento**, ya que la identificación online de los alumnos ya se ha estado realizando de forma habitual mediante la visualización del alumno, su seguimiento durante el periodo de formación y la muestra de la documentación incluso en la enseñanza reglada universitaria.*

En cuanto a los posibles beneficios para el interesado, no puede decirse que exista un equilibrio entre los posibles riesgos para el interesado y los beneficios de evitar un desplazamiento para la realización presencial de las pruebas de evaluación, salvo en supuestos excepcionales como el ocasionado por la pandemia, en el que deberían valorarse atendiendo a las indicaciones de las autoridades sanitarias (...).”

Posteriormente, la AEPD emitió una Resolución de advertencia a una Universidad (E/05454/2021), que, siguiendo todos los requerimientos del RGPD, había planteado utilizar un sistema de reconocimiento facial para la realización de exámenes online, basándose en el consentimiento y no siendo obligatorio, pues los alumnos podrían optar por la realización presencial del examen si así lo deseaban. La AEPD concluyó que:

***Juicio de necesidad:** “no se justifica la necesidad del tratamiento, ya que la identificación online de los alumnos se ha estado realizando de forma habitual por los centros Universitarios mediante la visualización del alumno sin emplear técnicas de reconocimiento facial”.*

“No cabe confundir necesidad con conveniencia”.

*“Por ello, teniendo en cuenta lo manifestado por la Universidad (...) sobre que no realizará procedimiento de datos biométricos relativos a la monitorización de los estudiantes en la convocatoria de los días (...) y que el análisis y procesamiento de las imágenes se realizará de forma manual por personal cualificado, procede concluir que, una vez analizadas las razones expuestas (...) esta Agencia considera que **no resulta justificada la necesidad del tratamiento de datos personales**”.*

⁴¹ Op. Cit, p.37.

En este sentido destacamos la resolución sancionadora de 4 de octubre de 2021 a una empresa por no haber realizado la EIPD en relación a su sistema de fichaje a través de huella (Expediente N^o: PS/00050/2021⁴²).

La AEPD impone sanción por no haber realizado la preceptiva EIPD. No obstante, en esta resolución vemos que la AEPD exige la acreditación exhaustiva de la necesidad y proporcionalidad del sistema propuesto:

*“En primer término, como en cualquier tipo de tratamiento que se lleva a cabo, se ha de acreditar la necesidad del tratamiento de datos a través del registro de huellas y proporcionalidad para el cumplimiento de la obligación legal del registro de jornada. **Se considera que pueden existir sistemas alternativos al utilizado que cumplen con los principios de proporcionalidad, necesidad y minimización en el tratamiento de datos. No se explica porque es necesario y preferible el sistema de identificación al de verificación. Para poder utilizar este sistema, de acuerdo con los parámetros establecidos en el RGPD, las empresas u organizaciones necesitan demostrar altos niveles de responsabilidad proactiva y diseño por defecto de Protección de Datos desde antes del tratamiento, incluyendo el hecho de ser capaces de justificar que el sistema utilizado es necesario, proporcionado en cada contexto específico en el que se va a implementar y acreditar que medidas técnicas menos intrusivas no existen o no funcionarían”.***

En otra resolución, PS/00010/2021⁴³, la AEPD afirma:

*“Para poder utilizar este sistema, y para este fin concreto, de acuerdo con los parámetros establecidos en el RGPD, las empresas u organizaciones necesitan demostrar **altos niveles de responsabilidad proactiva y diseño por defecto de Protección de Datos desde antes del tratamiento, incluyendo el hecho de ser capaces de justificar primero que hay causas para levantar la prohibición del tratamiento del artículo 9 del RGPD en datos biométricos que en este caso se basarían en razones de seguridad en los accesos a los vestuarios/aseos. (...)”***

*En este caso, se ha de valorar además en primer lugar, que el sistema utilizado sea **idóneo para la finalidad, sea necesario, y proporcionado en su contexto específico, acreditándose que medidas técnicas menos intrusivas no existen o no funcionarían.***

Esta triple valoración requiere una exhaustividad, partiendo como ya se ha dicho, no solo de la prohibición de tratamiento de estos datos, pues nos encontramos ante categorías especiales de datos personales, sino los riesgos de usar una tecnología intrusiva, los sesgos o la probabilidad de un error en la identificación, la suplantación de la identidad y el tipo de identidad única que contiene la huella, el impacto en la privacidad de las personas, las medidas de seguridad y la proporcionalidad o necesidad del citado tratamiento.

