

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentadas el 14 de abril de 2011¹

Índice

I. Introducción	I - 11964
II. Marco jurídico	I - 11967
A. Derecho de la Unión	I - 11967
1. Normativa en materia de protección de la propiedad intelectual	I - 11967
a) Directiva 2001/29 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información	I - 11967
b) Directiva 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual	I - 11968
2. Normativa en materia de protección de datos personales	I - 11969
a) Directiva 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos	I - 11969
b) Directiva 2002/58 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas	I - 11969
3. Normativa en materia de comercio electrónico: Directiva 2000/31	I - 11970
B. Derecho nacional	I - 11970

1 — Lengua original: francés.

III. Hechos que dieron lugar al litigio principal y cuestiones prejudiciales	I - 11971
A. Hechos y procedimiento del litigio principal	I - 11971
B. Cuestiones prejudiciales	I - 11974
C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	I - 11974
IV. Análisis jurídico	I - 11975
A. Observaciones preliminares	I - 11975
1. Reformulación de la primera cuestión prejudicial: el CEDH y la Carta	I - 11975
2. Estructura de la respuesta	I - 11977
3. Un planteamiento en cuatro fases	I - 11978
B. La medida solicitada (mandamiento judicial que ordene el cese de la infracción) y el «sistema» exigido (filtrado y bloqueo)	I - 11979
1. Sistema de filtrado y de bloqueo	I - 11980
a) Mecanismo de «filtrado»	I - 11980
b) Mecanismo de «bloqueo»	I - 11982
2. Las características de la medida conminatoria judicial	I - 11982
a) «sin limitación en el tiempo»: el ámbito de aplicación <i>ratione temporis</i> de la medida	I - 11983
b) «todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes»: el ámbito de aplicación <i>ratione materiae</i> de la medida	I - 11983
c) «con respecto a toda su clientela»: el ámbito de aplicación <i>ratione personae</i> de la medida	I - 11984
d) «de manera abstracta y con carácter preventivo»: la función preventiva y disuasoria de la medida solicitada	I - 11985
e) «a sus expensas»: la carga de los costes correspondientes a la ejecución de la medida solicitada	I - 11985
3. Conclusión parcial	I - 11986

C.	Calificación de la medida en relación con las Directivas y con los artículos 7, 8 y 11 de la Carta: una «limitación» a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta	I - 11988
1.	«interpretadas en particular a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta»: sobre el respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales	I - 11989
a)	La protección de los datos personales (artículo 8 de la Carta)	I - 11990
b)	El secreto de las comunicaciones electrónicas (artículo 7 de la Carta)	I - 11992
2.	«interpretadas en particular a la luz del artículo 11 de la Carta»: sobre la garantía de la libertad de expresión y del derecho a la información	I - 11993
3.	Conclusión parcial	I - 11995
D.	Sobre los requisitos para la limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, con especial consideración del requisito relativo a la «calidad de la ley» (artículo 52, apartado 1, de la Carta)	I - 11995
E.	«con arreglo exclusivamente a una disposición legal»: el examen de la legislación nacional en relación con el requisito relativo a la «calidad de la ley» (artículo 52, apartado 1, de la Carta)	I - 12000
V.	Conclusión	I - 12004

I. Introducción

1. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de conocer, en un primer momento, sobre la cuestión de las

infracciones de derechos de autor y derechos afines cometidas en Internet y de las descargas ilegales de obras protegidas –fenómeno designado generalmente como «pirateo» de obras musicales, cinematográficas, audiovisuales o literarias– y de examinar, en un segundo momento, la lucha que los titulares de los mencionados derechos o sus causahabientes libran contra lo que se configura como

una plaga de ámbito mundial.² Más concretamente, el Tribunal de Justicia está llamado a pronunciarse por primera vez sobre la viabilidad, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, de determinadas medidas técnicas de lucha contra el pirateo que –por más que su

fiabilidad no se haya acreditado por completo y aunque se vean permanentemente expuestas a los efectos del progreso tecnológico y a la evolución de la práctica– se presentan como una posible respuesta adecuada a las violaciones de los derechos de propiedad intelectual que se perpetran a diario en «la red».

2 — Apenas si resulta necesario subrayar que el problema del pirateo en Internet es planetario y ha dado lugar a respuestas diversas según los países, en la mayoría de los casos de tipo judicial [ya sea contra los propios usuarios de Internet o contra los prestadores de servicios, proveedores de acceso a Internet, proveedores de espacio de almacenamiento, editores de programas «peer-to-peer» o de servicios [véanse, en particular, el asunto Napster (A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) y Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) en los Estados Unidos; el asunto Kazaa en Australia (Kazaa [2005] F. C. A. 1242) o el asunto PirateBay en Suecia (Svea hovrätt), 26 de noviembre de 2010 (Asunto nº B 4041-09)], a veces de carácter legislativo [por ejemplo, en Francia, la denominada Ley Hadopi, siglas que corresponden a la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, organismo que crea dicha Ley (Ley nº 2009-669, de 12 de junio de 2009, favorisando la diffusion et la protection de la création sur Internet, JORF nº 135 de 13 de junio de 2009, p. 9666); en España, Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo de 2011, p. 25033)], y otras veces de carácter *sui generis* [véase, por ejemplo, *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, firmado en 2008 entre los principales proveedores de acceso a Internet del Reino Unido y los representantes de las empresas del sector de creación de contenidos], problema éste sobre el que han corrido ríos de tinta y que obviamente no es posible examinar aquí, ni siquiera sucintamente, habiendo suscitado también un debate de ámbito mundial y particularmente controvertido; para una breve exposición del enfoque francés del problema, véase, en particular, Derieux, E., y Granchet, A.: *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI y HADOPI*, Lamy Axe Droit, 2010; para una breve exposición del punto de vista de la Comisión, véase su Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, de 21 de noviembre de 2003 [COM(2003) 702 final, punto 4.7]; su Informe sobre la Aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, de 22 de diciembre de 2010 [COM(2010) 779 final, punto 3.3], así como su Comunicación de 16 de julio de 2008 «Derechos de propiedad industrial: una estrategia para Europa» [COM(2008) 465 final, punto 5. 3] Cabe consultar asimismo, entre los trabajos desarrollados en el ámbito del Consejo de Europa, la Recommendation CM/Rec(2008)6 du Comité des ministres aux États membres, du 26 mars 2008, sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres Internet (Recomendación CM/Rec(2008)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 26 de marzo de 2008, sobre las medidas destinadas a fomentar el respeto de la libertad de expresión y de información en relación con los filtros en Internet), así como las Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet (Directrices para ayudar a los proveedores de servicios de Internet), de julio de 2008; véase también el informe de la OCDE presentado el 13 de diciembre de 2005 en el seno del Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

2. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto requieren no sólo interpretar un complejo conjunto de disposiciones de actos de Derecho derivado, sino también algunas disposiciones de Derecho primario –y más concretamente de la Carta de los Derechos Fundamentales–,³ en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁴ Debo indicar de inmediato, sin embargo, que en el marco de las presentes conclusiones no se trata de abordar en su totalidad los interrogantes jurídicos y problemas técnicos⁵ que suscitan las medidas controvertidas. Basándome tanto en la propia formulación de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente como en los términos en los que éste expone la situación jurídica y fáctica del asunto en el litigio principal, procuraré facilitarle una

3 — En lo sucesivo, «Carta».

4 — En lo sucesivo, «CEDH».

5 — Así, en el plano jurídico, no examinaré ni la calificación jurídica de la violación de derechos de propiedad intelectual sobre la que versa el litigio principal ni la incidencia de las excepciones relativas a la copia privada; en el plano técnico, no podrán examinarse ni las técnicas de descarga ilegal ni los posibles medios idóneos para obstaculizarla. Con carácter más general, a este respecto me remitiré a la abundante doctrina que el análisis jurídico del fenómeno ha suscitado.

respuesta útil, centrándome para ello en los aspectos más fundamentales.

3. A este respecto, la tarea principal del Tribunal de Justicia es indicar concretamente al órgano jurisdiccional remitente si, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, un tribunal nacional puede adoptar una medida como la que se solicitó en el litigio principal, en el sentido de ordenar a un proveedor de acceso a Internet⁶ que establezca un sistema de filtrado y de bloqueo de las comunicaciones electrónicas. Pues bien, dado que la medida así solicitada tiene un alcance muy distinto para dicho proveedor de acceso a Internet, por un lado, y para los usuarios de los servicios que éste presta, por otro, será necesario tener en cuenta esta doble perspectiva, por más que la cuestión planteada afecte muy especialmente a los derechos de los usuarios.

4. También debe precisarse de entrada que el presente asunto se distingue del asunto que dio lugar a la sentencia *Promusicae*,⁷ por más que el marco jurídico y el contexto general de

ambos asuntos presenten evidentes similitudes. Aunque el presente asunto, al igual que el asunto *Promusicae*, antes citado, obliga a conciliar exigencias relacionadas con la protección de diferentes derechos fundamentales, los dos asuntos presentan diferencias que, tal como subraya el propio órgano jurisdiccional remitente, excluyen que la doctrina contenida en la sentencia *Promusicae* —concretamente el principio del justo equilibrio entre los derechos que define— sea suficiente para permitir que el Tribunal de Justicia se pronuncie. En efecto, en el asunto *Promusicae* se pedía a un proveedor de acceso a Internet, en el marco de un proceso judicial, que revelara la identidad y la dirección de personas identificadas por su dirección IP,⁸ así como las fechas y las horas de sus conexiones. Se trataba, pues, de la comunicación, en el ámbito judicial, de datos conocidos e identificados. En el litigio principal del presente asunto, en cambio, se exige a un proveedor de acceso a Internet que establezca un sistema de filtrado de comunicaciones electrónicas y de bloqueo de archivos electrónicos que supuestamente vulneran un derecho de propiedad intelectual. Lo que se exige no es una intervención *a posteriori*, una vez constatada una infracción de derechos de autor o de derechos afines, sino una intervención *a priori* con el fin de evitar tal infracción y, más concretamente, con la finalidad de establecer un sistema destinado a obstaculizar con carácter preventivo toda vulneración futura de un derecho de propiedad intelectual,⁹ con sujeción

6 — En lo sucesivo, «PAI».

7 — Sentencia de 29 de enero de 2008, C-275/06, Rec. p. I-271, conclusiones de la Abogado General Kokott de 18 de julio de 2007.

8 — Una dirección IP es una dirección única que los aparatos conectados mediante el «Protocolo Internet» utilizan con el fin de identificarse y de comunicar entre sí en el seno de una red informática; véase, en particular, Jon Postel ed., Internet Protocol, RFC 791, septiembre de 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Véanse también las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto *Promusicae*, antes citado, puntos 30 y 31.

9 — En realidad, si bien es cierto, como veremos más adelante, que al proveedor de acceso a Internet de que se trata se le exige que establezca un dispositivo «preventivo» de lucha contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, debe subrayarse, no obstante, que en el caso de autos dicho PAI es destinatario de un mandamiento judicial mediante el que se le ordena que cese en determinadas infracciones de derechos de propiedad intelectual constatadas en el marco de un proceso civil.

a un procedimiento que, como veremos, adolece de numerosas incertidumbres.

5. Precisado lo anterior, sin embargo, es bastante natural que se imponga un examen de la situación sobre la que versa el litigio principal basado en la perspectiva de los derechos humanos.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

6. Se pide principalmente al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de las Directivas 2001/29/CE¹⁰ y 2004/48/CE,¹¹ relativas a la protección de la propiedad intelectual, de las Directivas 95/46/CE¹² y 2002/58/CE,¹³ relativas a la protección

10 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10).

11 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157, p. 45; corrección de errores en DO 2004, L 195, p. 16, y DO 2007, L 204, p. 27).

12 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).

13 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L 201, p. 37).

de los datos personales, y de la Directiva 2000/31/CE,¹⁴ sobre el comercio electrónico, Directivas que mantienen entre sí relaciones complejas. Habida cuenta de esta complejidad, en la exposición del marco jurídico del asunto únicamente se reproducirán aquellas disposiciones que resultan indispensables para la comprensión del litigio principal.

1. Normativa en materia de protección de la propiedad intelectual

a) Directiva 2001/29 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

7. El artículo 8 de la Directiva 2001/29, que lleva como epígrafe «Sanciones y vías de recurso», tiene la siguiente redacción:

«1. Los Estados miembros establecerán las sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación de los derechos y las obligaciones previstos en la presente Directiva y adoptarán cuantas disposiciones resulten necesarias para garantizar que se apliquen tales sanciones y vías de recurso. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

14 — Directiva 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 sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1).

2. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 6.

3. Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor.»

b) Directiva 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

8. El artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/48 dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros garantizarán que, a petición del solicitante, las autoridades judiciales puedan:

a) dictar contra el presunto infractor un mandamiento judicial destinado a

prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, a prohibir, con carácter provisional y, cuando proceda, si así lo dispone el Derecho nacional, bajo pago de multa coercitiva, la continuación de las infracciones alegadas de ese derecho, o a supeditar tal continuación a la presentación de garantías destinadas a asegurar la indemnización del titular; también podrá dictarse un mandamiento judicial, en las mismas condiciones, contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE».

9. El artículo 11 de la Directiva 2004/48, que lleva como epígrafe «Mandamientos judiciales», tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya adoptado una decisión judicial al constatar una infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales puedan dictar contra el infractor un [requerimiento] judicial destinado a impedir la continuación de dicha infracción. Cuando así lo disponga el Derecho nacional, el incumplimiento de un mandamiento judicial estará sujeto, cuando proceda, al pago de una multa coercitiva, destinada a asegurar su ejecución. Los Estados miembros garantizarán asimismo que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios

cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE.»

b) Directiva 2002/58 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas

2. Normativa en materia de protección de datos personales

a) Directiva 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

10. El artículo 13, apartado 1, letra g), de la Directiva 95/46 establece lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de las obligaciones y los derechos previstos en el apartado 1 del artículo 6, en el artículo 10, en el apartado 1 del artículo 11, y en los artículos 12 y 21 cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de:

[...]

g) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas.»

