

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN EL ART. 17.2 CDFUE Y REMUNERACIÓN DE LOS ARTISTAS MUSICALES

The fundamental right to intellectual property in article 17(2) CFREU and remuneration of recording artists

ANTONI RUBÍ PUIG
Universitat Pompeu Fabra
antoni.rubi-puig@upf.edu

Cómo citar/Citation

Rubí Puig, A. (2021).

Derecho fundamental a la propiedad intelectual en el art.
17.2 CDFUE y remuneración de los artistas musicales.

Derecho Privado y Constitución, 39, 323-363.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.04>

(Recepción: 09/07/2021; aceptación tras revisión: 19/10/2021; publicación: 10/12/2021)

Resumen

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 8 de septiembre de 2020 en el asunto *RAAP c. PPI* resuelve, entre otros aspectos, que una eventual regulación que limitara el derecho de algunos artistas o productores a recibir una remuneración equitativa por el uso de sus fonogramas deberá respetar el derecho fundamental de propiedad intelectual reconocido en el art. 17.2 CDFUE. Este trabajo tiene por objeto presentar el entendimiento de este derecho fundamental, examinar las salvaguardas de su protección y discutir cómo estas pueden afectar a las capacidades normativas del legislador europeo en el ámbito de los derechos de autor y afines y, en especial, para regular la remuneración equitativa y única compartida por artistas y productores de fonogramas.

Palabras clave

Propiedad intelectual; remuneración equitativa; artistas intérpretes y ejecutantes; productores de fonogramas; TJUE.

Abstract

The CJEU's judgment of 8 September 2020 in the *RAAP* case concludes, *inter alia*, that an eventual regulation limiting the right of some recording artists or producers to receive equitable remuneration for the use of their phonograms must respect the fundamental right of intellectual property established in article 17(2) CFREU. This essay purports to describe the foundations of this fundamental right and its protection safeguards, and to discuss how they can constrain the normative capacities of the EU legislator in the area of copyright and related rights and, namely, in the regulation of the equitable remuneration shared between performers and phonogram producers.

Keywords

Intellectual Property; equitable remuneration; recording artists; phonogram producers; CJEU.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ASUNTO RAAP COMO PUNTO DE PARTIDA: 1. Hechos. 2. Régimen jurídico del derecho de remuneración equitativa y única compartida entre productores y artistas. 3. Sentencia del Tribunal de Justicia: 3.1. *Noción de artistas intérpretes y ejecutantes beneficiarios de la remuneración*. 3.2. *Respuesta a las reservas formuladas por otros Estados parte en el TIEF*. 3.3. *La remuneración equitativa es necesariamente compartida entre productores y artistas*. 4. Resumen y consecuencias. III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. IV. EL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ART. 17.2 DE LA CARTA: 1. *Ámbito objetivo*: 1.1. *Concepto de propiedad intelectual*. 1.2. *Sistema multinivel de derechos fundamentales y ámbito de aplicación*. 1.3. *Eficacia general*. 1.4. *Propiedad y propiedad intelectual*. 2. Régimen de protección en el art. 52.1 CDFUE: 2.1. *Salvaguardas generales de protección*. 2.2. *Previsión legal*. 2.3. *Respeto al contenido esencial del derecho*. 2.4. *Superación de un juicio de proporcionalidad*. 3. *Garantía expropiatoria*. V. CAPACIDADES REGULATORIAS DESPUÉS DE LA SENTENCIA RAAP: 1. *Previsión por ley: insuficiencia de reservas al TIEF*. 2. *Aproximación pragmática al supuesto concepto esencial: intereses afectados por una limitación*: 2.1. *Intereses afectados*. 2.2. *Remuneración*. 2.3. *Inversión*. 3. *Interés general perseguido: la reciprocidad*. 4. *Dimensión temporal*. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

«Se protege la propiedad intelectual.» Con solo cinco palabras, el art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)¹ constitucionaliza expresamente el derecho de la propiedad intelectual y ciñe las capacidades del legislador europeo para normar este sector del ordenamiento y las de los diferentes jueces para interpretarlo y aplicarlo. De primeras, el estatus de derecho fundamental comporta su protección reforzada tal como establece el art. 52.1 CDFUE: las limitaciones a su ejercicio deberán establecerse por ley, que respetará su contenido

¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01) (DO C 303, 14.12.2007, p. 1).

esencial y el principio de proporcionalidad. También, en la ponderación con otros derechos fundamentales o intereses jurídicos, la propiedad intelectual no podrá ser ignorada o vaciada de valor.

El aconisismo del precepto da pocas pistas sobre su concreción y, por ello, corresponde a los tribunales —en especial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)— delimitar su contenido y alcance. En tal tarea, no se parte de cero. En el momento de aprobarse el Tratado de Niza², varios precedentes ayudan a poner de manifiesto que el art. 17.2 CDFUE no suponía ni una innovación abrupta, ni ningún cambio de paradigma. Varias constituciones nacionales ya reconocían un derecho fundamental de propiedad intelectual³. Algunos textos internacionales sobre derechos humanos también se referían a la propiedad intelectual⁴. Varias normas de derecho secundario de la Unión en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual también contenían menciones expresas a derechos fundamentales⁵. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuenta además con una tradición sólida de considerar la propiedad intelectual bajo el prisma del art. 1 del Protocolo adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho de propiedad⁶. El propio TJUE, ya antes de la entrada

² Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DO C 80, 10.3.2001, p. 1); momento en el cual se proclama la CDFUE el 7 de diciembre de 2000.

³ Entre otras, reconocen un derecho fundamental a la propiedad intelectual las constituciones de Portugal (art. 42.2), Suecia (cap. 2 § 19); Eslovaquia (art. 43.1); Eslovenia (art. 60), o la República Checa (art. 34).

⁴ En los tratados internacionales, destacan sobre todo los arts. 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ Véanse los considerandos 3 de la Directiva 2001/29/CE, 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, 22.6.2001, p. 10); y 32 de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157, 30.4.2004, p. 45). Véanse ahora también los considerandos 70, 84 y 85 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DO L 130, 17.5.2019, p. 92).

⁶ Ya durante los años noventa, la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) había reconocido protección mediante el art. 1 del Protocolo adicional a las patentes (Resolución de la ComEDH de 9 de septiembre de 1998, asunto *Lenzing AG c. Reino Unido*, 38817/97; Resolución de la ComEDH de 4 de octubre de 1990, asunto *Smith*

en vigor de la CDFUE, se había referido a la dimensión constitucional de la propiedad intelectual⁷. En la última década el empleo de discursos relativos a derechos fundamentales no ha hecho más que incrementar y ha permeado las sentencias del TJUE sobre derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual⁸.