Ante el interés creciente en utilizar estos sistemas en ámbitos diferentes y, al tratarse de sistemas de identificación novedosos y muy intrusivos para los derechos y libertades fun-

⁴² Expediente N^o: PS/00050/2021. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00050-2021.pdf>

⁴³ Procedimiento N^o: PS/00010/2021. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00010-2021.pdf>

damentales de las personas físicas, la constante preocupación de esta autoridad de control es compartida por el resto de las autoridades desde hace años, como ponen de manifiesto:

-El Documento de trabajo sobre biometría, adoptado el 1/08/2003 por el Grupo del 29.

-El Dictamen 3/2012, sobre la evolución de las tecnologías biométricas, adoptado el 27/04/2012, y que ha llevado a que el propio legislador comunitario incluya estos datos entre las categorías especiales de datos en el RGPD.

En este dictamen se indica que: “Al analizar la proporcionalidad de un sistema biométrico propuesto, es preciso considerar previamente si el sistema es **necesario** para responder a la necesidad identificada, es decir, si es **esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable**. Un segundo factor que debe tenerse en cuenta es la probabilidad de que el sistema sea **eficaz** para responder a la necesidad en cuestión a la luz de las características específicas de la tecnología biométrica que se va a utilizar. Un tercer aspecto para ponderar es si la **pérdida de intimidad resultante es proporcional a los beneficios esperados**. Si el beneficio es relativamente menor, como una mayor comodidad o un ligero ahorro, entonces la pérdida de intimidad no es apropiada. El cuarto aspecto para evaluar la adecuación de un sistema biométrico es considerar **si un medio menos invasivo de la intimidad alcanzaría el fin deseado**.”

-El Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del GT29 (adoptado el 8/06/2017) establece que “aunque el uso de estas tecnologías puede ser útil para detectar o prevenir la pérdida de propiedad intelectual y material de la empresa, mejorando la productividad de los trabajadores y protegiendo los datos personales de los que se encarga el responsable del tratamiento, también plantea importantes retos en materia de privacidad y protección de datos. Por consiguiente, se requiere una nueva evaluación del equilibrio entre el interés legítimo del empresario de proteger su empresa y la expectativa razonable de privacidad de los interesados: los trabajadores”.

Por ello, “Independientemente de la base jurídica de dicho tratamiento, antes de su inicio se debe realizar una prueba de proporcionalidad con el fin de determinar si el tratamiento es necesario para lograr un fin legítimo, así como las medidas que deben adoptarse para garantizar que las violaciones de los derechos a la vida privada y al secreto de las comunicaciones se limiten al mínimo. Esto puede formar parte de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD)”.

Antes de implantar un sistema de reconocimiento de la identidad mediante la huella dactilar, el responsable debe de valorar primero si hay otro sistema menos intrusivo con el que se obtenga idéntica finalidad(...)

Toda medida empresarial de control como esta de seguridad en parte de las instalaciones internas que conlleva el tratamiento de datos de carácter personal, que afecta a sus titulares, empleados y empleadas, para ser legítima, debe ser analizada desde **el triple juicio** de la:

-**idoneidad:** (...)

-**La necesidad del tratamiento**, no debe confundirse con utilidad del mismo. Puede que se facilite el no tener que conocer o recordar la clave de acceso, llevar una tarjeta, es automático e instantáneo. Obviamente un sistema de reconocimiento por huella puede ser útil, pero no tiene por qué ser objetivamente necesario (siendo esto último lo que realmente debe estar presente). Como establece el GT29 - Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas- debe examinarse “si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable”.

En este sentido, la AEPD analizando la necesidad de un tratamiento concluye que, “Si es necesaria o no, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia por poder llevarse a cabo manualmente la actividad. El término necesidad no debe confundirse con útil sino si el tratamiento es objetivamente necesario para la finalidad” -por todas, PS/00052/2020-.