11. El artículo 5 de la Directiva 2002/58, que versa sobre la confidencialidad de las comunicaciones, dispone en su apartado 1 lo siguiente:

«Los Estados miembros garantizarán, a través de la legislación nacional, la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando dichas personas estén autorizadas legalmente a hacerlo de conformidad con el apartado 1 del artículo 15. El presente apartado no impedirá el almacenamiento técnico necesario para la conducción de una comunicación, sin perjuicio del principio de confidencialidad.»

12. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, que prevé la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 95/46/CE, dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de los

derechos y las obligaciones que se establecen en los artículos 5 y 6, en los apartados 1 a 4 del artículo 8 y en el artículo 9 de la presente Directiva, cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE. Para ello, los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado. Todas las medidas contempladas en el presente apartado deberán ser conformes con los principios generales del Derecho comunitario, incluidos los mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.»

3. Normativa en materia de comercio electrónico: Directiva 2000/31

13. El artículo 15 de la Directiva 2000/31, que es el último de la sección IV, consagrada a la responsabilidad de los prestadores de

servicios intermediarios, formula el principio de la inexistencia de obligación general de supervisión en los términos siguientes:

«1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.»

B. *Derecho nacional*

14. El artículo 87, apartado 1, de la Ley de derechos de autor y derechos afines, de 30 de junio de 1994,¹⁵ en su versión modificada por la Ley de 10 de mayo de 2007 sobre transposición del artículo 8, apartado 3, de la

¹⁵ — *Moniteur belge* de 27 de julio de 1994, p. 19297

Directiva 2001/29 y del artículo 11 de la Directiva 2004/48, dispone lo siguiente:

«El Presidente del tribunal de première instance y el Presidente del tribunal de commerce [...] declararán la existencia y ordenarán que se ponga fin a las infracciones de derechos de autor o de derechos afines.

Asimismo, podrán dictar un mandamiento judicial de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines.»

III. Hechos que dieron lugar al litigio principal y cuestiones prejudiciales

A. Hechos y procedimiento del litigio principal

15. En el marco de la Ley de derechos de autor y derechos afines, de 30 de junio de 1994, la Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam), mediante escrito de 24 de junio de 2004, demandó a Scarlet

Extended SA,¹⁶ un proveedor de acceso a Internet, ante el Presidente del tribunal de première instance de Bruxelles, que había de pronunciarse en un procedimiento sobre medidas provisionales.

16. La Sabam alegaba que Scarlet, en su condición de proveedor de acceso a Internet, estaba en condiciones óptimas para adoptar medidas destinadas a conseguir que cesaran las infracciones de derechos de autor cometidas por sus clientes, internautas que descargan ilegalmente obras que figuran en su catálogo mediante programas «peer to peer» (programas de intercambio de archivos) sin pagar derechos, situación de la que Scarlet se beneficia en la medida en que este tipo de prácticas puede incrementar su volumen de tráfico y, en consecuencia, la demanda de sus servicios.

17. La Sabam solicitó, en primer lugar, que se declarara la existencia de infracciones de derechos de autor sobre las obras musicales pertenecientes a su repertorio, en particular del derecho de reproducción y del derecho de comunicación al público, como consecuencia del intercambio no autorizado de archivos electrónicos musicales realizado gracias a programas «peer to peer», infracciones cometidas a través de la utilización de los servicios de Scarlet.

18. La Sabam solicitó, en segundo lugar, que se condenara a Scarlet a poner fin a dichas infracciones imposibilitando o paralizando cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes de archivos que reproduzcan una obra musical sin autorización de sus titulares mediante un programa «peer to peer», con apercibimiento de multa coercitiva.

16 — En lo sucesivo, «Scarlet».

19. La Sabam solicitó, por último, que se impusiera a Scarlet, bajo pena de multa coercitiva, la obligación de comunicarle, en el plazo de ocho días desde la notificación de la resolución judicial que recayera, la descripción de las medidas adoptadas, así como la publicación de un texto en la página de inicio del sitio Internet de Scarlet y la publicación de la resolución judicial en dos diarios y en un semanario de su elección.

20. Mediante auto de 26 de noviembre de 2004, el Presidente del tribunal declaró la existencia de la infracción de derechos de autor denunciada por Sabam, si bien, antes de pronunciarse sobre la solicitud de cesación, designó a un perito para que examinara si las soluciones técnicas propuestas por la Sabam eran técnicamente viables, si permitían filtrar exclusivamente los intercambios ilegales de archivos electrónicos y si existían otros dispositivos que pudieran controlar el uso de programas «peer to peer», así como para que determinara el coste de los dispositivos previstos.

21. El perito designado presentó su dictamen el 29 de enero de 2007, dictamen cuyas conclusiones, reproducidas en la resolución de remisión, están redactadas de la siguiente manera:

«1. Una red *peer-to-peer* es un medio transparente para compartir contenidos, independiente, descentralizado y dotado de funciones de búsqueda y descarga avanzadas.

2. Con excepción de la solución propuesta por Audible Magic, todas las soluciones pretenden impedir la utilización de las redes *peer-to-peer*, con independencia del contenido que se transmita.

3. Además, el carácter permanente de las soluciones de filtrado de aplicación *peer-to-peer* está lejos de ser garantizada a medio plazo (2-3 años) debido a la utilización cada vez mayor de la codificación en este tipo de aplicación.

4. La solución propuesta por la sociedad Audible Magic es, pues, la única que trata de responder a la problemática de manera específica. Sin embargo, esta solución, esencialmente destinada al mundo educativo, no está intrínsecamente dimensionada para responder al volumen de tráfico de un proveedor de acceso a Internet. La utilización de esta técnica en el marco del PAI genera, por tanto, un coste de adquisición y explotación elevado para compensar este infradimensionamiento.

5. Este coste debe compararse con el período durante el cual dicha solución será efectiva, ya que la codificación antes indicada hace esta solución también inefectiva en el marco del filtrado en tránsito.

6. La utilización de los métodos de investigaciones internas realizadas internamente por una red *peer-to-peer* es mucho más compleja de llevar a cabo, pero proporciona mejores resultados. En efecto, estos métodos sólo se refieren *a priori* a la parte reproducible de los intercambios y pueden tener en cuenta el contexto en el que dichos intercambios se realizan.

7. Además, tales métodos no son sensibles a la codificación o lo son mucho menos y constituyen, a mi juicio, la mejor modalidad de inversión a medio y largo plazo para garantizar el respeto de los derechos de autor respetando los derechos de todos.»

22. Basándose en el citado dictamen pericial, el Presidente del tribunal de première instance de Bruxelles dictó, el 29 de junio de 2007, un segundo auto mediante el cual condenó a Scarlet a poner fin a las infracciones de derechos de autor declaradas en el auto de 26 de noviembre de 2004, imposibilitando cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes, mediante un programa «peer-to-peer», de archivos electrónicos que reproduzcan una obra musical del repertorio de Sabam, con apercibimiento de multa de 2.500 euros por cada día en que Scarlet no cumpliera el auto después del transcurso de un plazo de seis meses.

23. Scarlet interpuso recurso de apelación contra dicho auto ante la cour d'appel de Bruxelles el 6 de septiembre de 2007.

24. Por otro lado, mediante escrito de 7 de diciembre de 2007, Scarlet solicitó al Presidente del tribunal de première instance de Bruxelles la anulación o, cuando menos, la suspensión de las multas coercitivas que se le habían impuesto, alegando que le resultaba imposible dar cumplimiento al mandamiento judicial de poner fin a la infracción, en la medida en que el sistema Audible Magic no funcionaba y puesto que no se había acreditado que fuera técnicamente viable para un proveedor de acceso a Internet realizar un bloqueo o un filtrado efectivo del tráfico «peer-to-peer».

25. Mediante auto de 22 de octubre de 2008, el Presidente del tribunal de première instance de Bruxelles desestimó dicha solicitud por considerar que el efecto devolutivo de la apelación se oponía a que las partes formularan nuevas alegaciones ante él. Aun reconociendo que la solución Audible Magic no había podido ser implantada con éxito, declaró no obstante que Scarlet no había ensayado otras soluciones de filtrado o bloqueo, y que, en consecuencia, no había demostrado la imposibilidad de cumplir el mandamiento judicial de poner fin a la infracción. A pesar de ello, suspendió la multa coercitiva hasta el 31 de octubre de 2008, a fin de que Scarlet pudiera investigar otras vías.

B. Cuestiones prejudiciales

26. En estas circunstancias, la cour d'appel de Bruxelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Las Directivas 2001/29 y 2004/48, en relación con las Directivas 95/46, 2000/31 y 2002/58, interpretadas en particular a la luz de los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ¿permiten a los Estados miembros autorizar a un juez nacional que conoce de un procedimiento sobre el fondo, con arreglo a una sola disposición legal que establece que “asimismo, [el juez nacional podrá] dictar un mandamiento judicial de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines”, para que ordene a un proveedor de acceso a Internet (“PAI”) que establezca, con respecto a toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, exclusivamente a expensas de dicho PAI y sin limitación en el tiempo, un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas “peer-to-peer”, con el fin de identificar en su red la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante de la medida alegue ser titular de derechos, y que a continuación

bloquee la transmisión de dichos archivos, bien en el momento en que se pida un archivo o bien con ocasión del envío de éste?

2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿obligan dichas Directivas a un juez nacional, que conoce de una solicitud de mandamiento judicial de cese frente a un intermediario cuyos servicios son utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor, a aplicar el principio de proporcionalidad al pronunciarse sobre la efectividad y el efecto disuasorio de la medida solicitada?»

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. Han presentado observaciones escritas Scarlet, la Sabam, conjuntamente con Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) y Belgian Entertainment Association Video (BEA Music), al igual que Internet Service Provider Association (ISPA), así como el Reino de Bélgica, la República Checa, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia, la República de Finlandia y la Comisión Europea.

28. En la vista celebrada el 13 de enero de 2011, expusieron sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia los representantes de

Scarlet, la Sabam e ISPA, así como los agentes del Reino de Bélgica, la República Checa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia y el agente de la Comisión Europea.

IV. Análisis jurídico

A. Observaciones preliminares

1. Reformulación de la primera cuestión prejudicial: el CEDH y la Carta

29. El órgano jurisdiccional remitente indica que su primera cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de varias disposiciones de Derecho derivado «a la luz de los artículos 8 y 10 del CEDH». Para ello, está fuera de duda que puede basarse en el artículo 6 TUE, apartado 3, en virtud del cual «los derechos fundamentales que garantiza el [CEDH] [...] formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». A este respecto, sin embargo, se imponen algunas observaciones preliminares, que me llevarán a una reformulación puntual de la cuestión prejudicial.

30. En primer lugar, ese mismo artículo 6 TUE comienza precisando, en el párrafo primero de su apartado 1, que la Carta «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», tal como el Tribunal de Justicia no ha dejado de subrayar en su última línea jurisprudencial.¹⁷ De este modo, dado que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta tienen por sí mismos valor jurídico –y de primer rango–, ya no resulta tan necesario recurrir a los mencionados principios generales, siempre que los primeros puedan identificarse con los segundos. Se trata de un primer elemento que aboga en favor de examinar la cuestión prejudicial en relación con las disposiciones de la Carta, en lugar de hacerlo en relación con las disposiciones del CEDH, *ceteris paribus*.¹⁸

31. En segundo lugar, el artículo 52, apartado 3, de la Carta prevé que, «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», con la precisión de que «esta disposición no obstará

17 — Véanse, en particular, entre las más recientes, las sentencias de 14 de octubre de 2010, Fuß (C-243/09), apartado 66; de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert (C-92/09 y C-93/09), apartados 45 y ss., así como B y D (C-57/09 y C-101/09), apartado 78; de 12 de noviembre de 2010, Asparuhov Estov (C-339/10), apartado 12; de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis (C-145/09), apartado 52; de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09), apartado 30; Sayn-Wittgenstein (C-208/09), apartado 52; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09), apartado 75, así como Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU), y de 1 de marzo de 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09), apartado 16.

18 — En este sentido, véanse también las conclusiones del Abogado General Bot de 5 de abril de 2011 en el asunto C-108/10, Scattolon.

a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». ¹⁹ Pues bien, en las circunstancias del litigio principal, los derechos garantizados por el artículo 8 del CEDH «corresponden», en el sentido del artículo 52, apartado 3, de la Carta, a los garantizados por los artículos 7 («Respeto de la vida privada y familiar») y 8 («Protección de datos de carácter personal») de la Carta, del mismo modo que los derechos garantizados por el artículo 10 del CEDH «corresponden» a los garantizados por el artículo 11 de la Carta («Libertad de expresión y de información»), a pesar de las diferencias en lo que atañe a las formulaciones empleadas y a los conceptos utilizados, respectivamente. ²⁰

y libertades» a una serie de requisitos. El propio término de «limitación» corresponde, a su vez, a los términos «injerencia», utilizado en el artículo 8 del CEDH, y «restricción», empleado en el artículo 10 del CEDH, disposiciones éstas que enumeran diversos requisitos que corresponden igualmente, en muy amplia medida, a los requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y cuya interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habrá de tener en cuenta el Tribunal de Justicia. ²¹ Sin embargo, en la medida en que tales requisitos contienen diferencias, me parece evidente que las disposiciones de la Carta deberán ser objeto de una interpretación autónoma. ²²

32. Por último, es importante señalar que también las disposiciones del CEDH que permiten, con sujeción a determinados requisitos, establecer restricciones al ejercicio de los derechos y libertades de ese modo garantizados —concretamente los artículos 8, apartado 2, y 10, apartado 2— tienen su equivalente, si bien con una formulación ligeramente distinta, en una disposición transversal de la Carta, común a todos los derechos y libertades que garantiza, a saber, el apartado 1 de su artículo 52, artículo que lleva como epígrafe «Alcance e interpretación de los derechos y principios».

33. Esta última disposición supedita «cualquier limitación del ejercicio de los derechos

34. En consecuencia, y con las reservas que acabo de expresar, propongo modificar la cuestión del órgano jurisdiccional remitente de tal manera que la mención a los artículos 8 y 10 del CEDH sea sustituida por una referencia a los «artículos 7, 8 y 11 de la Carta, en relación con el apartado 1 de su artículo 52, interpretados, si resultara necesario, a la luz de los artículos 8 y 10 del CEDH».

19 — Véanse las sentencias de 5 de octubre de 2010, *McB.* (C-400/10 PPU, Rec. p. I-8965), apartado 53, y *DEB.*, antes citada, apartado 35.