Sin embargo, hasta la fecha, las referencias del TJUE al estatus de la propiedad intelectual como derecho fundamental en el art. 17.2 CDFUE se han centrado sobre todo en su reconocimiento como uno de los derechos a ponderar en un conflicto y a indicar que, en un plano de eficacia horizontal, no despliega una protección absoluta. El Tribunal no ha ofrecido, sin embargo, ninguna guía sobre el significado práctico de este reconocimiento como derecho fundamental, ni tampoco ningún test operativo que permitiera concretar su alcance⁹. En especial, esta falta de concreción afecta al plano de la eficacia vertical del derecho a la propiedad intelectual o, en otros términos, a su fuerza como límite a la actuación del legislador y de otros poderes públicos.

Un caso reciente resuelto por el TJUE va más allá de estos precedentes. La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2020, dictada en el asunto C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland)*, supone un hito en el desarrollo jurisprudencial en la materia y puede constituir un paso adicional para ensayar cuál es el impacto que ha de desplegar el art. 17.2 CDFUE en las capacidades normativas del legislador comunitario en el ámbito de la propiedad intelectual. En el asunto en cuestión, el TJUE resuelve que una norma nacional irlandesa que, en respuesta a las reservas formuladas por otros Estados a los tratados internacionales en la materia, eliminaba para los artistas intérpretes y ejecutantes no nacionales

Kline & French Lab Ltd c. Países Bajos, 12633/87) y los derechos de autor (Resolución de la ComEDH de 14 de enero de 1998, asunto *Aral, Tekin y Aral c. Turquía*, 24563/94). A partir de 2005, el TEDH reconoció explícitamente la aplicabilidad del art. 1 del Protocolo a la propiedad intelectual: marcas (STEDH de 11 de enero de 2007, asunto *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 73049/01) y derechos de autor (STEDH de 5 de julio de 2005, asunto *Melnychuck c Ucrania*, nº 28743/03; STEDH de 26 de mayo de 2005, asunto *Dima c Rumanía*, 58472/00; y STEDH de 29 de enero de 2008, asunto *Balan c. Moldavia*, 19247/03). Entre los casos más recientes, destacan la STEDH de 12 de julio de 2016, asunto *SIA AKKA/LAA c Letonia*, 562/05; y la STEDH de 8 de diciembre de 2020, asunto *AsDAC c. República de Moldavia*, 47384/07. Sobre la evolución jurisprudencial del Tribunal, véanse especialmente Helfer, 2008 y Geiger y Izyumenko, 2020a.

⁷ Véase *infra* apartado III.

⁸ Véase *infra* apartado III.

⁹ En el mismo sentido, Sganga, 2021 :2.

o residentes en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) el derecho a recibir una remuneración equitativa por el uso de fonogramas con sus interpretaciones musicales no es compatible con el derecho de autor de la Unión. El derecho fundamental de propiedad intelectual no se emplea para valorar tal incompatibilidad, pues la cuestión se decide por criterios de distribución competencial entre la UE y los Estados miembros para armonizar el derecho de autor, pero se proyecta sobre una eventual intervención del legislador europeo en este ámbito: cuando el legislador haya de regular quiénes deberán ser los beneficiarios de la remuneración equitativa y única por uso de fonogramas, cualquier posibilidad de excluir del derecho a nacionales o residentes de Estados no miembros del EEE deberá respetar las garantías de protección reconocidas al derecho fundamental de propiedad intelectual.

Este trabajo se ocupa principalmente de ofrecer una delimitación del derecho fundamental de propiedad intelectual reconocido en el art. 17.2 CDFUE, de examinar cuáles son estas garantías y de analizar posibles consecuencias para la agenda regulatoria del legislador europeo en materia de armonización del derecho de autor. El trabajo se estructura del modo siguiente: el apartado II presenta la Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2020, dictada en el asunto C-265/19; el apartado III describe brevemente el proceso de constitucionalización del derecho de autor en la jurisprudencia del TJUE de las dos últimas décadas; el apartado IV ofrece un análisis del contenido y alcance del derecho fundamental de propiedad intelectual en el art. 17.2 CDFUE; el V discute varias pautas de concreción del estatus de derecho fundamental para la regulación del derecho de autor y, en particular, para la regulación del derecho de remuneración equitativa de artistas intérpretes y ejecutantes; finalmente, el apartado VI ofrece unas breves conclusiones.

II. EL ASUNTO RAAP COMO PUNTO DE PARTIDA

1. HECHOS

La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2020, dictada en el asunto C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) y otros*, constituye un buen punto de partida para discutir el alcance del derecho fundamental a la propiedad intelectual, tanto por su actualidad como por su impacto esperable sobre futuros desarrollos legislativos en la materia¹⁰.

¹⁰ Para una valoración crítica, véase Bercovitz, 2021.

El asunto tiene su origen en un conflicto entre dos entidades de gestión colectiva irlandesas —«Recorded Artists Actors Performers Ltd» (RAAP) y «Phonographic Performance (Ireland)» (PPI)— acerca del reparto de la remuneración equitativa derivada de la utilización en Irlanda de fonogramas que incluyen música interpretada o ejecutada por artistas no nacionales ni residentes de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE).

Las entidades PPI y RAAP, que se encargan respectivamente de la gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas y de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, tenían suscrito un acuerdo de colaboración desde 2002 por medio del cual la primera, luego de recaudar los diferentes pagos por usuarios irlandeses derivados de la comunicación al público o la radiodifusión de música grabada, transfería a la segunda una parte de los ingresos correspondientes a aquellas modalidades de remuneración compartida entre productores y artistas.

En 2014 surgieron desavenencias entre ambas entidades acerca del cumplimiento de dicho acuerdo. PPI consideraba que el derecho irlandés (*Copyright and Related Rights Act 2000*) excluía el derecho de remuneración equitativa por el uso de fonogramas a artistas que no fueran ni residentes ni nacionales de un Estado miembro del EEE, salvo si sus interpretaciones se hubieren fijado en un territorio del EEE. Por ello, PPI consideraba que, en estos supuestos, la remuneración equitativa por el uso en Irlanda de estos fonogramas no debía ser compartida por los productores con los artistas e intérpretes y, en consecuencia, la entidad no debía transferir su importe a RAAP. Señalaba, además, que reconocer una participación en la remuneración equitativa a estos artistas podía comportar no respetar el principio de reciprocidad establecido en el derecho internacional de autor, pues, teniendo en cuenta que algunos ordenamientos extranjeros —por haber formulado reservas al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas— no reconocían el derecho de remuneración equitativa en los mismos términos, se estarían concediendo derechos a nacionales de países que a su vez no los reconocían para los artistas irlandeses. RAAP, en cambio, consideraba que la nacionalidad o residencia de los artistas no debería ser un criterio relevante para atribuir la participación en la remuneración equitativa y, por tanto, que todos los derechos exigibles derivados del uso de fonogramas en Irlanda debían compartirse entre productores y artistas. Por ello, RAAP entabló un pleito y ejerció acciones para reclamar el pago de la remuneración equitativa de todos los artistas, con independencia de su nacionalidad o residencia, para poder

luego transferirla a estos o a las entidades extranjeras que los representan¹¹. El conflicto afectaba y sigue afectando muy especialmente a la música de intérpretes estadounidenses¹² y, dada su popularidad en Irlanda —así como en el resto de la Unión—, cualquier solución al litigio habrá de tener un impacto sustancial en la contabilidad de ambas entidades, así como en la de aquellas que gestionan colectivamente los derechos de productores y de artistas e intérpretes en otros Estados miembros¹³.