La necesidad implica la necesidad de una evaluación combinada y basada en los hechos de la eficacia de la medida para los objetivos perseguidos y de si es menos intrusiva en comparación con otras opciones para lograr el mismo objetivo. Es también un principio de calidad de datos y una condición recurrente en casi todos los requisitos sobre la

*legalidad del tratamiento de datos personales derivados del derecho de Protección de Datos. **Si no hay necesidad objetiva del tratamiento, si no es esencial para satisfacer esa necesidad, el tratamiento no es proporcional ni lícito (...).***

***-Proporcionalidad,** un vínculo lógico entre medida y objetivo perseguido. Además, para que una medida cumpla el principio de proporcionalidad, las ventajas resultantes de la medida no deben ser compensadas por las desventajas que causa la medida con respecto al ejercicio de los derechos fundamentales.*

Finalmente, en la Resolución sancionadora PS/00218/2021⁴⁴ aunque la resolución no es innovadora en cuanto a su argumentación, la novedad reside, como la propia AEPD indica, en sancionar por primera vez el uso de un sistema de reconocimiento facial para el registro de jornada laboral. Hasta la fecha, las resoluciones sancionadoras que implicaban el tratamiento de datos biométricos no sancionaban por la inadecuación del propio sistema de datos biométrico, o por la falta de proporcionalidad y necesidad del mismo, sino por no haber realizado la EIPD preceptiva, entre otras cuestiones. En esta resolución, la AEPD sanciona, no sólo por no disponer de la preceptiva EIPD, sino por infracción del artículo 9.2.b) en relación con el 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el 72.1. e) de la LOPDGDD, es decir, por no disponer de una base de legitimación adecuada.

En relación a los datos biométricos, la AEPD recuerda el carácter restrictivo de su uso: “(...) destacar la nota del carácter restrictivo, pues por principio, su tratamiento está prohibido y solo pueden tratarse con carácter excepcional, en determinados supuestos que se contemplan en el RGPD, que prevé unos estrictos requisitos para posibilitar finalmente la puesta en funcionamiento de tales sistemas, debido a la afectación a los derechos y libertades fundamentales, por los riesgos que puede entrañar el contexto de su tratamiento”.

En cuanto a la naturaleza de los datos biométricos, afirma que “..los datos biométricos, por naturaleza, no son sensibles, sino dependerá del uso o contexto en que se utilicen, las técnicas empleadas para su tratamiento, y la consiguiente injerencia en el derecho a la protección de datos”.

Sobre la necesidad y proporcionalidad del sistema, la AEPD afirma que:

⁴⁴ Expediente N.º: PS/00218/2021. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00218-2021.pdf>

- “Los responsables del tratamiento deben garantizar que la evaluación de la necesidad y la proporcionalidad considere una **evaluación exhaustiva de las opciones alternativas menos intrusivas disponibles**. Por consiguiente, se ha de documentar la viabilidad de otras opciones alternativas disponibles que no requieran el uso de datos especiales, **comparar** todas las opciones y documentar las **conclusiones**.”
- “Necesidad implica que se requiere una **evaluación combinada**, basada en hechos, sobre la eficacia de la medida para el objetivo perseguido y sobre si resulta menos intrusiva en comparación con otras opciones para lograr el mismo objetivo”.
- “La **necesidad no debe confundirse con utilidad** del sistema. Puede que se facilite el no tener que llevar una tarjeta, es automático e instantáneo y no excesivamente costoso. Obviamente, un sistema de RF puede ser útil, pero no tiene por qué ser objetivamente necesario (siendo esto último lo que realmente debe estar presente). Como establece el dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas- del GT 29-, debe examinarse “si es esencial para satisfacer esa necesidad, y no solo el más adecuado o rentable”.
- “Se puede crear la ilusión de que la identificación a través de la cara siempre es correcta, por ello se debe incluir un **análisis de los errores que se pueden producir** en su uso (y tasa de falso rechazo o falsos negativos etc), por lo que frente a las decisiones que afecten jurídicamente a una persona, se debe incluir como mínimo el derecho a obtener **intervención humana** por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

En relación a la base de legitimación, la entidad sancionada sostuvo, equivocadamente, las siguientes bases jurídicas de licitud “el contrato laboral existente con los usuarios (art. 6.1.b RGPD); la obligación legal de llevar acabo un registro de la jornada laboral de los empleados de la Entidad (art. 6.1.c) y la propia necesidad de la empresa de controlar a los trabajadores (art. 6.1. f), de modo que la propia Entidad pueda prestar las funciones de interés público que tiene encomendadas dado su carácter de administración pública (art. 6. 1.e)”.

La AEPD sostiene que la única base que podría ser de aplicación sería la 6.1.c), pero debería haberse señalado la circunstancia que levanta la prohibición de tratar datos de categoría especial para un supuesto como el que nos ocupa [el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, artículo 9.2.b) RGPD], La AEPD, como no puede ser de otra manera concluye que “la causa de legitimación para realizar el control horario de la jornada laboral diaria, sólo alcanza a la obligación de realizarla, pero no a realizarla utilizando datos biométricos, y su uso, sin causa de excepción para el tratamiento, como se ha acreditado, supone la infracción del artículo 9.2.b) del RGPD”.