20 — A este respecto, véanse también las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta a las que se hace referencia en el artículo 52, apartado 7, y, en particular, las explicaciones relativas a los artículos 7, 8, 11 y 52.

21 — Tal como el Tribunal de Justicia ha recordado en la sentencia *DEB.*, antes citada, apartado 35, «el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», de conformidad con las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta a las que se hace referencia en el artículo 52, apartado 7, de ésta.

22 — Véanse, a este respecto, mis conclusiones de 1 de marzo de 2011 en el asunto *Samba Diouf* (C-69/10), punto 42.

2. Estructura de la respuesta

35. Scarlet e ISPA, así como los Gobiernos belga, checo, italiano, neerlandés, polaco y finlandés, estiman con carácter general, al término de un análisis sustancial de las disposiciones pertinentes aunque con algunas divergencias en el enfoque del problema, que el Derecho de la Unión Europea se opone a la adopción de una medida como la solicitada. La Comisión, por su parte, considera que, si bien las Directivas en cuestión no se oponen en cuanto tales al establecimiento de un sistema de filtrado y de bloqueo como el exigido, las modalidades concretas de su aplicación no resultan, en cambio, conformes con el principio de proporcionalidad. De este modo, la Comisión estima en lo sustancial que, en definitiva, fue el tribunal nacional de primera instancia quien no se atuvo a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, sin que las disposiciones legales nacionales, en cuanto tales, puedan ser objeto de reproche alguno.

36. A este respecto, procede ciertamente recordar que el artículo 52, apartado 1, de la Carta exige que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades se establezca dentro del respeto del principio de proporcionalidad, entre otros requisitos. Sin ningún género de dudas, la observancia de este principio resulta ineludible cuando se plantea la cuestión de una limitación a efectos de la citada disposición, es decir, no sólo en la fase de la aplicación *in concreto* de la limitación por el juez –extremo éste que constituye precisamente el objeto de la segunda cuestión prejudicial–, sino también en un momento

anterior, en la fase de la definición *in abstracto* de la limitación, es decir, de su formulación por el legislador. Sobre este aspecto del problema resulta insuficiente, a mi juicio, la argumentación de la Comisión.

37. En todo caso, no cabe ninguna duda de que, si bien la propia «ley» debe estar sujeta al control de proporcionalidad, tal control sólo puede efectuarse después de haber comprobado, en su caso, la «existencia» misma de la ley. A este respecto, no es casual que el primer requisito para cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta que establece el artículo 52, apartado 1, sea que tal limitación haya sido «establecida por la ley». Pues bien, sucede que, cuando el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si la medida controvertida puede adoptarse «con base en la única disposición legal» que cita, dicho órgano jurisdiccional está proponiendo a este Tribunal de Justicia que examine en primerísimo lugar si se cumple ese primer requisito. A mi juicio, este aspecto de la cuestión resulta ineludible y se plantea con carácter previo a cualquier otro.²³ En efecto, si no existe una «ley» en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, no procederá examinar sucesivamente los requisitos a los que está supeditada toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta y, en particular, el requisito de proporcionalidad. Aunque el Tribunal de Justicia rara vez ha tenido ocasión

23 — Tal es precisamente el sentido de la pregunta que procuré formular de un modo detallado en la vista a los diferentes participantes.

de reflexionar sobre este requisito,²⁴ se trata de un requisito común a los artículos 8 y 10 del CEDH y que ha venido dando lugar desde hace mucho tiempo a una rica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razón por la cual deberá prestarse una atención especial a dicha jurisprudencia si quiere darse una respuesta completa, y sobre todo útil, al órgano jurisdiccional remitente.

cuestión prejudicial, no procederá examinar la segunda.²⁵

3. Un planteamiento en cuatro fases

38. La cour d'appel de Bruxelles formula su petición de decisión prejudicial en forma de dos cuestiones, la segunda de las cuales —relativa a la observancia del principio de proporcionalidad por parte de los tribunales nacionales— se plantea únicamente con carácter subsidiario, para el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido afirmativo a la primera. Permítaseme adelantar que, en la medida en que considero que procede dar una respuesta negativa a la primera

39. Dicho esto, la propia formulación de la primera cuestión prejudicial —llamativamente densa y de una gran precisión— va a permitir que desarrolle mi razonamiento basándome directamente en los diversos elementos que dicha cuestión contiene. A tal efecto, me propongo exponer mi razonamiento en cuatro fases.

40. En primer lugar, será preciso examinar en detalle la naturaleza y las características de la medida cuya adopción se solicita al órgano jurisdiccional remitente —o, más exactamente, de la medida cuya confirmación o anulación se solicita en apelación—, a saber, la implantación de un sistema de filtrado y de bloqueo, distinguiendo entre las características de la medida solicitada —es decir, del propio mandamiento judicial que ordena el cese de la infracción— y las del contenido de aquélla. Ya de por sí, el análisis de dicha medida nos permitirá dar una respuesta de principio a la cuestión planteada, al menos desde el punto de vista de los derechos e intereses de Scarlet. Sin embargo, teniendo en cuenta que al Tribunal de Justicia se le pide principalmente una respuesta a la cuestión planteada desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios de Scarlet

24 — Para meras «menciones» del requisito, véanse, entre otras, las sentencias de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (46/87 y 227/88, Rec. p. 2859), apartado 19; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión (85/87, Rec. p. 3137), apartados 30 y ss.; de 26 de junio de 1997, Familia-press (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartado 26; de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), apartado 42, y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión (C-407/08 P, Rec. p. I-6375), apartado 91; para un «control» del requisito, véase la sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert, antes citada, apartado 66. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto Promusicae, antes citado, apartado 53.

25 — Por consiguiente, en la ulterior exposición me referiré sencillamente a la cuestión prejudicial en singular.

–y de los internautas en general–, mi examen deberá proseguir de un modo más detallado desde esta perspectiva.

41. Así pues, sobre la base de este análisis será posible examinar, en segundo lugar, la medida solicitada a la vista de las diferentes Directivas mencionadas y, muy especialmente, de las disposiciones pertinentes de la Carta, interpretadas, en su caso, a la luz de las correspondientes disposiciones del CEDH mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, el análisis en profundidad de la medida objeto de litigio nos permitirá contemplarla desde la perspectiva de las limitaciones de los derechos y libertades reconocidos por el artículo 52, apartado 1, de la Carta.

42. Teniendo en cuenta que la medida en cuestión constituye –como se comprobará más adelante– una «limitación» del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, a efectos de su artículo 52, apartado 1, procederá examinar, en tercer lugar, qué requisitos debe reunir para ser admisible, debiendo centrarse la atención en la exigencia de que haya sido «establecida por la ley». En efecto, habida cuenta de los términos de la cuestión prejudicial y a fin de dar a la misma una respuesta útil, no será necesario examinar si la medida reúne los restantes requisitos previstos en la citada disposición.

43. A la luz de las anteriores consideraciones, me propongo examinar, en tercer y último

lugar, la cuestión de si, desde el punto de vista de los usuarios de los servicios de Scarlet –y de los internautas en general–, puede adoptarse una medida como la solicitada basándose exclusivamente en las disposiciones del Derecho nacional mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente.

B. La medida solicitada (mandamiento judicial que ordene el cese de la infracción) y el «sistema» exigido (filtrado y bloqueo)

44. En lo que atañe a este aspecto, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si un tribunal de un Estado miembro puede «[ordenar] a un proveedor de acceso a Internet (“PAI”) que establezca, con respecto a toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, a expensas de dicho PAI y sin limitación en el tiempo, un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas “peer-to-peer”, con el fin de identificar en su red la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante de la medida alegue ser titular de derechos, y que a continuación bloquee la transmisión de dichos archivos, bien en el momento en que se pida un archivo o bien con ocasión del envío de éste», y ello en forma de un mandamiento judicial que ordene el cese de la infracción.

45. Basándome en los términos y expresiones utilizados en esta parte de la cuestión prejudicial, examinaré tanto las características del propio sistema de filtrado y de bloqueo como las de la medida conminatoria judicial solicitada.

a) Mecanismo de «filtrado»

1. Sistema de filtrado y de bloqueo

46. El «sistema» que ha de establecerse es doble. En primer lugar, debe garantizar el *filtrado* de todas las comunicaciones de datos que circulen por la red de Scarlet, a fin de detectar o, si se prefiere, de aislar aquellas que impliquen la vulneración de derechos de autor.²⁶ A partir de dicho filtrado, el sistema debe garantizar, en segundo lugar, el bloqueo de aquellas comunicaciones que impliquen efectivamente la vulneración de derechos de autor, ya sea «en el momento en que se pida un archivo» o «con ocasión del envío de éste».²⁷ En la medida en que la eficacia del sistema de filtrado es una condición de la eficacia del mecanismo de bloqueo, ambas operaciones, aun estando estrechamente vinculadas entre sí, revisten muy distinta naturaleza y, por tanto, tienen implicaciones diferentes.

47. El órgano jurisdiccional remitente indica que la medida solicitada supondría, en primer lugar, imponer a Scarlet la obligación de establecer, con respecto a toda su clientela, un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulen a través de sus servicios, en particular las comunicaciones basadas en la utilización de programas «peer-to-peer», precisando que el fin perseguido es «identificar [...] la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que [la Sabam] alega ser titular de derechos».

48. El objeto del control se define precisamente en el sentido de que debe hacer posible filtrar las comunicaciones electrónicas que circulen por los servicios de Scarlet, tanto entrantes como salientes. A su vez, tal filtrado deberá ser idóneo para permitir identificar aquellos «archivos electrónicos» enviados y recibidos por los abonados a los servicios de Scarlet que supuestamente vulneren derechos de autor o derechos afines. Así pues, el control que ha de establecerse, que de este modo se compone de una fase de filtrado y de una fase de identificación, se define esencialmente por los resultados que debe producir, en relación con el objetivo de bloqueo de aquellos archivos que se descubra que vulneran algún derecho de propiedad intelectual. Deberá asimismo estar en condiciones de

²⁶ — En lo sucesivo, «sistema de filtrado».

²⁷ — En lo sucesivo, «mecanismo de bloqueo».

adaptarse a la evolución tecnológica. Para resultar eficaz, ha de ser a la vez sistemático, universal y evolutivo.²⁸

pirateados.²⁹ En particular, el Tribunal de Justicia no dispone de ningún tipo de precisión ni sobre la intensidad ni sobre la profundidad del control que ha de llevarse a cabo.

49. He de decir que ni el órgano jurisdiccional remitente ni la Sabam facilitan la más mínima indicación sobre las modalidades concretas con arreglo a las cuales deberá o podrá realizarse el control de que se trata, así como tampoco sobre las técnicas de filtrado o sobre los procedimientos para identificar aquellos archivos que supuestamente han sido

50. A este respecto, si bien debe recordarse que no incumbe al Tribunal de Justicia sino exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente examinar, si procede, los aspectos técnicos de esta cuestión,³⁰ es importante no obstante precisar que la naturaleza del filtrado

28 — En sus escritos procesales, no obstante, la Sabam pone de relieve que la medida solicitada se refiere únicamente a las comunicaciones «peer-to-peer». La expresión «peer-to-peer» designa un método de comunicación según el cual ordenadores conectados en red en línea directa intercambian, mediante programas que utilizan protocolos específicos, determinadas informaciones, que pueden ser archivos (el «file sharing» sobre el que versa el presente asunto), pero también, por ejemplo, servicios de telefonía como Skype. A título ilustrativo, cabe citar los siguientes protocolos y programas de «file sharing»: BitTorrent (Azoreus, BitComet, Shareaza, MIDonkey, etc.), eDonkey (eDonkey2000, MIDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MIDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MIDonkey, etc.), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MIDonkey, etc.), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MIDonkey); para una exposición más detallada del «peer-to-peer», véanse, entre otros, Stevens R., Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, julio de 2010 (en el sitio de la Universidad de Oxford, Information and Communications Technology, <http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>). La Sabam precisa que el objeto de la medida es «imposibilitar cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes, mediante un programa "peer-to-peer", de archivos electrónicos que reproduzcan una obra musical del repertorio de la Sabam». Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar cuál es exactamente la situación, y, en particular, si el sistema debe adaptarse también a modos de intercambio de archivos alternativos al «peer-to-peer», tales como el «streaming» (flujo de datos) y el «direct download» (descargas directas, por ejemplo mediante RapidShare, MegaUpload). El Tribunal de Justicia, que está vinculado tanto por los términos de la cuestión prejudicial que le ha sido planteada como por los razonamientos jurídicos de la resolución de remisión, debe partir del principio de que el sistema de filtrado y de bloqueo exigido tiene «principalmente» por objeto —y, por lo tanto, no exclusivamente— las comunicaciones realizadas mediante programas «peer-to-peer».

29 — Lo anterior es una consecuencia ineluctable del principio de «neutralidad tecnológica» que defiende la Sabam, en virtud del cual la medida solicitada no obliga a Scarlet a adoptar ninguna tecnología en particular.

30 — Con la prudencia que ha de mostrar todo profano en la materia, parece que la implantación de un sistema de filtrado y de bloqueo puede articularse sobre varios mecanismos de detección. Cabe distinguir: 1) la detección del protocolo de comunicación utilizado: como cada protocolo «peer-to-peer» posee sus propios mecanismos para gestionar la red y coordinar la distribución del tráfico, es posible instalar filtros que busquen en cada paquete IP el código propio de cada protocolo (la firma). Una vez reconocida la firma, a continuación resultará posible, bien bloquear o ralentizar considerablemente con fines disuasorios todas las comunicaciones que utilicen dicho protocolo, bien explotar las posibilidades de control en profundidad del contenido de los archivos para bloquear exclusivamente aquellos que se identifiquen como archivos que infringen derechos; 2) la detección del contenido de los archivos intercambiados: este tipo de sistema puede bien detectar una huella digital colocada previamente en un archivo, bien comparar el código informático de un archivo con los códigos previamente establecidos en las obras. El sistema CopySense de Audible Magic, mencionado en la resolución de remisión, es un sistema de este tipo; 3) la detección del comportamiento de los autores de la comunicación litigiosa: detección de los puertos de comunicación, detección de la apertura por un ordenador servidor/cliente de varias conexiones con otros tantos clientes; detección de las peticiones de búsqueda/transferencia de archivos, o incluso detección del encriptado del intercambio como indicio del intento de eludir las medidas de detección. Para un resumen de las diferentes técnicas que cabe contemplar, compárense, por ejemplo, el Informe Kahn-Brugidou, de 9 de marzo de 2005, y el Informe Olivennes sobre desarrollo y protección de las obras culturales en las nuevas redes, de 23 de noviembre de 2007, que inspiró la Ley Hadopi, antes citada.

que ha de realizarse no carece obviamente de incidencia en el plano jurídico.³¹

b) Mecanismo de «bloqueo»

51. El órgano jurisdiccional remitente indica que el mecanismo de bloqueo deberá estar en condiciones de activarse ya sea «en el momento en que se pida un archivo» o «con ocasión del envío de éste», pero no facilita ninguna precisión complementaria sobre el *modus operandi* de tal mecanismo. La Sabam insiste en la idea de que el mecanismo que deberá implantarse se define esencialmente por su finalidad, su idoneidad para «imposibilitar cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes, mediante un programa “peer-to-peer”, de archivos electrónicos que reproduzcan una obra musical del repertorio de la Sabam», precisando que se trata de impedir la transmisión de determinada información mediante la entrega de mensajes denominados «time out», que indican la imposibilidad de proceder a la transmisión.