Iniciado el procedimiento, la High Court irlandesa decidió suspenderlo y someter diversas cuestiones prejudiciales al TJUE, con el objeto de determinar si el derecho irlandés es en este punto compatible o no con la Directiva 2006/115/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines¹⁴, y para evaluar, con arreglo a los tratados internacionales, qué capacidad de actuación tienen los Estados miembros para determinar quiénes son los titulares del derecho de remuneración equitativa compartida entre productores y artistas intérpretes y ejecutantes.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE REMUNERACIÓN EQUITATIVA Y ÚNICA COMPARTIDA ENTRE PRODUCTORES Y ARTISTAS

La cuestión jurídica de fondo exige determinar si el derecho de autor irlandés es o no compatible con la Directiva 2006/115/CE. Con arreglo al art. 8.2 de esta, los Estados miembros están obligados a reconocer un derecho

¹¹ En otro pleito paralelo, ambas entidades discuten acerca de las funciones que corresponden por ley a cada una de ellas, en particular, cuál de ellas ha de cuantificar el importe debido a los artistas en concepto de la remuneración equitativa y la posibilidad de gestionar derechos correspondientes a artistas que no han suscrito un mandato de gestión. Véase la nota 5 de las conclusiones en el asunto del abogado general Evgeni Tanchev presentadas el 2 de julio de 2020.

¹² De hecho, tanto antes como durante el pleito, RAAP ha colaborado activamente con SoundExchange, la entidad de gestión norteamericana encargada, entre otros, de derechos sobre interpretaciones fijadas en fonogramas.

¹³ Varios trabajos empíricos muestran niveles muy significativos de consumo de música procedente de EE. UU. en todo el territorio de la Unión. Con todo, en los últimos años, el porcentaje de música consumida procedente de los EE. UU. ha ido declinando y han aumentado en el comercio mundial los porcentajes de repertorios originados en países europeos. Sobre ello, Aguiar y Waldfoegel, 2018: 292.

¹⁴ Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 376, de 27.12.2006, p. 28) (en adelante, «Directiva 2006/115/CE»).

de remuneración equitativa y única compartida entre los productores de fonogramas y los artistas intérpretes y ejecutantes derivada de la radiodifusión inalámbrica o de cualquier tipo de comunicación al público en sus territorios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una copia de este. Los Estados miembros podrán fijar criterios de reparto de esta remuneración equitativa aplicables dispositivamente a falta de un acuerdo específico entre productores y artistas¹⁵.

Las bases de este derecho aún se encuentran en los tratados internacionales en la materia, por un lado, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (en adelante, «TIEF») ¹⁶, y, por otro, la Convención de Roma sobre Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión¹⁷. La Unión Europea es parte del TIEF, pero no de la Convención de Roma, y el art. 8.2 de la Directiva constituye el cumplimiento por la UE de su obligación conforme a aquel de reconocer esta remuneración equitativa compartida entre productores y artistas¹⁸. En particular, el art. 15.1 TIEF establece que «[l]os artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales»¹⁹.

¹⁵ Véanse, en el derecho español, los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI. La gran mayoría de las legislaciones nacionales en la UE establecen un reparto por defecto del 50 %.

¹⁶ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

¹⁷ Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (en adelante, «Convención de Roma»).

¹⁸ En el momento de entrada en vigor del TIEF para la Unión (14.3.2010), el derecho de remuneración equitativa ya estaba reconocido en el derecho comunitario desde hacía casi dos décadas. Véase el art. 8.2 de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346 de 27.11.1992, p. 61).

¹⁹ Véase, por su parte, el art. 12 de la Convención de Roma: «Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración».

En el derecho internacional de autor, la remuneración equitativa compartida entre productores y artistas por el uso de fonogramas está sujeta a una regla de trato nacional. Se trata, no obstante, de una regla especial: a diferencia de lo que ocurre con las reglas de trato nacional en otros tratados, por las cuales los Estados parte se obligan a brindar a los nacionales de otros Estados el mismo trato que ofrecen a sus nacionales²⁰, el TIEF —y también la Convención de Roma— obliga a los Estados parte a ofrecer en sus territorios la protección que sus propios textos establecen para los beneficiarios que allí se identifican. Ello resulta en una protección más homogénea internacionalmente, pero que, en la práctica, es fragmentada a resultas de las reservas formuladas por los Estados.

La regla de trato nacional para la remuneración equitativa está prevista en el art. 4.1 TIEF. Según este, cada Estado parte deberá reconocer este derecho afín tanto a sus nacionales como a los «nacionales de otras Partes contratantes», siempre que se satisfagan los criterios de elegibilidad previstos en virtud de la Convención de Roma²¹. En consecuencia, es esta Convención la que acaba determinando por remisión quiénes son los beneficiarios de la remuneración equitativa del art. 15.1 TIEF²².

²⁰ Véanse el art. 5.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886; el art. 3 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (WCT); y el art. 3.1 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994). En el ámbito de los derechos de propiedad industrial, véanse los arts. 2.1 y 3 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.

²¹ La remisión a la Convención de Roma deriva del juego entre los arts. 4.1 y 3.2 TIEF. Así, el art. 4.1 TIEF prevé que: «Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes, tal como se definió en el Artículo 3(2), el trato que concede a sus propios nacionales respecto de los derechos exclusivos concedidos específicamente en el presente Tratado, y del derecho a una remuneración equitativa previsto en el Artículo 15 del presente Tratado». Por su parte, el art. 3.2 TIEF establece que: «Se entenderá por nacionales de otras Partes Contratantes aquellos artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas que satisfagan los criterios de elegibilidad de protección previstos en virtud de la Convención de Roma, en caso de que todas las Partes Contratantes en el presente Tratado sean Estados contratantes de dicha Convención [...]».