Por tanto, del análisis de las resoluciones de la AEPD en lo que respecta a datos biométricos, queda claro que el análisis de la necesidad y proporcionalidad es determinante, pues de él va a depender en primer término la viabilidad jurídica del tratamiento. A la luz de los criterios de la AEPD, dicho análisis resulta muy complicado, sino imposible de satisfacer en la mayoría de los casos de uso, pues se debe acreditar exhaustivamente la necesidad y proporcionalidad de la medida, que no existen medidas técnicas menos intrusivas, o que, existiendo, no funcionarían. Además, la AEPD, como no puede ser de otra manera, afirma que será necesario contar con una base de legitimación en los términos establecidos en el artículo 9.2 b) del RGPD⁴⁵.

7. CONCLUSIONES

Resulta incuestionable la rapidez con la que las tecnologías emergentes impregnan, cada vez, mayores parcelas de nuestra vida cotidiana. Incuestionable también es que nuestros derechos y libertades no deben ceder o pagar un precio por el uso de las mismas.

Con el presente artículo hemos querido poner de manifiesto, en este caso alrededor de la biometría, diversas situaciones que suponen lo que hemos denominado “paradoja biométrica”.

No obstante, la propia evolución de las tecnologías y de la vida nos reta a replantearnos continuamente los criterios y normas existentes para garantizar nuestros derechos y libertades.

Por ello entendemos que, a raíz del auge de las técnicas de reconocimiento facial, no es posible aplicar los mismos criterios que venían aplicándose para los sistemas basados en huella dactilar, tal y como se refleja en las últimas resoluciones de la AEPD.

De igual manera, consideramos que debe realizarse una reflexión en torno a las tecnologías biométricas denominadas de segunda generación, tal y como ha planteado la ICO. En este sentido, entendemos que sería conveniente promover una modificación del RGPD con la finalidad de incluir a todos los datos biométricos dentro de las categorías especiales de datos, para garantizar una mayor protección a los interesados, superando la distinción entre identificación unívoca y verificación o autenticación como decisiva para la aplicación o no del régimen relativo a las categorías especiales de datos.

Finalmente, y con el objetivo de no cercenar la adopción de nuevos avances tecnológicos, entendemos que no puede exigirse un análisis de necesidad

⁴⁵ Artículo 9.2 b) RGPD: “El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”.

y proporcionalidad de la solución que implique el impedimento *ab initio* de la adopción de tecnologías novedosas. No puede admitirse la prohibición como una manera de protección, lo cual no es incompatible con períodos de moratoria puntuales en determinados usos de una tecnología hasta disponer de las debidas garantías. Ciertamente es que no es lo mismo tratamientos que impliquen datos personales relativos a menores u otros colectivos vulnerables o tratamientos que impliquen un desequilibrio en la relación entre el interesado y el responsable del tratamiento, frente a tratamientos libremente admitidos por una persona en su vida privada. No obstante lo anterior, y, admitiendo la posibilidad de establecer determinadas prohibiciones de uso, entendemos que no puede cercenarse de inicio su adopción en aquellos casos en que se acredite el cumplimiento de todos los requisitos en materia de protección de datos, garantizando la protección de los derechos y libertades de los interesados.

Consideramos que, por un lado, debemos trabajar en la concienciación de las personas en torno a sus derechos, especialmente a su privacidad, para que puedan ser capaces de tomar opciones verdaderamente libres y con pleno entendimiento de las consecuencias. Ello solo se conseguirá a través de la debida formación, como se apuntaba en el artículo 83⁴⁶ de la *Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*. Asimismo, en coherencia con lo anterior, deben establecerse sistemas alternativos para todas aquellas personas que no deseen utilizar sistemas basados en estas tecnologías. Y, por otro lado, debe exigirse a los responsables y encargados de tratamiento, un cumplimiento de la normativa de protección de datos desde la responsabilidad proactiva y transparencia a los interesados. En este punto, puede comenzarse por establecer la obligación de publicar un resumen de las Evaluaciones de Impacto realizadas que esté disponible para cualquier interesado que desee consultarlo.

⁴⁶ Artículo 83.1 LOPDGDD: “Artículo 83. Derecho a la educación digital. 1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales. Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red”.



denae

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
DERECHO DEL ENTRETENIMIENTO