52. En realidad, resulta imposible³² describir el modo concreto de funcionamiento, el

modus operandi, del sistema de filtrado y del mecanismo de bloqueo a cuyo establecimiento obligaría la medida solicitada. El alcance del filtrado exigido, es decir, tanto las personas y las comunicaciones que se verían afectadas por el control que debe llevarse a cabo como la intensidad de éste, es a la vez muy general y en parte indeterminado. En consecuencia, no es posible determinar *a priori* ni su impacto concreto sobre los intercambios de datos ni su coste económico global, en particular el coste de instalación y los costes de mantenimiento.

2. Las características de la medida conminatoria judicial

53. La naturaleza y las principales características del sistema de filtrado y de bloqueo contemplado, tal como han sido descritas, tienen un impacto directo en la naturaleza misma de la medida cuya adopción se solicita al tribunal remitente. El alcance muy general del sistema que deberá establecerse hace que los propios ámbitos de aplicación *ratione personae* y *ratione materiae* de la medida solicitada en forma de mandamiento judicial tengan carácter general, como también tiene este carácter, según precisa el órgano jurisdiccional remitente, el ámbito de aplicación *ratione temporis* de la medida solicitada.

54. La medida solicitada reviste igualmente otras características que conviene subrayar. Por un lado, impone a Scarlet, con carácter preventivo, una obligación de resultado, bajo

31 — A pesar del principio de neutralidad tecnológica defendido por la Sabam, la elección del sistema que se adopte tampoco es neutra en el plano tecnológico. Cabe considerar razonablemente, por ejemplo, que un sistema de filtrado por contenido de todas las comunicaciones tendrá probablemente un impacto mayor sobre la red de comunicación que el filtrado limitado únicamente a los archivos intercambiados según un protocolo cuya firma ha sido identificada.

32 — Ello es una consecuencia directa de la idea de neutralidad tecnológica que defiende la Sabam.

pena de multa coercitiva, y, por otro, le hace cargar con los costes del establecimiento del sistema de filtrado y de bloqueo. Así pues, dicha medida también se define por su objetivo principal, consistente en transmitir al proveedor de acceso a Internet la responsabilidad jurídica y económica de la lucha contra las descargas ilegales de obras pirateadas en Internet. Veamos tales características con mayor detenimiento.

exclusivamente en función de la eficacia de sus resultados en relación con el objetivo de protección de los derechos de propiedad intelectual que se persigue.

a) «sin limitación en el tiempo»: el ámbito de aplicación *ratione temporis* de la medida

55. El órgano jurisdiccional remitente precisa que la medida se solicita «sin limitación en el tiempo». La Sabam, por su parte, confirmó en sus escritos procesales que el mandamiento judicial ordenando el cese de la infracción que solicitaba no debía ser objeto de limitación en el tiempo, salvo aquella limitación que es inherente a la duración del propio derecho de autor. La Sabam insiste también en la dimensión evolutiva de la medida, que debe adaptarse a la evolución tecnológica y, por lo tanto, ha de poder ser objeto de adaptación.

56. La medida solicitada impone de este modo a Scarlet –y, como luego se verá, a los proveedores de acceso a Internet en general– una obligación a la vez continua y permanente de concebir, ensayar, instalar y actualizar un sistema de filtrado y de bloqueo definido

b) «todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes»: el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la medida

57. Como ya hemos visto, las comunicaciones sometidas a filtrado y, en su caso, a bloqueo no son objeto de ningún tipo de especificación. No es posible determinar si los controles deben afectar a todas las comunicaciones o sólo a aquellas que intervienen por medio de la utilización de un programa «peer-to-peer», pero cabe observar, no obstante, que, para que el control que ha de establecerse resulte eficaz, deberá ser a la vez sistemático y universal.

58. En consecuencia, la medida solicitada, que se configura como un mero mandamiento judicial dirigido a un proveedor de acceso a Internet en el contexto de un proceso civil encaminado a que se declare y sancione una infracción de derechos de propiedad intelectual y a la reparación de los daños resultantes, tiene por objeto, en realidad, el establecimiento continuo y permanente de un sistema universal y sistemático de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulan a través de los servicios de dicho proveedor de acceso a Internet.

c) «con respecto a toda su clientela»: el ámbito de aplicación *ratione personae* de la medida

previa y específicamente la vulneración del derecho de autor.

59. Como consecuencia directa del control de la totalidad del filtrado de las comunicaciones, el sistema que deberá establecerse está abocado a afectar al comportamiento de todos los usuarios de los servicios del proveedor de acceso a Internet en cuestión, y no únicamente al de sus abonados. Tal y como la Sabam ha precisado en sus escritos procesales, carece de importancia que el origen o el destino de la comunicación sea un cliente del proveedor de acceso a Internet. Según los propios términos de la cuestión prejudicial, para que el sistema resulte eficaz debe funcionar sin que previamente se haya individualizado a aquellas personas que supuestamente han ocasionado las infracciones de los derechos de autor y con independencia de toda relación contractual entre tales personas y el proveedor de acceso a Internet.

60. El sistema que deberá establecerse ha de estar en condiciones de poder bloquear el envío por cualquier internauta abonado a Scarlet a cualquier otro internauta —esté o no abonado a Scarlet— de todo archivo que se considere que puede vulnerar algún derecho cuya gestión, recaudación y defensa corresponda a la Sabam. Pero también debe estar en condiciones de poder bloquear la recepción, por cualquier internauta abonado a Scarlet, de todo archivo que vulnere derechos de autor procedente de cualquier otro internauta, esté o no abonado a Scarlet. El sistema deberá permitir el bloqueo de todo archivo cuyo contenido forme parte del repertorio de la Sabam, sin que sea necesario individualizar

61. Por otra parte, resulta ineludible destacar otra dimensión del enorme alcance de la medida solicitada. Aunque está fuera de toda duda que el litigio principal enfrenta únicamente a la Sabam con Scarlet, tanto de la resolución de remisión como de los escritos procesales de los diferentes intervinientes se desprende que el alcance del litigio rebasa inevitablemente los intereses de las partes en el procedimiento principal. Sin duda alguna, la solución que se dé al litigio en el procedimiento principal está abocada a generalizarse y a hacerse extensible no sólo a todos los proveedores de acceso a Internet, sino también, y en mayor medida, a otros importantes operadores de Internet,³³ y ello no sólo en el Estado miembro de origen de las cuestiones prejudiciales sino también en el conjunto de los Estados miembros, o incluso en un ámbito todavía más amplio.³⁴ En efecto, tal como afirmé anteriormente, lo que el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia es que le indique si el Derecho de la Unión se opone a que se le reconozca la facultad de adoptar una medida como la que se le solicita y, de un modo más amplio, si se opone a que los titulares de derechos puedan intensificar su lucha contra las descargas ilegales multiplicando las peticiones de esta naturaleza en

33 — Por lo demás, se ha planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial idéntica en el marco de un litigio entre la Sabam y Netlog, una plataforma de redes sociales; véase el asunto C-360/10, pendiente ante este Tribunal (DO C 288, de 23 de octubre de 2010, p. 18).

34 — En efecto, las resoluciones de los tribunales belgas en aquel asunto han tenido una repercusión considerable más allá de las fronteras europeas, como puede comprobarse con una rápida búsqueda en Internet.

todos los Estados miembros o incluso en un ámbito todavía más amplio.³⁵

62. En consecuencia, la medida solicitada, que se configura como un mandamiento judicial dirigido a una persona jurídica identificada y mediante la que se impone a ésta la obligación de establecer un sistema de filtrado y de bloqueo, está en realidad abocada a afectar duraderamente a un número indeterminado de personas físicas o jurídicas, de proveedores de acceso a Internet o de internautas, de prestadores de servicios de la sociedad de la información y de usuarios de dichos servicios.

d) «de manera abstracta y con carácter preventivo»: la función preventiva y disuasoria de la medida solicitada

63. El órgano jurisdiccional remitente pone especial empeño en indicar que se le pide que imponga a Scarlet la medida solicitada «de manera abstracta» y «con carácter preventivo», pero no precisa qué entiende exactamente por tales expresiones. Cabe suponer, no obstante, que la medida solicitada no tiene por objeto imponer a un proveedor de acceso a Internet una obligación de hacer fundamentada en que, en el marco de una acción civil,

un tribunal declare concretamente la infracción efectiva –o incluso el riesgo de una infracción inminente– de un derecho de autor o de alguno de los derechos afines. De este modo, la citada medida se concibe como una medida a la vez preventiva y disuasoria.³⁶

e) «a sus expensas»: la carga de los costes correspondientes a la ejecución de la medida solicitada

64. Por último, el órgano jurisdiccional remitente precisa que los gastos de implantar el sistema de filtrado y de bloqueo solicitado debe soportarlos el proveedor. Desde este punto de vista, la medida controvertida tiene por efecto trasladar a Scarlet la carga –en modo alguno insignificante– de los costes inherentes a los procesos civiles que normalmente deben impulsar los titulares de derechos de autor o derechos afines o sus causahabientes con vistas a obtener que se declaren y

35 — No es necesario insistir en las considerables ventajas que, para los titulares de derechos o sus causahabientes y, en particular, para las sociedades de gestión colectiva de derechos que luchan contra las descargas ilegales, representaría la generalización de sistemas de filtrado y de bloqueo (suponiendo que, efectivamente, tales sistemas puedan ser eficaces, antes de nada en los planos procedimental y patrimonial), en comparación con una estrategia consistente en requerir por vía judicial la colaboración de los proveedores de acceso a Internet con vistas a detectar a los autores de infracciones y a confeccionar una lista de los mismos, para ejercitar contra ellos acciones judiciales en un momento posterior.

36 — A este respecto, la Sabam precisa que su intención no es imputar a Scarlet como autor o responsable de infracciones contra la propiedad intelectual, sino disuadirla de prestar servicios a terceros en la medida en que éstos los utilicen para infringir derechos de autor o derechos afines. A este respecto, es preciso recordar, no obstante, que Scarlet fue objeto, en primera instancia, de un mandamiento judicial que ordenaba el cese de la infracción y que venía acompañado de una multa coercitiva; que tanto el mandamiento judicial como la multa coercitiva fueron recurridos en la apelación que se ventila en el litigio principal, y que la Sabam solicita que se confirme la resolución judicial de primera instancia y que la que se dicte en apelación sea traducida y publicada en su sitio de Internet y en varios periódicos.

sancionen las infracciones de tales derechos y, en su caso, obtener la correspondiente indemnización.

65. El impacto económico directo de la medida controvertida,³⁷ que ni ha sido objeto ni puede, en realidad,³⁸ ser objeto de ningún tipo de cálculo, resulta agravado, si cabe, por las multas coercitivas que pueden acompañar a la medida solicitada y, en particular, por aquélla destinada a sancionar el retraso en la implantación del sistema de filtrado y de bloqueo.

3. Conclusión parcial

66. De los razonamientos anteriores se desprende que la medida solicitada, al obligar a un proveedor de acceso a Internet a implantar un sistema de filtrado y de bloqueo como el descrito más arriba, se configura en realidad como una «obligación» nueva de carácter general cuya aplicación está abocada, tarde o temprano, a hacerse extensible con carácter

permanente a todos los proveedores de acceso a Internet. En sí misma no presenta las características de concreción y de individualización que normalmente cabe esperar de toda respuesta o reacción supuestamente específica y determinada. Como reacción a infracciones más o menos individualizadas de los derechos de propiedad intelectual, se pide al órgano jurisdiccional remitente que adopte una medida que, insisto, por su propia naturaleza no puede ser sino general en todos los aspectos: personal, espacial y temporal.

67. Permítaseme indicar ahora que, desde este punto de vista y en el supuesto de que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional haya de abordarse únicamente desde la perspectiva de los derechos e intereses de Scarlet, cabría responder negativamente a la misma, en aplicación del principio de legalidad en su sentido más general. En efecto, tal como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada,³⁹ «las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la ley». Esta exigencia de protección, reconocida como un principio general del Derecho de la Unión, constituye el corolario de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, los cuales derivan, a su

37 — El perito designado por el Presidente del tribunal de première instance de Bruxelles insiste en este aspecto de la cuestión. Véanse los apartados 4 y 5 de las conclusiones de su dictamen de 29 de enero de 2007, citadas en la resolución de remisión y reproducidas más arriba en el apartado 21.

38 — He de insistir en que el principio de neutralidad tecnológica que defiende la Sabam implica que es imposible calcular *ex ante* los costes globales de la implantación de un sistema de filtrado y bloqueo de ese tipo, ya se trate de los costes relativos a la concepción y experimentación del propio sistema, de los costes de inversión (los mecanismos de filtrado, los routers, etc.), de los costes de ingeniería y de gestión del proyecto o de los costes recurrentes de mantenimiento y seguimiento operativo.