²² Ello implica reconocer efectos indirectos a la Convención en países que no son parte de la misma. También ocurre lo propio en el ámbito de la UE. En este último caso, el TJUE ha señalado la aplicación indirecta de la Convención de Roma por

La Convención de Roma, en su art. 4, establece los criterios que permiten identificar los artistas beneficiarios de la remuneración equitativa. Este precepto prescinde del criterio único de la nacionalidad²³ y utiliza características adicionales para el reconocimiento del derecho afín²⁴. En particular, a los efectos de los hechos del asunto *RAAP c. PPI*, interesa destacar que los Estados parte deberán reconocer el mismo trato que a sus nacionales a los artistas cuyas interpretaciones o ejecuciones se hayan fijado en un fonograma protegido con arreglo a la propia Convención²⁵. El art. 5 de la Convención de Roma identifica los criterios para determinar cuándo un fonograma resulta protegible: a) su productor es nacional de otro Estado parte (criterio de la nacionalidad); b) su primera fijación se ha efectuado en otro Estado parte (criterio de la fijación); c) se ha publicado por primera vez en otro Estado parte (criterio de la publicación); o d) se ha publicado en un Estado parte en los treinta días siguientes a su publicación en un Estado no contratante (criterio de la publicación simultánea)²⁶.

El juego de los preceptos anteriores determina así quiénes son los artistas y productores beneficiarios de la remuneración equitativa compartida, y quiénes, por tanto, han de ser reconocidos por cada Estado parte del TIEF. Ahora bien, este régimen pretendidamente homogéneo puede, dentro de ciertos límites, rebajarse por medio de reservas formuladas por un Estado al acceder al Tratado.

En este sentido, el art. 15.3 TIEF permite a los Estados parte, por medio de una notificación depositada en poder del director general de la OMPI, excluir la remuneración equitativa o limitarla a algunas modalidades de uso. Por otra parte, el Convenio de Roma también permite la formulación de reservas al derecho de remuneración equitativa y al empleo de criterios para determinar los fonogramas que quedan protegidos con arreglo al art. 5²⁷.

las remisiones hechas desde el TIEF (véase STJUE de 15.3.2012, asunto C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco del Corso*, apdos. 50, 51 y 54).

²³ Gaubiac, 2020: 16.

²⁴ Así, los Estados parte deberán reconocer el mismo trato que a sus nacionales a los artistas: a) cuyas ejecuciones se realicen en otro Estado parte; b) cuyas interpretaciones o ejecuciones se hayan fijado en un fonograma protegido; o c) cuyas interpretaciones o ejecuciones se radiodifundan por un emisor con domicilio social en otro Estado parte.

²⁵ Art. 4(b) Convención de Roma.

²⁶ Art. 5.2 Convención de Roma.

²⁷ Todos los países del EEE, excepto Malta, son Estados parte de la Convención de Roma. Muchos de ellos formularon reservas al acceder a ella: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia,

La formulación de reservas al TIEF por un Estado parte faculta a los demás Estados a no tener que cumplir con la exigencia de trato nacional²⁸.

Diversos Estados del EEE han formulado reservas al TIEF, pero estas no se refieren a la remuneración equitativa prevista en el art. 15.1. Por ello, de entrada, la Unión Europea, sus Estados miembros y un buen número de Estados parte del TIEF quedarían recíprocamente vinculados a ofrecer el mismo trato nacional a sus artistas y productores que a los nacionales de estos otros Estados²⁹. Otros Estados, en cambio, sí formularon reservas relativas a la remuneración equitativa. Es el caso de los EE. UU. que declaró que únicamente reconocería la remuneración equitativa para algunas modalidades de comunicación al público³⁰. Hasta el asunto *RAAP*, se ha entendido de forma generalizada que en tales casos los demás Estados parte del TIEF podían excluir la regla de trato nacional³¹. El TJUE ha puesto fin a esta práctica.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

3.1. *Noción de artistas intérpretes y ejecutantes beneficiarios de la remuneración*

En primer lugar, el TJUE persigue analizar si el art. 8.2 de la directiva, interpretado con arreglo al TIEF y a la Convención de Roma, impide que los Estados miembros de la UE puedan excluir a determinados artistas intérpretes y ejecutantes del derecho a percibir la remuneración equitativa. En particular, la cuestión pasaría por determinar qué relevancia tiene la regla de trato nacional

Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, República Checa y Suecia. Fuera del EEE, han formulado reservas, entre otros, Australia, Canadá, Corea del Sur, Japón, Reino Unido, Rusia y Suiza. Estados Unidos no es parte de la Convención (Gaubiac, 2020: 20).

²⁸ Art. 4.2 TIEF.

²⁹ Algunos Estados del EEE han formulado reservas al TIEF, pero no se refieren a la remuneración equitativa Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia y Suecia. Fuera del EEE, han formulado reservas Australia, Canadá, Chile, China, Corea del Sur, EE. UU., India, Japón, Rusia, Singapur y Suiza (Gaubiac, 2020: 20).

³⁰ El texto de la reserva es el siguiente: «Pursuant to Article 15(3) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty, the United States will apply the provisions of Article 15(1) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty only in respect of certain acts of broadcasting and communication to the public by digital means for which a direct or indirect fee is charged for reception, and for other retransmissions and digital phonorecord deliveries, as provided under the United States law».

³¹ Benabou, 2021: 32.

para interpretar el art. 8.2 de la Directiva y si, con base en tal interpretación, un Estado miembro podría excluir del cobro de la remuneración equitativa a artistas nacionales de países no pertenecientes al EEE, que no estuvieran domiciliados o residieran en el EEE y que no hubieran contribuido a un fonograma en el territorio del EEE.

Para el TJUE, la expresión «artistas intérpretes o ejecutantes [...] entre los cuales se efectuará el reparto», que emplea el art. 8.2 de la directiva, debe ser interpretada de forma autónoma y uniforme en toda la Unión³². Para ello, el tribunal, como es habitual en su jurisprudencia, echa mano de los criterios hermenéuticos tradicionales. Así, según la sentencia, con un criterio interpretativo literal, el precepto no excluiría de entrada a artistas que fueran nacionales de otro Estado³³. El tribunal también acude a criterios de interpretación sistemática y teleológica para interpretar la noción. Recurriendo a un criterio teleológico, el TJUE apunta que el derecho a percibir una remuneración equitativa tiene un componente compensatorio derivado de los actos de comunicación al público de un fonograma con la interpretación o ejecución realizada por un artista³⁴. Se trata de una remuneración que, si bien puede ser repartida entre productor y artista por acuerdo entre estos o, en su defecto, mediante una regla legal, no puede ser excluida. El reparto ha de comportar además que el artista reciba una parte suficiente o adecuada, que refleje la importancia de su contribución al fonograma³⁵. Además, remarca el Tribunal, los considerandos 5 a 7 de la Directiva 2006/115/CE señalan que esta remuneración equitativa persigue sostener el esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas mediante una protección jurídica armonizada que garantice unos ingresos suficientes y amortice las inversiones «de conformidad con los convenios internacionales vigentes sobre los que se basan las normas sobre derechos de autor y derechos afines de muchos Estados miembros»³⁶. Por ello, para el TJUE, resulta necesario tener en cuenta los conceptos equivalentes empleados en dichos tratados. En particular, el art. 2.a) del TIEF define a los «artistas intérpretes o ejecutantes» como aquellas personas «que representan un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones de folclore»³⁷. La interpretación sistemática también se proyecta sobre otro aspecto: si bien

³² Apdos. 46-48.

³³ Apdo. 49.

³⁴ Apdos. 54-55.

³⁵ Apdo. 56.

³⁶ Apdo. 50.

³⁷ Apdos. 50-53.

hay normas que limitan territorialmente y temporalmente la aplicación de la Directiva, no se establecen criterios subjetivos para acotar los conceptos de «artista intérprete o ejecutante» y de «productor de fonogramas»³⁸. El art. 15.1 TIEF tampoco faculta a los Estados parte a reservar la remuneración equitativa para sus nacionales³⁹. Tampoco el hecho de que terceros Estados hayan formulado reservas al TIEF altera la interpretación que deba darse al art. 8.2 de la Directiva⁴⁰.

En consecuencia, no es posible para el TJUE que un legislador interno, con base en la regla de trato nacional, introduzca limitaciones por razón de persona a los conceptos de «artista intérprete o ejecutante» y de «productor de fonogramas». Estas han de tener un significado uniforme en el derecho de la Unión, que deriva de su interpretación en el derecho internacional de autor.

3.2. Respuesta a las reservas formuladas por otros Estados parte en el TIEF

La parte más importante de la sentencia se refiere a la tercera de las cuestiones prejudiciales formuladas por el tribunal irlandés. En este punto, el TJUE persigue valorar si, en aquellos supuestos en los cuales terceros Estados han notificado reservas con arreglo al art. 15.3 del TIEF, quedaría limitado el derecho de remuneración del art. 8.2 de la Directiva y, en tal caso, si podrían los Estados miembros de la UE establecer tales limitaciones. Esto es, hay dos elementos a considerar: el impacto de la reciprocidad internacional y una cuestión de competencia normativa.

En buena medida, la limitación de beneficiarios de la remuneración equitativa establecida en el derecho irlandés y defendida por PPI constituye una respuesta a la reserva formulada por EE. UU. a los compromisos derivados del TIEF. Como se ha señalado, en aplicación del art. 4.2 del tratado, los Estados que no hubieran formulado reservas no estarían obligados de entrada a otorgar un trato nacional a los beneficiarios de Estados parte en los cuales no se reconociera el mismo derecho a sus propios nacionales. Ello constituye una manifestación del principio de reciprocidad⁴¹. Por ello, en cumplimiento del TIEF, la Unión y sus Estados miembros —que, recordemos, no han formulado reservas al reconocimiento de la remuneración equitativa— no tendrían razones para conceder sin limitaciones este derecho a los nacionales de Estados que, por medio de una reserva, lo hubieran limitado o excluido.

³⁸ Apdos. 59-61.

³⁹ Apdo. 68.

⁴⁰ Apdos. 69-72.

⁴¹ Art. 21.1 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados.

Tampoco, la Unión y sus Estados miembros tendrían ninguna obligación de reconocer el derecho a nacionales de países que no fueran parte del TIEF.

El TJUE señala que estas limitaciones y exclusiones del derecho en otros países pueden comportar en la práctica que nacionales de Estados miembros de la UE que participan en el mercado internacional de música no perciban ingresos suficientes y tengan mayores dificultades para amortizar sus inversiones⁴². Además, para el tribunal, las reservas formuladas por otros Estados también afectan a una participación igualitaria de los artistas y productores europeos en comparación con los de estos países en Europa⁴³.

Ante este panorama, resulta de interés general para el TJUE preservar condiciones equitativas de participación en el comercio de música grabada⁴⁴. Este objetivo de interés general permitiría justificar limitar subjetivamente el derecho a recibir la remuneración equitativa prevista en el art. 8.2. Ahora bien, para ello, el Tribunal formula varios *caveats*:

Primero, una limitación subjetiva se proyectaría sobre un derecho afín y, por lo tanto, sobre un derecho de propiedad intelectual, que, como tal, está protegido por el art. 17.2 CDFUE. En este sentido, para el TJUE, un derecho de remuneración equitativa, «es parte integrante de la protección de la propiedad intelectual consagrada en el artículo 17, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión» y, por lo tanto, «en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de ese derecho afín a los derechos de autor debe ser establecida por la ley, lo que implica que la base jurídica que permita la injerencia en dicho derecho debe definir ella misma, de manera clara y precisa, el alcance de la limitación de su ejercicio»⁴⁵.

En segundo lugar, una limitación, en virtud de lo previsto en el art. 52.1 CDFUE, habría de establecerse por ley y de forma clara y precisa. Este requisito, para el TJUE, ha de comportar una actuación proactiva y la creación de una norma expresa en el derecho de la Unión. No bastaría, por ello, con confiar en las reservas formuladas al TIEF para que los nacionales de terceros Estados pudieran conocer si tienen o no derecho a recibir una remuneración equitativa⁴⁶.

En tercer lugar, al tratarse el art. 8.2 de la Directiva de una norma armonizada, correspondería únicamente al legislador de la UE y no a los

⁴² Apdo. 82.

⁴³ Apdo. 83.

⁴⁴ Apdo. 84.

⁴⁵ Apdos. 85-86.

⁴⁶ Apdo. 87.

legisladores nacionales introducir tales limitaciones subjetivas⁴⁷. Como se ha señalado, la Directiva 2006/115/CE no contiene limitaciones subjetivas —a diferencia de lo que hacen otras normas de derecho secundario en el ámbito de la propiedad intelectual⁴⁸—, ni faculta a los Estados miembros a introducirlas. También en virtud de su competencia externa internacional⁴⁹, la Unión podría renegociar el TIEF o llegar a otros acuerdos sobre el derecho de remuneración equitativa⁵⁰.

3.3. *La remuneración equitativa es necesariamente compartida entre productores y artistas*

Por último, el TJUE examina si sería posible que una limitación del derecho de remuneración equitativa resultare en situaciones en las cuales únicamente el productor del fonograma recibiera su importe sin obligación de compartirla con los artistas que hubieran contribuido al mismo.

Para el tribunal, ello no es posible. El tenor del art. 8.2 de la Directiva indica a las claras que la remuneración es compartida y que exige un reparto de la misma entre productores y artistas⁵¹. Por ello, establecer limitaciones subjetivas a la percepción de la remuneración que resultaren en la atribución de la totalidad de los ingresos a uno de los sujetos socavaría el tenor literal del precepto, así como el objetivo perseguido de asegurar el esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas y garantizar que perciban unos ingresos suficientes y que los productores amorticen sus inversiones.