39 — Apartado 19.

vez, de la idea de Estado de Derecho.⁴⁰ De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el principio de seguridad jurídica exige que toda normativa que imponga gravámenes a los contribuyentes,⁴¹ que implique consecuencias desfavorables para los particulares,⁴² o que establezca medidas restrictivas que tengan una incidencia considerable sobre los derechos y las libertades de las personas designadas,⁴³ sea clara y precisa, con el fin de que los justiciables puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas

oportunas.⁴⁴ Pues bien, como tendré ocasión de exponer detalladamente más adelante,⁴⁵ si nos centramos en la perspectiva de los usuarios de los servicios de Scarlet –y de los internautas en general–, la disposición legal sobre cuya base puede adoptarse la obligación impuesta a Scarlet no se atiende, entre otras, a las mencionadas exigencias.

40 — Resulta casi superfluo recordar que, a tenor del artículo 2 TUE, la Unión se fundamenta, entre otros valores, en el Estado de Derecho, y que hace mucho tiempo que el Tribunal de Justicia consagró en su jurisprudencia la idea de «Comunidad de Derecho»; véanse, entre otras, las sentencias de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* (294/83, Rec. p. 1339), apartado 23, y de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 281. Sobre estas cuestiones y con todas las reservas que requiere el uso de conceptos nacionales en Derecho de la Unión, véase, en particular, Callies, C., y Ruffert, M., *ELIV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, p. 62; Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2009, p. 219 y ss.; Azoulai, L., «Le principe de légalité», en Auby, J.-B. y Duthiel de la Rochère, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p. 394, especialmente p. 399; Simon, D., «La Communauté de droit», en Sudre, F., y Labayle, H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 85, especialmente pp. 117 y ss.

41 — Véanse las sentencias de 9 de julio de 1981, *Gondrand y Garancini* (169/80, Rec. p. 1931), apartado 17; de 22 de febrero de 1989, *Comisión/Francia y Reino Unido* (92/87 y 93/87, Rec. p. 405), apartado 22; de 13 de febrero de 1996, *Van Es Douane Agenten* (C-143/93, Rec. p. I-431), apartado 27; de 17 de julio de 1997, *National Farmers' Union y otros* (C-354/95, Rec. p. I-4559), apartado 57; de 16 de octubre de 1997, *Banque Indosuez y otros* (C-177/96, Rec. p. I-5659), apartado 27; de 23 de septiembre de 2003, *BGL* (C-78/01, Rec. p. I-9543), apartado 71, y de 20 de noviembre de 1997, *Wiener SI* (C-338/95, Rec. p. I-6495), apartado 19.

42 — Véanse, en particular, las sentencias de 7 de junio de 2005, *VEMW y otros* (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 80; de 14 de enero de 2010, *Stadt Papenburg* (C-226/08, Rec. p. I-1311), apartado 45; de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros* (C-550/07 P, Rec. p. I-8301), apartado 100, y de 2 de diciembre de 2010, *Jakubowska* (C-225/09, Rec. p. I-12329), apartado 42.

43 — Sentencia de 29 de abril de 2010, *M y otros* (C-340/08, Rec. p. I-3913), apartado 65.

68. Por otra parte, y siguiendo un enfoque defendido acertadamente por la Comisión, consta con bastante claridad que no existe relación de causalidad entre la vulneración de derechos de propiedad intelectual denunciada y la medida solicitada. Mas ésta no es, a mi juicio, la cuestión que se plantea de modo primordial. La cuestión que se plantea es la de determinar si cabe imponer a los proveedores de acceso a Internet, en forma de mandamiento judicial y sobre la base de un fundamento jurídico que aún debe examinar este Tribunal de Justicia, la mencionada nueva «obligación» de establecer un sistema de filtrado y de bloqueo que revista las características descritas más arriba, habida cuenta de su impacto sobre los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios de dichos

44 — Véanse también las sentencias de 30 de enero de 1985, *Comisión/Dinamarca* (143/83, Rec. p. 427), apartado 10; de 21 de junio de 1988, *Comisión/Italia* (257/86, Rec. p. 3249), apartado 12; de 16 de junio de 1993, *Francia/Comisión* (C-325/91, Rec. p. I-3283), apartado 26; de 1 de octubre de 2009, *Comisión/Consejo* (C-370/07, Rec. p. I-8917), apartado 39; de 11 de noviembre de 2010, *Grootes* (C-152/09, Rec. p. I-11285), apartado 43, y de 22 de diciembre de 2010, *Gowan Comercio* (C-77/09, Rec. p. I-13533), apartado 47. Sobre la exigencia de claridad y precisión de las medidas de transposición de las Directivas, véanse, entre otras, las sentencias de 20 de octubre de 2005, *Comisión/Reino Unido* (C-6/04, Rec. p. I-9017), apartado 21; de 10 de mayo de 2007, *Comisión/Austria* (C-508/04, Rec. p. I-3787), apartado 73, y de 3 de marzo de 2011, *Comisión/Irlanda* (C-50/09, Rec. p. I-873), apartado 46.

45 — Véase *infra*, en el epígrafe E, apartados 101 y ss.

proveedores de acceso a Internet, a saber, de los internautas.

C. Calificación de la medida en relación con las Directivas y con los artículos 7, 8 y 11 de la Carta: una «limitación» a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta

69. La cuestión prejudicial versa sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia de las «Directivas 2001/29 y 2004/48, en relación con las Directivas 95/46, 2000/31 y 2002/58, interpretadas en particular a la luz de los artículos [7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta]». Se trata sustancialmente de determinar si, habida cuenta de la legislación nacional vigente, el mencionado conjunto normativo —compuesto de Derecho de la Unión, tanto originario como derivado— atribuye a los tribunales de los Estados miembros la posibilidad de acordar, mediante mandamiento judicial, una medida cautelar como la descrita más arriba. Así pues, el litigio principal debe examinarse primordialmente, y el Derecho derivado interpretarse, a la luz del Derecho primario, puesto que, como veremos más adelante, la medida en cuestión afecta directamente a los derechos y libertades garantizados por los artículos 7, 8 y 11 de la Carta. Esta afirmación requiere algunas observaciones preliminares.

70. Es preciso recordar ahora que las Directivas citadas en la cuestión prejudicial constituyen el marco jurídico en el que se

supone se inscribe la adopción de la medida solicitada,⁴⁶ siendo opinión de unos que dichas Directivas autorizan o no impiden tal adopción, y estimando otros, por el contrario, que no permiten o incluso se oponen a tal adopción.⁴⁷ Las Directivas en cuestión hacen referencia, de manera más o menos explícita, a los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y, a partir de su entrada en vigor, por la Carta.⁴⁸ En la sentencia Promusicae, el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros, al llevar a cabo la transposición y la aplicación de las citadas Directivas, deben procurar mantener un justo equilibrio entre los derechos fundamentales que contribuyen a garantizar.

71. Como es sabido, los artículos 7, 8 y 11 de la Carta garantizan, respectivamente, el

46 — A título indicativo, el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 y el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/48 imponen a los Estados miembros una doble obligación de establecer mecanismos judiciales adecuados para prevenir y sancionar la infracción de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembros una doble obligación de no hacer: deberán abstenerse de imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Por su objeto mismo, las Directivas 95/46 y 2002/58 garantizan el derecho a la protección de los datos personales. El artículo 4 de la Directiva 2006/24 dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con dicha Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional.

47 — Véanse, a este respecto, las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto Promusicae, antes citado, que examina detalladamente las relaciones existentes entre las diferentes Directivas.

48 — Véanse, en particular, los considerandos primero, segundo, décimo y trigésimo séptimo de la Directiva 95/46; los considerandos tercero, undécimo y vigésimo cuarto de la Directiva 2002/58; el considerando noveno de la Directiva 2000/31, y los considerandos noveno y vigésimo quinto así como el artículo 4 de la Directiva 2006/24.

derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal y la libertad de expresión y de información. Resulta casi superfluo subrayar que en el presente asunto se cuestionan otros derechos fundamentales, en particular el derecho de propiedad, garantizado por el artículo 17, apartado 1, de la Carta, y, más específicamente, el derecho al respeto de la propiedad intelectual, garantizado por el apartado 2 de ese mismo artículo 17 de la Carta, cuya violación como consecuencia de las descargas ilegales en Internet adquiere proporciones masivas, derechos ambos que es evidente que se inscriben en el núcleo del litigio principal. No obstante, a la vista de la medida solicitada y del sistema de filtrado y de bloqueo exigido, así como de los términos de la cuestión planteada, los derechos que se cuestionan principalmente son aquellos garantizados por los artículos 7, 8 y 11 de la Carta, puesto que el derecho de propiedad sólo se ve afectado tangencialmente, en la medida en que la implantación del sistema deberá correr exclusivamente a cargo del proveedor de acceso a Internet.⁴⁹

de los artículos 8, apartado 2, y 10, apartado 2, del CEDH. En el supuesto de que dicha medida en cuanto tal deba ser calificada de «limitación»,⁵⁰ será preciso comprobar si cumple los diferentes requisitos que establecen las citadas disposiciones.

1. «interpretadas en particular a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta»: sobre el respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales

72. En estos términos es como debe plantearse ahora la cuestión de si la medida solicitada puede calificarse de «limitación» de los derechos y libertades a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta, interpretado a la luz

73. Procede examinar sucesivamente la medida solicitada en tanto que posible limitación

49 — En la medida en que el sistema de filtrado y de bloqueo deberá implantarse a cargo exclusivamente del proveedor de acceso a Internet, la medida en cuestión podría configurarse asimismo como una «privación» del derecho de propiedad a efectos del artículo 17 de la Carta, interpretado a la luz del artículo 1 del Protocolo nº 1 del CEDH y de la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, este aspecto de la cuestión no será examinado en las presentes conclusiones.

50 — O de «injerencia» a efectos del artículo 8 del CEDH o de «restricción» a efectos del artículo 10 del CEDH. Sobre estos conceptos, véase, en particular, Ganshof van der Meersch, W. J., *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Springer, 1983, p. 263; Kiss, C.-A., «Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH», en Turp, D., y Beaudoin, G., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, p. 119; Duarte, B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, tesis, Universidad de Lille II, 2005; Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, tesis, Universidad de Tampere, 2003; Loucaides, L. G., «Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights», en *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. 3, p. 334.

del derecho a la protección de los datos personales, por un lado, y del derecho al respeto del secreto de las comunicaciones, por otro. Con carácter general, tal como la Comisión ha declarado en algunas ocasiones,⁵¹ la posibilidad de conservar el anonimato resulta esencial para preservar los derechos fundamentales a la vida privada en el ciberespacio. Sin embargo, si bien consta con claridad que las Directivas 95/46 y 2002/58 deben interpretarse desde la perspectiva de los artículos 7 y 8 de la Carta,⁵² y, en su caso, a la luz del artículo 8 del CEDH,⁵³ mucho menos clara resulta la conexión existente entre el derecho a la protección de los datos personales (artículo 8 de la Carta) y la implantación del sistema de filtrado y de bloqueo solicitado.⁵⁴

a) La protección de los datos personales (artículo 8 de la Carta)

74. Evaluar la incidencia concreta de un sistema de filtrado y de bloqueo sobre el derecho a la protección de los datos personales entraña cierta dificultad. Una primera dificultad consiste en identificar los datos personales de que se trata, puesto que, excepto en lo que atañe a las «direcciones IP»,⁵⁵ tales datos no están identificados con claridad. En efecto, la neutralidad tecnológica que reivindica la Sabam implica que no es posible determinar *a priori* si el sistema cuya implantación se solicita implica el tratamiento de datos personales. No es posible, *a fortiori*, determinar si dicho sistema implica la recopilación y la resolución de direcciones IP.

51 — Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones — Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos — eEurope 2002 [COM (2000) 890 final, especialmente p. 23].

52 — A este respecto, véanse, entre otras, las sentencias de 20 de mayo de 2003, Rundfunk (C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec. p. I-4989), apartado 68; de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia (C-73/07, Rec. p. I-9831), así como Volker und Markus Schecke y Eifert, antes citada, apartados 56 y ss. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto Promusicae, antes citado, puntos 51 y ss.

53 — Véanse, en particular, el considerando décimo de la Directiva 95/46; los considerandos primero, segundo, séptimo, décimo, undécimo y vigésimo cuarto así como el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

54 — Scarlet e ISPA, lo mismo que los Gobiernos belga, checo y neerlandés, alegan sustancialmente que la implantación de un sistema de filtrado y de bloqueo conduciría a que los proveedores de acceso a Internet efectuaran tratamientos de datos de carácter personal, infringiendo las disposiciones de las Directivas 95/46 y 2002/58. La Sabam, los Gobiernos polaco y finlandés y la Comisión estiman, en cambio, que la implantación de tal sistema no resulta contraria a las Directivas 95/46 y 2002/58. Para un examen de las prohibiciones de tratamiento que establecen dichas Directivas, véanse, en particular, las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto Promusicae, antes citado, puntos 64 y ss.

75. Una segunda dificultad consiste en determinar si las direcciones IP constituyen datos personales. Hasta este momento, el Tribunal de Justicia sólo ha tenido que conocer casos en los que se cuestionaban datos nominativos vinculados a las direcciones IP.⁵⁶ En cambio, no ha tenido nunca ocasión de examinar si

55 — Scarlet e ISPA estiman que la dirección IP propia de cada usuario de Internet constituye un dato de carácter personal, puesto que permite precisamente identificar a los internautas. Por consiguiente, añaden, la recopilación y resolución de las direcciones IP de los internautas, indispensables para la identificación de estos últimos y, por lo tanto, para el funcionamiento de un sistema de este tipo, constituyen un tratamiento de datos de carácter personal que las Directivas no autorizan.

56 — Sentencia Promusicae, antes citada, apartado 45; auto de 19 de febrero de 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (C-557/07, Rec. p. I-1227).

una dirección IP podía considerarse, en cuanto tal, un dato personal.⁵⁷

76. Por su parte, el Supervisor Europeo de Protección de Datos tuvo ocasión de indicar⁵⁸ que «la supervisión del comportamiento de los usuarios de Internet y la recopilación de sus direcciones IP equivale a una injerencia en su derecho a que se respeten su vida privada y su correspondencia».⁵⁹ El Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, creado por la Directiva 95/46,⁶⁰ considera igualmente que las direcciones IP constituyen, sin ningún género de dudas, datos de carácter personal

en el sentido del artículo 2, letra a), de dicha Directiva.⁶¹

77. Los anteriores puntos de vista corresponden a la realidad jurídica resultante del artículo 5 de la Directiva 2006/24/CE,⁶² que impone a los proveedores de acceso a Internet, entre otras obligaciones, la de conservar, con fines de investigación, detección y sanción de las infracciones graves, cierto número de datos. Se hace una referencia más precisa a los «datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación», entre ellos el nombre y la dirección del abonado o usuario registrado al que se asigna una dirección IP, por un lado, y, por otro, a los datos necesarios para determinar «la fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección IP [...], ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación».