4. RESUMEN Y CONSECUENCIAS

La sentencia en el asunto *RAAP c. PPI* despliega básicamente tres consecuencias. En primer lugar, el art. 8.2 de la Directiva impide a los Estados miembros introducir limitaciones por razón de la persona en el derecho a percibir la remuneración equitativa derivada del uso de fonogramas en la Unión. Puesto que la directiva no ha establecido ninguna limitación subjetiva, no es posible que los Estados miembros —hayan o no formulado reservas al TIEF o a la Convención de Roma— acudan a criterios tales como la

⁴⁷ Apdo. 88.

⁴⁸ Véanse las referencias en las conclusiones del abogado general Evgeni Tanchev presentadas el 2 de julio de 2020, apdos. 143-146.

⁴⁹ Art. 3.2 TFUE.

⁵⁰ Apdos. 89-90.

⁵¹ Apdos. 93-94.

nacionalidad, la residencia, el domicilio o del lugar de fijación del fonograma, entre otros, para atribuir la titularidad de este derecho afín. Ello comporta, a efectos prácticos, un reconocimiento universal de la remuneración equitativa: tanto los artistas de países que han formulado reservas como de países que no son parte del TIEF son titulares de la remuneración equitativa si los fonogramas a los cuales han contribuido con su interpretación o ejecución son usados en la UE. Algunos autores ya han calificado esta consecuencia como un tsunami para las contabilidades de muchas entidades de gestión colectiva en diferentes países de la Unión, en especial, por sus posibles efectos retroactivos⁵².

En segundo lugar, las reservas notificadas por Estados parte del TIEF no pueden limitar actualmente, con base en la reciprocidad, el derecho de un artista a percibir la remuneración equitativa⁵³. Ahora bien, el legislador de la Unión Europea podría —por ejemplo, en respuesta a las reservas al TIEF notificadas por terceros Estados o en relación con nacionales de Estados no parte del tratado—, introducir tales limitaciones por razón de persona, siempre que estas fueran conformes a las exigencias que impone el art. 52.1 CDFUE. El TJUE apunta hacia algunos factores que, parece, permitirían superar el umbral requerido para no vulnerar la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual reconocido por el art. 17.2 CDFUE.

La necesidad de respetar las exigencias previstas en el art. 52.1 CDFUE se proyecta también sobre otras atribuciones de derechos reconocidos por el derecho de la Unión: cualquier limitación a su titularidad por razones subjetivas supondrá una injerencia, que solamente será legítima si supera los requisitos previstos en el art. 52.1 CDFUE. También, para aquellos supuestos de derechos no armonizados o no regulados por el derecho de la Unión, las garantías previstas en las constituciones nacionales habrán de restringir las capacidades normativas de los legisladores internos.

Por último, una eventual limitación subjetiva del derecho a percibir la remuneración equitativa no podrá comportar que sus importes se atribuyan en exclusiva a los productores. El derecho internacional de autor y, de forma refleja, el art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE conciben esta remuneración como un derecho necesariamente compartido.

⁵² Benabou, 2021: 30.

⁵³ Muy probablemente el art. 200.3 TRLPI deberá modificarse o, al menos, en relación con la remuneración equitativa compartida por artistas y productores, someterse a una interpretación correctiva a la luz de la STJUE en el asunto *RAAP*. Probablemente podrán subsistir aquellos preceptos que recurran a la reciprocidad siempre que resulten inaplicables a cuestiones que son objeto de regulación en el derecho europeo de autor. Véanse, en este sentido, los arts. 199.1.b), 199.2, 199.3, 201.1.b), 201.2 y 202.3 TRLPI. El análisis de este tema va más allá del objeto de este trabajo.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La referencia al art. 17.2 CDFUE en la sentencia *RAAP* no es ni extraordinaria ni inesperada. Desde hace décadas, y de forma marcada en los últimos diez años, el TJUE ha armado sus sentencias sobre derechos de propiedad intelectual con alusiones y discursos basados en los derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE.

El peso retórico y argumentativo de los derechos fundamentales ha ido ganando fuerza y protagonismo en la jurisprudencia del tribunal sobre derechos de autor. Se puede observar un aumento progresivo de su valor, especialmente en los asuntos más recientes⁵⁴; aunque, en general, las referencias a los derechos fundamentales sirven únicamente de argumentos de refuerzo sin consecuencias prácticas determinantes⁵⁵. En la mayoría de las sentencias en las cuales el tribunal se ha referido a derechos fundamentales lo ha hecho en conexión con un plano horizontal, esto es, ha recurrido a diversos derechos fundamentales con el objeto de identificar las relaciones que se dan entre ellos y, en su ponderación, subrayar la necesidad de alcanzar un justo equilibrio para evitar su vaciamiento⁵⁶.

Destaca una preocupación por la salvaguarda de las libertades de información y de expresión (art. 11 CDFUE), en especial, en la interpretación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor⁵⁷. También con frecuencia son ponderados —en ocasiones, en supuestas balanzas con más de dos platos—, otros derechos tales como la libertad de las artes (art. 13 CDFUE)⁵⁸, la libertad de empresa (art. 16 CDFUE), la intimidad y respeto

⁵⁴ Geiger e Izyumenko, 2020b: 283.

⁵⁵ Husovec, 2019a: 847; Sganga, 2021:5.

⁵⁶ En este sentido, puede hablarse sobre todo de una eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales (*unmittelbare Drittwirkung*) en la jurisprudencia del TJUE sobre derechos de autor. En un sentido similar, Rendas, 2021: 21. Véase también, en el ámbito del derecho a no ser discriminado y a la tutela judicial efectiva, STJUE de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, apdo. 82.

⁵⁷ Véanse, entre otros, STJUE de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH* y otros, apdo. 115; STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*; y STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*.

⁵⁸ STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH c. Ralf Hütter*.

a la vida privada (art. 7 CDFUE) o la protección de los datos personales (art. 8 CDFUE)⁵⁹.

El derecho fundamental a la propiedad intelectual reconocido en el art. 17.2 CDFUE también emerge en este proceso de constitucionalización. Ya antes de la entrada en vigor de la CDFUE, el TJUE se había referido a la protección reforzada que merece la propiedad intelectual⁶⁰. Con posterioridad, la mayoría de referencias se han movido entre una mención genérica al derecho⁶¹ y su consideración como uno de los derechos fundamentales a ponderar y a respetar en justo equilibrio con otros derechos reconocidos en la CDFUE⁶². En estos asuntos, el TJUE no desarrolla qué consecuencias

⁵⁹ STJUE de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Promusicae c. Telefónica de España, SAU*, apdos. 63-64.

⁶⁰ STJCE de 28 de abril de 1998, asunto C-200/96, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH*, apdo. 21 (tanto la libertad de ejercicio de una profesión como la propiedad intelectual no constituyen derechos absolutos y pueden restringirse por motivos de interés general; en particular reconocer un derecho a controlar el alquiler de copias de fonogramas supone una injerencia legítima en la libertad de ejercicio profesional); y STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-479/04, *Laserdisken ApS c. Kulturministeriet*, apdo. 65 (la injerencia en la libertad de recibir información derivada de la imposibilidad de reconocer una regla de agotamiento internacional de derechos de autor está justificada para proteger la propiedad intelectual).

⁶¹ En general, en los primeros asuntos en los que se menciona el art. 17.2 CDFUE, el TJUE se limita a hacer un apunte genérico o a remarcar que no se desprende del precepto, ni de su propia jurisprudencia, que este derecho deba garantizarse en términos absolutos. En este sentido, véanse STJUE de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Promusicae c. Telefónica de España, SAU*, apdos. 62-68; y STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA c. SABAM*, apdo. 43. En alguno de los casos, la referencia es implícita (en este sentido, véase apdo. 34 de la STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, *Johan Deckmyn c. Helena Vandersteen*). Las referencias al carácter no absoluto del derecho de propiedad intelectual se repiten hasta hoy (véase, por ejemplo, STJUE de 28 de octubre de 2020, asunto C-637/19, *BY c. CX* («Prueba fotográfica»), apdo. 32).

⁶² El TJUE ya cuenta con una jurisprudencia consolidada, en la cual, con mayor o menor alcance, se señala que las autoridades y tribunales nacionales deben ponderar el derecho a la propiedad intelectual reconocido en el art. 17.2 CDFUE con otros derechos fundamentales. Véanse, en este sentido, STJUE de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, apdo. 31 (necesidad de garantizar un justo equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual y libertad de información y expresión, que se proyecta para interpretar la noción de «comunicación al público» en relación con hiperenlaces); STJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*, apdos. 43 y 44 (una acción de

jurídicas ha de desplegar la calificación como propiedad de los derechos de autor, ni tampoco se refiere a doctrinas generales desarrolladas en las

cese dirigida a un prestador de servicios de la sociedad de la información para que filtre contenidos infractores de derechos de autor puestos a disposición del público por sus usuarios no garantiza un justo equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual de los titulares de derechos de autor, la libertad de empresa del prestador, y los derechos a la protección de los datos y a la información de los usuarios); STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, apdo. 47 (necesidad de garantizar un justo equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual de los titulares de derechos de autor, la libertad de empresa de un proveedor de acceso a Internet, y la libertad de información de los usuarios de los servicios, al evaluar la validez de un requerimiento judicial dirigido a bloquear el acceso a sitios de internet en los cuales se ponen a disposición contenidos infractores); STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, apdos. 41-43 (necesidad de ponderar entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la educación establecido en el art. 14 CDFUE y la libertad de información al valorar la posible infracción derivada de la puesta a disposición *online* de un trabajo realizado por un estudiante que incorpora una fotografía protegida); STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, apdos. 72-74 (necesidad de ponderar entre el derecho a la propiedad intelectual y libertad de información y prensa para valorar una posible infracción de derechos de autor derivada de la publicación de documentos clasificados de los servicios de inteligencia alemanes sobre la guerra en Afganistán); STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH c. Ralf Hütter*, apdos. 32-34 (necesidad de ponderar entre el derecho de propiedad intelectual y los derechos a la libertad artística y de expresión al valorar la posible infracción de derechos afines derivada de la inclusión de un «sample» o fragmento musical en otra obra); STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*, apdos. 56-58 (necesidad de ponderar entre el derecho a la propiedad intelectual y libertad de información y prensa para valorar una posible infracción de derechos de autor derivada de la publicación en un sitio web de un antiguo artículo escrito por un político alemán); STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-392/19, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, apdos. 49-54 (entender que la técnica de «framing» no constituye un acto de comunicación al público no respeta el justo equilibrio entre derecho de propiedad intelectual y libertad de expresión); STJUE de 17 de junio de 2021, asunto C-597/19, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited c. Telenet BVBA*, apdo. 58 (necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho a la propiedad intelectual y la libertad de expresión en la interpretación del concepto de comunicación al público trasladado a los actos de «seeding» en una red P2P); y STJUE de 22 de junio de 2021, asuntos acumulados C682/18 y C683/18, *Frank Peterson c. YouTube* y *Elsevier c. Cyando AG*, apdo. 138 (necesidad de buscar un justo equilibrio entre el derecho a la propiedad intelectual, la

tradiciones de los Estados miembro para limitar el derecho de propiedad, como la función social o el abuso de derecho. Donde acaso el art. 17.2 CDFUE ha desplegado mayores consecuencias ha sido en el terreno de las acciones y remedios para la protección de los derechos de propiedad intelectual. En este ámbito, el TJUE sí ha resuelto que determinadas restricciones al ejercicio de acciones para la protección de derechos de propiedad intelectual no respetaban un justo equilibrio entre el derecho reconocido por el art. 17.2 y otros derechos de la CDFUE⁶³.

libertad de empresa y libertad de información y expresión para interpretar en concepto de comunicación al público en plataformas *online*).

⁶³ El TJUE ha recurrido al art. 17.2 CDFUE para reforzar la posición de los titulares de derechos en el marco de procedimientos para su protección; especialmente, en relación con las diligencias preliminares de obtener información previstas en el art. 8.1 de la Directiva 2004/48/CE. En este sentido, véanse STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-580/13, *Coty Germany GmbH c. Stadtparkasse Magdeburg*, apdos. 29-31 (la salvaguardia como derecho fundamental de la propiedad intelectual, junto con la tutela judicial efectiva prevista en el art. 47 CDFUE, impiden que una entidad de crédito puede ampararse, sin límites ni condiciones, en el secreto bancario para negarse a facilitar al titular de derechos de marca información relativa al titular de una cuenta en la cual se había ingresado el importe de compra de una mercancía infractora); STJUE de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias McFadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, especialmente, apdos. 81 y 98-100 (una medida que tiene por objeto forzar a un operador de una red wifi a proteger la conexión a Internet mediante una contraseña debe considerarse necesaria para garantizar una protección efectiva del derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual); STJUE de 18 de enero de 2017, asunto C-427/15, *New Wave CZ, AS c. Alltoys, spol. s.r.o.*, apdo. 25 (la salvaguardia como derecho fundamental de la propiedad intelectual, junto con la tutela judicial efectiva prevista en el art. 47 CDFUE, han de facilitar que, tras un procedimiento que declaró la existencia de una infracción de un derecho de marca, un demandante pueda iniciar acciones para solicitar información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o de los servicios que infringen sus derechos); y STJUE 18 de octubre de 2018, asunto C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, apdos. 43-46 (no respeta suficientemente el derecho fundamental de propiedad intelectual y de tutela judicial efectiva una doctrina judicial que permite al titular de una conexión a Internet, por medio de la cual se han infringido derechos de autor, exonerarse de responder simplemente designando al menos un miembro de su familia que tenía la posibilidad de acceder a dicha conexión, sin aportar mayores precisiones en cuanto al momento en que dicho miembro de su familia utilizó la conexión y a la naturaleza del uso que haya hecho de ella). En los últimos asuntos resueltos por el TJUE, el alcance del art. 17.2 es más limitado: el tribunal se limita a observar que las acciones de obtención de infor-