78. En esta perspectiva, una dirección IP puede ser calificada de dato de carácter personal en la medida en que puede permitir la

57 — Cabe observar que la cuestión se plantea indirectamente en el asunto C-461/10, *Bonnier Audio* y otros, pendiente ante el Tribunal de Justicia (DO C 317, p. 24, de 20 de noviembre de 2010), en cuyo marco se interroga esencialmente al Tribunal de Justicia sobre la cuestión de si la Directiva 2006/24, que modifica la Directiva 2002/58, se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional, adoptada con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 que, en aras de la identificación de un abonado, permite conminar a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su causahabiente una dirección IP que se considera que ha sido utilizada para infringir dicho derecho.

58 — Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 22 de febrero de 2010, sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) (DO C 147, de 5 de junio de 2010, p. 1, apartado 24); Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 10 de mayo de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI (DO C 323, de 30 de noviembre de 2010, p. 6, apartado 11).

59 — A este respecto, se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolución *Weber y Saravia c. Alemania*, de 29 de junio de 2006, asunto n° 54934/00, Rec. 2006-XI, y sentencia *Liberty y otros c. Reino Unido*, de 1 de julio de 2008, asunto n° 58243. Es preciso observar, con todo, que esos dos asuntos no se refieren específicamente a la recopilación de direcciones IP en Internet, sino a la vigilancia de las telecomunicaciones.

60 — Denominado «Grupo de trabajo del “artículo 29”».

61 — Véase, en particular, el dictamen 4/2007, de 20 de junio de 2007, sobre el concepto de datos de carácter personal, WP 136, disponible en el sitio <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>>. En un sentido más amplio, véase también la recomendación n° 3/97, de 3 de diciembre de 1997, «L'anonymat sur l'Internet», WP 6, así como el documento de trabajo titulado «Le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne», adoptado el 21 de noviembre de 2000, WP 37, especialmente p. 22.

62 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105, p. 54).

identificación de una persona, por referencia a un número de identificación o a cualquier otro dato que sea propio de esa persona.⁶³

personales⁶⁵ en un grado lo suficientemente elevado como para justificar calificarlo de limitación en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta.

79. Por consiguiente, la cuestión que se plantea no es tanto dilucidar cuál sea la situación jurídica de las direcciones IP cuanto determinar en qué condiciones y con qué fines pueden recopilarse tales direcciones, en qué condiciones puede procederse a su resolución y al tratamiento de los datos personales de ella resultante, o en qué condiciones cabe exigir que se proceda a la recopilación o a la resolución de las mismas.⁶⁴

b) El secreto de las comunicaciones electrónicas (artículo 7 de la Carta)

80. Lo que conviene tener aquí presente es que, a pesar de las incertidumbres de carácter tecnológico mencionadas más arriba, es indiscutible que un sistema de filtrado y de bloqueo como el que se exige puede afectar al derecho a la protección de los datos

81. La implantación de un sistema de filtrado y de bloqueo de las comunicaciones electrónicas como el que se exige tampoco puede dejar de tener consecuencias para el derecho al respeto de la correspondencia y, más en general, para el derecho al secreto de las comunicaciones garantizado por el artículo 7 de la Carta,⁶⁶ interpretado a la luz del artículo 8

63 — Tal enfoque es, por ejemplo, el que ha adoptado en Francia la Commission nationale de l'informatique et des libertés; véase el acuerdo n° 2007-334, de 8 de noviembre de 2007. Sobre estas cuestiones, véase, por ejemplo, González Pascual, M., «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable», *REDE*, 2010, n° 36, p. 591.

64 — En lo que atañe a la prohibición de almacenamiento y comunicación de los datos de tráfico a los efectos de la Directiva 2002/58 y a las excepciones a dicha prohibición, me remito a las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto Promusicae, antes citado, puntos 64 y ss.

65 — El artículo 11 de la Directiva 2006/24 añadió al artículo 15 de la Directiva 2002/58 el apartado 1 *bis*, a cuyo tenor el apartado 1 de dicho artículo 15 no se aplicará a los datos que deben conservarse específicamente de conformidad con la Directiva 2006/24. El artículo 4 de la Directiva 2006/24, por su parte, dispone que «los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional. Cada Estado miembro definirá en su legislación nacional el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

66 — Scarlet, apoyada por ISPA, alega que la implantación de un sistema de ese tipo supondría infringir las disposiciones de la Directiva 2002/58 relativas al secreto de las comunicaciones electrónicas, remitiéndose a tal efecto al considerando vigésimo sexto y al artículo 5 de dicha Directiva.

del CEDH y de la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

82. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ocasión aún de pronunciarse sobre la compatibilidad con el CEDH de medidas específicas de control de las comunicaciones electrónicas ni *a fortiori* de un sistema de filtrado y de bloqueo como el exigido. No obstante, cabe considerar que, a la vista de la jurisprudencia en materia de escuchas telefónicas,⁶⁷ tales medidas constituirían injerencias a efectos del artículo 8 del CEDH. Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí tuvo ocasión de declarar que la recogida y conservación de datos de carácter personal, sin que el interesado esté al corriente de ello, relacionados con el uso del teléfono, del correo electrónico y de Internet, constituía una «injerencia» en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su vida privada y de su correspondencia, a los efectos del artículo 8 del CEDH.⁶⁸

83. Por su parte, el artículo 5 de la Directiva 2002/58⁶⁹ define y garantiza el secreto de las

comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. Esta disposición impone en particular a los Estados miembros la obligación de prohibir toda vigilancia o toda interceptación de dichas comunicaciones, salvo los casos legalmente previstos de conformidad con el artículo 15 de la citada Directiva. Esta última disposición establece que los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando tal limitación constituya una medida necesaria para garantizar, en particular, la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos. En cualquier caso, las medidas que se adopten al respecto «deberán ser conformes con los principios generales del Derecho comunitario, incluidos los mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

2. «interpretadas en particular a la luz del artículo 11 de la Carta»: sobre la garantía de la libertad de expresión y del derecho a la información

67 — Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó una medida de sonorización de un apartamento haciendo referencia explícita a la mencionada jurisprudencia. Véase TEDH, sentencia Vetter c. Francia, de 31 de mayo de 2005, asunto n° 59842/00, apartado 27, que remite expresamente a su razonamiento en las sentencias Huvig c. Francia, de 24 de abril de 1990, asunto n° 11105/84, serie A, n° 176-B, y sentencia Kruslin c. France, de 24 de abril de 1990, asunto n° 11801/85, serie A, n° 176-A.

68 — TEDH, sentencia Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, asunto n° 62617/00, § 43 y 44.

69 — Cabe observar que el considerando decimoquinto de la Directiva 2000/31 remite expresamente al artículo 5 de la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (DO 1998, L 24, p. 1), que fue derogada por la Directiva 2002/58.

84. El artículo 11 de la Carta, que no sólo garantiza el derecho a comunicar informaciones

sino también el derecho a recibirlas,⁷⁰ resulta aplicable, naturalmente, a Internet.⁷¹ Tal como ha puesto de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «en virtud de su accesibilidad y de su capacidad para conservar y difundir enormes cantidades de datos, los sitios de Internet contribuyen en amplia medida a mejorar el acceso del público a la actualidad y, con carácter general, a facilitar la comunicación y la información».⁷²

apartado 1, de la Carta,⁷³ con independencia de las modalidades técnicas en virtud de las cuales se realice concretamente el control de las comunicaciones, del alcance y la profundidad del control efectuado y de la eficacia y fiabilidad del control efectivamente realizado, extremos todos ellos que están sujetos a controversia, como subrayé más arriba.

85. Tal como ha subrayado Scarlet, no cabe duda alguna de que la implantación de un sistema de filtrado y de bloqueo como el que se solicita —especialmente el mecanismo de bloqueo—, que puede suponer el control de todas las comunicaciones electrónicas que circulen por sus servicios, constituye por naturaleza una «restricción», en el sentido del artículo 10 del CEDH, a la libertad de comunicación consagrada por el artículo 11,

86. Tal como alega Scarlet, un sistema combinado de filtrado y de bloqueo afectará inevitablemente a los intercambios lícitos de contenidos y, por lo tanto, tendrá repercusiones sobre el contenido de los derechos garantizados por el artículo 11 de la Carta, aunque sólo sea porque el carácter lícito o no de una comunicación determinada, que depende de la amplitud del derecho de autor de que se trate, varía de un país a otro y es, por tanto, ajeno a la técnica. En la medida en que puedan hacerse este tipo de consideraciones, cabe afirmar que ningún sistema de filtrado y de bloqueo parece estar en condiciones de garantizar, de una manera compatible con las exigencias de los artículos 11 y 52, apartado 1, de la Carta, que únicamente se llevará a cabo el bloqueo de aquellos intercambios identificados específicamente como ilícitos.

70 — A semejanza del artículo 10 del CEDH. Véase, en particular, TEDH, sentencia *Observer y Guardian c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, asunto n° 13585/88, serie A, n° 216, § 59; y *Guerra y otros c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, asunto n° 14967/89, Rec. 1998-I, § 53.

71 — Cabe observar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al apreciar la compatibilidad de una «restricción» de la libertad de expresión a la luz de las exigencias del artículo 10, apartado 2, del CEDH, tuvo también ocasión de calibrar el «poder» de Internet que, al ser accesible a todo el mundo, produce un efecto multiplicador de gran envergadura. Véase, en particular, TEDH, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, de 13 de enero de 2011, asunto n° 16354/06, §§ 54 y ss.; *Akdaş c. Turquía*, de 16 de febrero de 2010, asunto n° 41056/04, § 28, y *Willem c. Francia*, de 16 de julio de 2009, asunto n° 10883/05, §§ 36 y 38.

72 — TEDH, sentencia *Times Newspapers Limited c. Reino Unido*, de 10 de mayo de 2009, asuntos n° 3002/03 y 23676/03, § 27. En aquellos asuntos, el Tribunal declaró que «como la constitución de archivos en Internet representa un aspecto esencial del papel que desempeñan los sitios de Internet», está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 10 del CEDH.

73 — Ha llegado a sostenerse que las disposiciones del Derecho de la propiedad intelectual de un Estado miembro podían constituir por sí mismas una restricción a efectos del artículo 10 del CEDH; véase *Danay, R.*, «Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom», *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, vol. 8, n° 2, p. 32.

3. Conclusión parcial

87. De los razonamientos anteriores se desprende que la medida solicitada, al imponer la obligación de establecer un sistema de filtrado y de bloqueo de las comunicaciones electrónicas como el que se ha descrito más arriba, puede afectar negativamente al ejercicio de los derechos y libertades protegidos por la Carta que han sido objeto de examen, de modo que, en relación con los usuarios de los servicios de Scarlet –y con los usuarios de Internet en general–, tal medida debe calificarse de «limitación» a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta.⁷⁴ Pues bien, las limitaciones del ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios que supondría implantar un sistema de filtrado y de bloqueo de este tipo únicamente son admisibles si cumplen una serie de requisitos, los cuales me propongo examinar a continuación.

D. Sobre los requisitos para la limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, con especial consideración del requisito relativo a la «calidad de la ley» (artículo 52, apartado 1, de la Carta)

88. En términos que son de sobra conocidos, la Carta enuncia los requisitos a los que se

supedita toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades que reconoce, del mismo modo en que el CEDH define los requisitos para que pueda considerarse legítima toda injerencia en el derecho a la vida privada o toda restricción a la libertad de expresión.

89. De este modo, el artículo 52 de la Carta se refiere a la «necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» y al imperativo de que toda medida de esta naturaleza persiga «objetivos de interés general» y sea conforme al principio de proporcionalidad. Si la protección de los derechos de propiedad intelectual constituye ciertamente un objetivo de interés general, como lo acreditan las Directivas 2001/29 y 2004/48, no es menos verdad que, en las circunstancias del presente asunto, la principal justificación del sistema de filtrado y de bloqueo solicitado reside en la necesidad de protección de los «derechos y libertades de los demás». La «necesidad de protección de los derechos» de los titulares de derechos de autor y de derechos afines se inscribe en el núcleo del presente asunto, siendo la causa esencial del proceso civil iniciado por la Sabam contra Scarlet.

90. En efecto, es oportuno insistir ahora en subrayar que el derecho de propiedad ha sido ya consagrado por el artículo 17 de la Carta, cuyo apartado 2 afirma expresamente, conviene no olvidarlo, que «se protege la propiedad intelectual». Cabe recordar asimismo que el Tribunal de Justicia ya había consagrado con anterioridad el derecho de propiedad como un derecho fundamental que forma

⁷⁴ — O, con carácter alternativo, de «injerencia» a efectos del artículo 8 del CEDH y de «restricción» a efectos del artículo 10 del CEDH.

parte de los principios generales del Derecho⁷⁵ y reconocido que los derechos de autor forman parte del derecho de propiedad.⁷⁶ Las propias Directivas 2001/29 y 2004/48⁷⁷ tienen por objeto garantizar un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual. Además, según reiterada jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la propiedad intelectual, en cuanto tal, se beneficia sin discusión posible de la protección del artículo 1 del protocolo nº 1 del CEDH.⁷⁸

91. Por último, el Tribunal de Justicia ha declarado que la razón de ser de los derechos de autor es atribuir al artífice de obras de nueva creación y originales el derecho exclusivo a explotar tales obras.⁷⁹ En efecto, los derechos de autor y derechos afines presentan un carácter económico, en cuanto prevén la facultad de explotar comercialmente la puesta en circulación de la obra protegida, en particular

en forma de licencias concedidas mediante el pago de cánones.⁸⁰

92. Así pues, nos encontramos ciertamente ante una «necesidad de protección de un derecho» en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, que podría legitimar la «limitación» de otros derechos y libertades a los efectos de esa misma disposición.

93. Precisado lo anterior, considero oportuno indicar que, para facilitar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a su cuestión, no resultará necesario proceder a un examen detallado de todos los requisitos para la admisibilidad de las limitaciones de los derechos y libertades reconocidos por la Carta. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente plantea específicamente a este Tribunal de Justicia, en relación con la limitación del ejercicio de los derechos y libertades que supondría, según acabo de exponer, la implantación del sistema de filtrado y de bloqueo exigido, la cuestión de si cabe establecer tal limitación «con arreglo exclusivamente a la disposición legal» nacional que constituye el artículo 87, apartado 1, de la Ley de derechos de autor y derechos afines, de 30 de junio de 1994, disposición que, por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente cita íntegramente. Este aspecto de la cuestión prejudicial incita, con carácter prioritario, a examinar el primero de los requisitos definidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, a saber, que

75 — Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken* (C-479/04, Rec. p. I-8089), apartado 62.

76 — Sentencia *Laserdisken*, antes citada, apartado 65.

77 — Véanse, en particular, los considerandos tercero y cuarto de la Directiva 2001/29 así como los considerandos primero y décimo de la Directiva 2004/48.

78 — Véase, en particular, Comisión Europea de Derechos Humanos, resoluciones *Smith Kline y French Laboratories Ltd. c. Países Bajos*, de 4 de octubre de 1990, asunto nº 12633/87, DR 66, p. 81, y A. D. c. Países Bajos, de 11 de enero de 1994, asunto nº 21962/93; TEDH, sentencias *British-American Tobacco Company Ltd c. Países Bajos*, de 20 de noviembre de 1995, serie A nº 331, §§ 71-72; *Chappel c. Reino Unido*, de 30 de marzo de 1989, asunto nº 10461/83, serie A, nº 152A, § 59, y *Anheuser-Bush Inc. c. Portugal*, de 11 de enero de 2007, asunto nº 73049/01, §§ 71 y 72; resolución *Melnychuk c. Ucrania*, de 5 de julio de 2005, asunto nº 28743/03, § 3.

79 — Véase la sentencia de 17 de mayo de 1988, *Warner Brothers y Metronome Video* (158/86, Rec. p. 2605), apartado 13.

80 — Véanse las sentencias de 20 de enero de 1981, *Musik-Vertrieb membran y K-tel International* (55/80 y 57/80, Rec. p. 147), apartado 12, y de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins y otros* (C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145), apartado 20.

la limitación haya sido «establecida por la ley», requisito cuya literalidad es común tanto a esta última disposición como a los artículos 8, apartado 2, y 10, apartado 2, del CEDH. El mencionado examen se llevará a cabo a la luz de las resoluciones pertinentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpretan esas últimas disposiciones, resoluciones judiciales que, como ya he puesto de relieve, han ido formando con el tiempo un *corpus* jurisprudencial especialmente rico que habrá de permitirme determinar las características del requisito de que se trata.

con «la calidad de la ley de que se trate»,⁸² por utilizar la expresión que ha consagrado dicho Tribunal. En efecto, la «ley» de que se trate debe ser «suficientemente accesible y previsible, es decir, estar formulada con la suficiente precisión como para permitir al justiciable –buscando si es preciso asesoramiento jurídico adecuado– ajustar su conducta a Derecho», «prever las consecuencias que puedan afectarle»,⁸³ y «anticipar, con un grado razonable de exactitud habida cuenta de las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de un acto determinado».⁸⁴

94. En relación con los derechos y libertades garantizados por el CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en reiteradas ocasiones que las disposiciones de dicho Convenio que supeditan la injerencia en el ejercicio de un derecho o la restricción al ejercicio de una libertad al requisito de que tal injerencia o restricción haya sido «prevista por la ley»⁸¹ implican no sólo que la medida descansa en una base legal en cuanto tal, tenga «una base en Derecho interno», sino que imponen, además, exigencias relacionadas

95. Por lo tanto, la «ley» deberá ser suficientemente clara⁸⁵ y previsible en lo que atañe al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables,⁸⁶ así como definir con la suficiente nitidez la amplitud y los modos de ejercer

81 — En particular, van Dijk, P. y otros, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., Intersentia, 2006, p. 336; Jacobs, F.G., White, R.C. A. and Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, 5ª ed., Oxford University Press, 2010, p. 315; Harris, D.J., O'Boyle, M., y Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009; Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 3ª ed., Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 112; Matscher, F., «Der Gesetzesbegriff der EMRK», en Adamovich und Kobzina, A., *Der Rechtsstaat in der Krise – Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, p. 105; Gundel J., *Beschränkungsmöglichkeiten*, in *Handbuch der Grundrechte*, Band. VI/1, Müller, 2010, p. 471; Weiß, R., *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — Véase, en particular, Martín-Retortillo Baquer, L., «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos», en *Derecho Privado y Constitución*, 2003, n° 17, p. 377; Wächsmann, P., «De la qualité de la loi à la qualité du système juridique», en *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruselas, vol. 2, p. 1687.

83 — TEDH, sentencia Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987, asunto n° 9248/81, serie A, n° 116, § 50.

84 — TEDH, sentencia Margareta y Roger Andersson c. Suecia, de 25 de febrero de 1992, asunto n° 12963/87, serie A n° 226-A, p. 25, § 75.

85 — TEDH, sentencia Tan c. Turquía, de 3 de julio de 2007, asunto n° 9460/03, §§ 22-26; en aquel asunto, el TEDH examinó la conformidad con el principio de claridad de la ley de una normativa en materia de correspondencia de los detenidos. El Tribunal consideró que la normativa en cuestión, que atribuía a los directores de establecimientos penitenciarios, previa decisión de la junta disciplinaria, las facultades de negarse a despachar, censurar o proceder a la destrucción de cualquier correo considerado «problemático», no indicaba con la suficiente claridad el alcance y los modos de ejercer la facultad de apreciación de las autoridades en el ámbito objeto de examen.

86 — Véase, en particular, TEDH, sentencia Kruslin c. Francia, antes citada, § 30; resolución Coban c. España, de 25 de septiembre de 2006, asunto n° 17060/02.

la facultad de injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el CEDH.⁸⁷ Una ley que confiera facultades de apreciación no contradice en sí misma tal exigencia, siempre que la amplitud y los modos de ejercer las facultades de que se trate se definan con la suficiente claridad, a la vista del fin legítimo perseguido, para proporcionar al individuo una protección adecuada frente a la arbitrariedad.⁸⁸ Así pues, toda ley que atribuya facultades de apreciación deberá determinar la amplitud de las mismas.⁸⁹

de la accesibilidad y de la previsibilidad de la ley en lo que atañe a la persona afectada.⁹³

96. Por consiguiente, tan sólo será admisible una limitación si se fundamenta en una base legal en Derecho interno, que deberá ser accesible, clara y previsible,⁹⁰ requisitos todos ellos que emanan de la idea de primacía del Derecho,⁹¹ de la cual se deriva⁹² el imperativo

97. Por consiguiente, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el requisito según el cual toda limitación debe estar «prevista por la ley» implica que la actuación de los titulares de la autoridad pública ha de inscribirse dentro de límites previamente definidos por las normas jurídicas, lo que «impone ciertas exigencias a las que han de responder tanto las propias normas jurídicas como los procedimientos destinados

87 — Véase, en particular, TEDH, sentencia *Sanoma Uitgevers c. Países Bajos*, de 14 de septiembre de 2010, asunto n° 38224/03, §§ 81-82.

88 — Entre otras, la sentencia *Margareta y Roger Andersson*, antes citada, § 75.

89 — TEDH, sentencia *Silver y otros c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1983, asuntos n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 y 7136/75, serie A, n° 61, § 88.

90 — Véanse, sobre este extremo, el punto 53 de las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto *Promusicae*, antes citado, en donde se menciona la sentencia *Österreichischer Rundfunk*, antes citada, apartados 76 y 77.

91 — Para una formulación de conjunto de estas diferentes exigencias, veáse, en particular, TEDH, sentencia *Kopp c. Suiza*, de 25 de mayo de 1998, asunto n° 23224/94, Rec. 1998-II, § 55.

92 — TEDH, sentencia *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, asunto n° 27671/95, Rec. 1998-V, § 46, que remite a la sentencia de 2 de agosto de 1984, *Malone*, asunto n° 8691/79, serie A, n° 82, y a las sentencias *Kruslin* y *Kopp*, antes citadas.

93 — El principio de la primacía del Derecho, que figura en el preámbulo del CEDH, implica que el Derecho interno debe proporcionar cierta protección frente a la infracción arbitraria de los derechos que garantiza por parte de los poderes públicos. Si este principio ciertamente «requiere que toda injerencia de las autoridades en los derechos de un individuo pueda ser objeto de un control eficaz» (TEDH, sentencia *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, asunto n° 5029/71, serie A n° 28, pp. 25-26, § 55; sentencias *Malone*, antes citada, § 68, y *Silver y otros*, antes citada, § 90), e «implica, entre otras cosas, que toda injerencia del poder ejecutivo en los derechos de un individuo sea objeto de un control eficaz, control que normalmente corresponderá ejercer, al menos en último término, al poder judicial, puesto que éste ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad del procedimiento» (TEDH, sentencia *Klass y otros*, antes citada, § 55), también exige un «grado mínimo de protección», que no existiría «si la facultad de apreciación atribuida al poder ejecutivo careciera de límites» (sobre el artículo 8 del CEDH, además de las sentencias *Malone*, § 68, y *Kruslin c. Francia*, § 30, antes citadas, véase TEDH, sentencia *Rotaru c. Rumania*, de 4 de mayo de 2000, asunto n° 28341/95, Rec. 2000-V, § 55; *Segerstedt-Wiberg y otros c. Suecia*, de 6 de junio de 2006, asunto n° 62332/00, Rec. 2006-VII, § 76; *Lupsa c. Rumania*, de 8 de junio de 2006, asunto n° 10337/04, Rec. 2006-VII, § 34; resolución *Weber y Saravia c. Alemania*, de 29 de junio de 2006, asunto n° 54934/00, Rec. 2006-XI, § 94; sobre el artículo 10 del CEDH, sentencia *Sanoma Uitgevers*, antes citada, § 82), ni tampoco si la facultad de apreciación atribuida a un juez careciera asimismo de límites (TEDH, sentencia *Huvig c. Francia*, de 24 de abril de 1990, asunto n° 11105/84, serie A, n° 176-B, p. 55, § 29; resolución *Weber y Saravia c. Alemania*, antes citada, § 94; sentencia *Liberty y otros*, antes citada, § 62; sentencia *Bykov c. Rusia*, de 10 de marzo de 2009, asunto n° 4378/02, § 78).

a imponer el cumplimiento efectivo de las mismas». ⁹⁴

98. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que el alcance del concepto de previsibilidad y accesibilidad de la ley depende en amplia medida del contenido del texto legal de que se trate, del ámbito al que se extienda y del número y condición de sus destinatarios. ⁹⁵ La previsibilidad de la

ley no es incompatible con el hecho de que la persona afectada se vea obligada a recurrir a un asesoramiento jurídico apropiado para valorar las eventuales consecuencias de un determinado acto en una medida razonable, dadas las circunstancias del caso. ⁹⁶ Ello resulta especialmente cierto en el caso de los profesionales, habituados a la necesidad de mostrar una gran prudencia en el ejercicio de sus actividades.

94 — Wachsmann, P., «La prééminence du droit», en *Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, p. 241, especialmente p. 263; véase también Wiarda, G., «La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit», *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, p. 452; Grabarczyk, K., «Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», PUAM, 2008, especialmente pp. 194 y ss.; Morin, J.-Y., «La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen», en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 643.

95 — TEDH, sentencias Groppera Radio y otros c. Suiza, de 28 de marzo de 1990, asunto n° 10890/84, serie A n° 173, p. 26, § 68; Cantoni c. Francia, de 15 de noviembre de 1996, asunto n° 17862/91, Rec. 1996-V, § 35. Tal como dicho Tribunal declaró en relación con una medida de vigilancia mediante GPS de los desplazamientos de una persona en público, no resultan aplicables *mutatis mutandis* a todas las formas de injerencia los criterios relativamente rigurosos que se establecen y aplican en el contexto específico de la vigilancia de las telecomunicaciones. Véase TEDH, sentencia Uzun c. Alemania, de 2 de septiembre de 2009, asunto n° 35623/05, § 66. En aquel asunto, el Tribunal prefirió ceñirse a los principios generales que procede observar «para que exista una protección adecuada frente a toda injerencia arbitraria en el ejercicio de los derechos protegidos por el artículo 8» del CEDH. En el caso de autos, como recordó el mismo Tribunal, «cuando se trata de medidas de vigilancia secreta por parte de las autoridades públicas, la inexistencia de control público y el riesgo de abuso de poder exigen que el Derecho interno confiera protección frente a las injerencias arbitrarias en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 8». «El Tribunal debe llegar al convencimiento de que existen garantías adecuadas y suficientes frente a los abusos. Esta apreciación dependerá de las circunstancias que concurren en el caso, por ejemplo, la naturaleza, amplitud y duración de las eventuales medidas, las razones que justifiquen acordar tales medidas, las autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas, así como el tipo de recursos que el Derecho interno permita interponer».

99. Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ocasión de precisar que procedía entender el término «ley» en su acepción «material», y no sólo en su acepción formal, en el sentido de que puede incluir tanto el «Derecho escrito» como el «Derecho no escrito» o incluso el «Derecho de creación judicial». ⁹⁷ Desde este punto de vista, puede resultar necesario tener en cuenta, en su caso, la jurisprudencia. En determinadas circunstancias, «una jurisprudencia constante» publicada —accesible por tanto— y aplicada por los tribunales inferiores puede completar una disposición legal y clarificarla hasta el punto de hacerla previsible. ⁹⁸

96 — Entre otras, sentencias Groppera Radio, antes citada, § 68, y Tolstoy Miloslavsky, antes citada, § 37.

97 — Véase, en particular, TEDH, sentencias Sunday Times c. Reino Unido (n° 1), de 26 de abril de 1979, asunto n° 6538/74, serie A n° 30, § 49; Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, de 13 de julio de 1995, asunto n° 18139/91, serie A n° 316-B, § 37; Sanoma Uitgevers, antes citada, § 83.

98 — En particular, TEDH, sentencia Müller y otros c. Suiza, de 24 de mayo de 1988, asunto n° 10737/84, serie A n° 133, § 29.

100. En conclusión, tanto la Carta como el CEDH admiten la posibilidad de una limitación del ejercicio de los derechos y libertades, de una injerencia en el ejercicio de los derechos o de una restricción en el ejercicio de las libertades que garantizan, a condición de que estén «previstas por la ley», entre otros requisitos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al basarse fundamentalmente en el principio de la primacía del Derecho consagrado en el preámbulo del CEDH, ha edificado a partir de esta expresión —y esencialmente a través del concepto de «calidad de la ley»—⁹⁹ una verdadera doctrina, según la cual toda limitación, injerencia o restricción debe haber sido previamente objeto de una previsión legal, cuando menos en el sentido material del término, que sea suficientemente precisa en relación con el objetivo perseguido, es decir, que sea conforme a unas exigencias mínimas. El Tribunal de Justicia debe tener en cuenta esta jurisprudencia al interpretar el alcance de las correspondientes disposiciones de la Carta.

E. «con arreglo exclusivamente a una disposición legal»: el examen de la legislación nacional en relación con el requisito relativo a la «calidad de la ley» (artículo 52, apartado 1, de la Carta)

101. Llegados a esta fase del examen, no queda sino responder a la cuestión de determinar si, desde el punto de vista de los usuarios de servicios de proveedores de acceso a Internet —y de los internautas en general—, la base legal que el órgano jurisdiccional remitente ha identificado en el ordenamiento jurídico del Estado miembro puede constituir efectivamente la «ley» que exige la Carta, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinada más arriba, adaptada, en su caso, a las características específicas del ordenamiento jurídico de la Unión.

99 — Es preciso indicar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido confiriendo progresivamente al concepto de «calidad de la ley» un significado propio, adaptado a los fines cuya consecución persigue el CEDH, significado que distingue aquel concepto de conceptos similares que, con un contenido a menudo más amplio, cabe encontrar en el Derecho de algunos Estados miembros; véanse, entre otros autores, Milano, L., «Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi», *Revue du Droit public*, 2006, n° 3, p. 637; «La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, invierno 2010, n° 37, p. 243; Reicherzer, M., «Legitimität und Qualität von Gesetzen», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, p. 121; Wachsmann, P. «La qualité de la loi», *Mélanges Paul Amselek*, p. 809; Montalivet, P. de, «La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi», en *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99; Moysan, H., «L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative», *AJDA*, 2001, p. 428.

102. Comenzaré recordando el tenor literal de la disposición legal nacional de que se trata, a saber, el artículo 87, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley de derechos de autor y derechos afines, de 30 de junio de 1994, disposición que el órgano jurisdiccional remitente tuvo sumo cuidado de reproducir *in extenso* en la propia cuestión prejudicial: «Asimismo, [el Presidente del tribunal de première instance y el Presidente del tribunal de commerce] podrán dictar un mandamiento judicial de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines.»

103. Precisado lo anterior, no cabe duda alguna de que el Derecho belga contiene «una» base legal para poder dictar, en el marco de una acción civil ejercitada con objeto de que se declare y sancione una infracción de derechos de autor o derechos afines y se obtenga la correspondiente reparación, un mandamiento judicial que ordene el cese de la infracción dirigido, como en el asunto principal, contra un proveedor de acceso a Internet como Scarlet, con la finalidad de garantizar el cese efectivo de tal infracción. Sin embargo, el problema que suscita la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente no estriba en determinar si, en tal contexto y con la finalidad mencionada, el tribunal belga competente puede, con carácter general, dictar un mandamiento judicial que ordene el cese de la infracción, sino si dicho tribunal puede, habida cuenta de las exigencias derivadas de la «calidad de la ley» –a efectos del CEDH y, a partir de su entrada en vigor, también de la Carta–, acordar una medida del tipo de la solicitada en el presente asunto sobre la base de la mencionada facultad de dictar mandamientos judiciales.

104. Desde esta perspectiva, antes de nada debo volver a mi reflexión inicial sobre las características y, en definitiva, sobre la «naturaleza» de la medida solicitada.

105. Tal como vimos más arriba, desde la perspectiva de Scarlet y de los proveedores de acceso a Internet, la obligación de implantar, exclusivamente a sus expensas, un sistema de filtrado y de bloqueo como el controvertido

es hasta tal punto característica o incluso singular, por un lado, y «nueva» o incluso inesperada, por otro, que tal obligación únicamente podría admitirse a condición de haber sido establecida, de un modo expreso, previo, claro y preciso, en una «ley» en el sentido de la Carta. Ahora bien, difícilmente cabe considerar que, al adoptar la medida solicitada sobre la base de la disposición nacional de que se trata, el tribunal competente nacional haya actuado dentro de límites definidos por la «ley» de un modo expreso, previo, claro y preciso, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2000/31.¹⁰⁰ Desde el punto de vista de Scarlet, la adopción por un tribunal belga de una medida de esta naturaleza era difícilmente previsible¹⁰¹ y, habida cuenta de sus potenciales consecuencias económicas, rayaría incluso en lo arbitrario.

106. Desde la perspectiva de los usuarios de los servicios de Scarlet –y de los internautas en general–, el sistema de filtrado exigido

100 — El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembros una doble obligación de no hacer. Deben abstenerse de imponer a los prestadores de servicios tanto una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen como una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. El artículo 12, apartado 1, de la misma Directiva impone a los Estados miembros, además, la obligación de garantizar que no se pueda considerar a los prestadores de servicios consistentes en facilitar acceso a una red de comunicaciones –y, por ende, a los proveedores de acceso a Internet– responsables de los datos transmitidos.

101 — El trigésimo considerando de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 337, pp. 11–36), precisa asimismo que «la Directiva 2002/22/CE no exige a los proveedores que controlen la información transmitida a través de sus redes ni que interpongan acciones judiciales contra sus clientes con motivo de dicha información, ni responsabiliza a los proveedores de dicha información».

está abocado, con independencia de su modo concreto de funcionamiento, a aplicarse con carácter sistemático y universal, continuado y permanente, pero sin que su implantación vaya acompañada de garantía específica alguna en lo que atañe, entre otros extremos, a la protección de los datos personales y a la confidencialidad de las comunicaciones. El mecanismo de bloqueo, por su parte, con independencia asimismo de su modo concreto de funcionamiento, está destinado a activarse sin que se haya previsto expresamente la posibilidad de que las personas afectadas —es decir, los internautas— puedan oponerse al bloqueo de un archivo determinado o impugnar el fundamento de tal bloqueo.

107. Dificilmente puede ser de otra manera cuando la ley nacional de que se trata no tiene en modo alguno como objetivo autorizar a los tribunales competentes nacionales a adoptar una medida de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas de los abonados a los proveedores de acceso a Internet que ejercen su actividad en el territorio del Estado miembro en cuestión.

108. Así pues, la conclusión que se impone es que, a la vista de los artículos 7, 8 y 11 de la Carta y, en particular, de las exigencias relativas a la «calidad de la ley», así como, de un modo más amplio, del imperativo de la primacía del Derecho, no puede considerarse que la disposición de Derecho nacional controvertida constituya base legal suficiente para adoptar una medida conminatoria judicial que

imponga un sistema de filtrado y de bloqueo como el exigido en el litigio principal.

109. Por lo demás, desde el punto de vista del concepto «material» de la «ley», cabe afirmar asimismo que en modo alguno se ha acreditado la existencia de una abundante jurisprudencia de los tribunales belgas que haya reiterado y perfilado la interpretación y la aplicación de la disposición de Derecho nacional controvertida, de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho del CEDH, en la línea de la medida solicitada, y que, de este modo, permita llegar a la conclusión de que se ha respetado el imperativo de previsibilidad de la ley.¹⁰²

110. Habida cuenta de lo constatado más arriba, no resulta necesario examinar la incidencia del Derecho de la Unión¹⁰³ sobre la «calidad» de la base legal nacional. A este respecto, en sus conclusiones en el asunto *Promusicae*, antes citado,¹⁰⁴ la Abogado General Kokott recalcó que «el equilibrio entre los derechos fundamentales de que se trata ha de ser observado, en primer lugar, por el legislador comunitario», pero que, «no obstante, los Estados miembros también están obligados a tenerlo en cuenta en el ejercicio de su facultad

102 — Véase, en particular, TEDH, sentencia *Chappel*, antes citada, § 56. Véanse también las sentencias *Bock y Palade c. Rumania*, de 15 de febrero de 2007, asunto n° 21740/02, §§ 61 a 64; *July y Libération c. Francia*, de 14 de febrero de 2008, asunto n° 20893/03, § 55, y *Brunet-Lecomte y otros c. Francia*, de 5 de febrero de 2009, asunto n° 42117/04, § 42.

103 — Sobre la toma en consideración del Derecho de la Unión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al examinar la calidad de la ley, véase, en particular, TEDH, sentencia *Cantoni*, antes citada, § 30, y la resolución *Marchiani c. France*, de 27 de mayo de 2008, asunto n° 30392/03.

104 — Punto 56.

de apreciación al adaptar los ordenamientos jurídicos internos a las directivas».

111. Así pues, se suscita la cuestión, particularmente delicada, de la «responsabilidad» respectiva de la Unión y de los Estados miembros, a la luz del imperativo de la primacía del Derecho examinado más arriba, en una situación en la que las Directivas, junto con las medidas nacionales de transposición, son objeto de una aplicación que implica la «limitación» de un derecho garantizado o de una libertad reconocida por la Carta. No obstante, los términos de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, que se refiere expresamente a las disposiciones de la legislación nacional que supuestamente transponen las Directivas 2001/29 y 2004/48 en materia de protección de la propiedad intelectual, me permiten dejar de lado provisionalmente esta cuestión, al haberse comprobado anteriormente que ninguna de las Directivas de que se trata impone la obligación de implantar un sistema de filtrado y de bloqueo como el exigido en el litigio principal.

112. En este contexto, por último, ha de rechazarse la idea según la cual las Directivas en cuestión –y especialmente la Directiva 2000/31– deberían ser objeto de una interpretación actualizada, teniendo en cuenta la evolución de la tecnología y los usos de Internet. Aunque es evidente, tal y como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

declarado reiteradamente,¹⁰⁵ que el imperativo de previsibilidad no implica una certeza absoluta, el enfoque que defiende una interpretación «viva» de los textos legales no puede paliar la inexistencia de toda base legal nacional que haga referencia expresa al sistema de filtrado y de bloqueo de las comunicaciones electrónicas. Una interpretación del Derecho de la Unión –y especialmente del artículo 15 de la Directiva 2000/31– en el sentido de que permite o no se opone a la adopción de una medida como la solicitada no resulta conforme con la exigencia de «calidad de la ley» y contraviene los principios de seguridad jurídica¹⁰⁶ y de protección de la confianza legítima.

113. Permítaseme añadir algunas consideraciones finales. Al exigir que toda «limitación» (o «injerencia» o «restricción») de los derechos y libertades sea «establecida por la ley», tanto la Carta como el CEDH remiten de un modo muy específico a la función de la ley –o, más exactamente, del Derecho– como fuente de *tranquillitas publica*, y ello en el ámbito extremadamente sensible que nos ocupa. Ahora bien, la Carta no sólo exige que la ley «preexista» a toda limitación de los derechos y libertades, sino también que tal limitación respete el «contenido esencial» de esos derechos y libertades, lo que hace prácticamente

105 — Tal como subraya dicho Tribunal, «aunque la certeza es deseable en grado sumo, a veces viene acompañada de una rigidez excesiva; ahora bien, el Derecho debe estar en condiciones de adaptarse a situaciones cambiantes»; en particular, sentencia *Sunday Times*, antes citada, § 49; TEDH, sentencia *Éditions Plon c. France*, de 18 de mayo de 2004, asunto n° 58148/00, Rec. 2004-IV, § 26.

106 — Sobre la conexión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece a veces entre el principio de primacía del Derecho y el de «seguridad de las situaciones jurídicas», véanse, en particular, las sentencias *Sovtransavto Holding c. Ucrania*, de 25 de julio de 2002, asunto n° 48553/99, Rec. 2000-VII, § 77, y *Timotiyevich c. Ucrania*, de 8 de noviembre de 2005, asunto n° 63158/00, § 32. Véase igualmente *Grabarczyk, K.*, «Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», tesis antes citada, especialmente pp. 209 y ss., n° 583 y ss.

ineludible la intervención del legislador a la hora de definir la frontera entre la limitación del derecho y el ámbito, en principio intangible, del mencionado contenido esencial. Del mismo modo, la Carta exige que toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades que reconoce respete el principio de proporcionalidad, obedezca al principio de necesidad y persiga efectivamente objetivos de interés general reconocidos por la Unión o responda a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. A la luz de todos estos requisitos, lo que a mi juicio vuelve a faltar otra vez es la existencia misma de la «ley», entendiendo por «ley» Derecho «parlamentario», es decir, legitimado democráticamente. En efecto, tan sólo la existencia de una ley en el sentido parlamentario del término podría justificar el examen de los restantes requisitos que establece el artículo 52, apartado 1, de la Carta. A este respecto, cabría aducir que el artículo 52, apartado 1, de

la Carta incorpora una exigencia implícita de ley «parlamentaria», en línea con la intensidad del debate público. No obstante, lo que aquí se discute es la exigencia explícita de ley, en tanto que «Derecho previamente establecido». Y al haberse comprobado que en el caso de autos no concurría esta última exigencia, cabe responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

114. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda en sentido negativo a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por la cour d'appel de Bruxelles y, en consecuencia, que declare que no procede responder a la segunda cuestión, planteada con carácter subsidiario.

V. Conclusión

115. Para concluir, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la cour d'appel de Bruxelles en los términos siguientes:

Las Directivas 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto

de los derechos de propiedad intelectual, en relación con las Directivas 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y 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 sobre el comercio electrónico), interpretadas a la luz de los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y tomando en consideración los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un tribunal nacional adopte, con arreglo a una sola disposición legal que establece que «asimismo, [los tribunales competentes] podrán dictar un mandamiento judicial de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines», una medida que ordene «a un [proveedor de acceso a Internet] que establezca, con respecto a toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, exclusivamente a expensas de dicho [proveedor] y sin limitación en el tiempo, un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas »peer-to-peer«, con el fin de identificar en su red la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante de la medida alegue ser titular de derechos, y que a continuación bloquee la transmisión de dichos archivos, bien en el momento en que se pida un archivo o bien con ocasión del envío de éste».