En el asunto *RAAP c. PPI* la protección del derecho fundamental a la propiedad intelectual se proyecta en el plano de la eficacia vertical. Esto es, la salvaguarda del derecho constituye un límite a la actuación del legislador (europeo e, indirectamente, de los legisladores nacionales). La alusión al art. 17.2 CDFUE en este sentido constituye acaso la principal novedad del asunto e invita a analizar su alcance, así como el grado de deferencia que ha de otorgarse al legislador⁶⁴.

Con todo, entender el alcance que puede seguir desplegando el derecho fundamental a la propiedad intelectual y cómo puede afectar a una intervención legislativa de la Unión para determinar los beneficiarios de la remuneración equitativa o de otros derechos no resulta sencillo. El precepto ha sido calificado como misterioso⁶⁵ o délfico⁶⁶, y sus intenciones y efectos como inciertos⁶⁷. A las bases de este derecho dedicamos el apartado siguiente.

IV. EL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ART. 17.2 DE LA CARTA

1. ÁMBITO OBJETIVO

1.1. *Concepto de propiedad intelectual*

El art. 17.2 de la Carta es punto menos que lapidario: «se protege la propiedad intelectual». De entrada, parecería que el precepto se limita simplemente a constatar su salvaguarda como derecho fundamental y su calificación como un tipo especial de propiedad. Son varias las dudas que entraña la interpretación de estas cinco palabras.

mación previstas en la Directiva 2004/48/CE concretan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y garantizan un ejercicio efectivo del derecho fundamental a la propiedad intelectual; y que, en su regulación por los derechos procesales nacionales, deberá respetarse un justo equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales implicados (en este sentido, véanse STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-264/19, *Constantin Film Verleih GmbH c. YouTube LLC y Google Inc.*, apdos. 35-37; y STJUE de 17 de junio de 2021, asunto C-597/19, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited c. Telenet BVBA*, apdo. 83).

⁶⁴ Véase, no obstante, la breve alusión al art. 17.2 en STJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-277/10, *Martin Luksan c. Petrus van der Let*, apdo. 71.

⁶⁵ Geiger, 2009.

⁶⁶ Griffiths, 2018: 150.

⁶⁷ Griffiths y McDonagh, 2013: 76.

Una primera cuestión a abordar es la identificación del ámbito objetivo de protección del precepto. La terminología «propiedad intelectual» (*intellectual property*) que emplea va más allá, por supuesto, de las materias tradicionalmente reguladas en España en la legislación sobre propiedad intelectual e incluye también derechos referidos como de propiedad industrial. Así pues, el objeto principal sobre el que recaería la protección del art. 17.2 CDFUE incluiría un núcleo duro indudable de atribuciones o derechos de exclusiva de contenido patrimonial reconocidos por los derechos de autor, patentes, marcas comerciales y diseños industriales. Fuera de estos supuestos, pueden plantearse varias dudas acerca de la conveniencia de recurrir a un análisis constitucional bajo la luz del art. 17.2 CDFUE.

Un primer problema afecta a los derechos no patrimoniales. Para algunos autores, el art. 17.2 CDFUE protege únicamente la dimensión patrimonial de los derechos de propiedad intelectual, por lo que la salvaguarda de otros derechos —y, en particular, de los derechos morales— estaría anclada en otros preceptos, tales como el derecho a la dignidad humana (art. 1 CDFUE), derecho a la integridad personal (art. 3 CDFUE) o el derecho de privacidad (art. 7 CDFUE)⁶⁸. Si bien los antecedentes del art. 17.2 CDFUE se refieren a la propiedad ordinaria, no puede negarse que los derechos morales también atribuyen a sus titulares facultades de exclusión y control. El hecho de que un precepto de la Carta se refiera expresamente a la propiedad intelectual se erige *prima facie*, por un criterio de especialidad, en la base sobre la cual fundamentar su protección⁶⁹.

Otra duda apunta hacia los derechos no reconocidos tradicionalmente como derechos de propiedad intelectual, como, por ejemplo, los secretos empresariales⁷⁰, o la faceta patrimonial de los derechos de imagen. Para los primeros, las dudas estarían provocadas por el tipo de protección que reciben

⁶⁸ Husovec, 2019a: 843. En España, la cuestión recuerda a los debates sobre el anclaje de la propiedad intelectual en el art. 20.1.b) o 33 CE. Véase, sobre ello, Pizarro, 2012: 251-260.

⁶⁹ La protección fundada en el art. 17.2 CDFUE en lugar de otros preceptos no ha de comportar un estándar inferior o un conjunto inferior de garantías. Los diferentes objetos protegibles bajo el precepto podrán recibir estándares diferentes de protección en atención a la tesis relativa del contenido esencial del derecho que se defiende en este trabajo. Véase *infra* apdos. IV.2.3 y 2.4.

⁷⁰ Por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, no califica los secretos como derechos de propiedad intelectual, y las referencias que en ella se hacen a la CDFUE no lo son al art. 17.2.

habitualmente, más relacionada con reglas de responsabilidad y no con reglas de propiedad; para los segundos, por la posibilidad de reconducir su protección a otros derechos fundamentales.

Pueden plantearse también dudas acerca de derechos de crédito con carácter exclusivo establecidos por un contrato y, por tanto, con eficacia relativa o *inter partes*. No es seguro que tales facultades de exclusiva deban calificarse funcionalmente como derechos de propiedad intelectual a los efectos del art. 17.2 CDFUE⁷¹.

Finalmente, otras incertidumbres pueden referirse a nuevos derechos de exclusiva que puedan llegar a reconocerse. El legislador de la Unión va reconociendo nuevos derechos de exclusiva, aunque es incierto que todos aquellos que acaben regulándose deban considerarse derechos de propiedad intelectual⁷².

Sobrepasa el objeto de este trabajo profundizar en estos supuestos o delimitar la noción de propiedad intelectual. Se ofrece aquí únicamente un criterio funcional o pragmático, por su importancia en relación con el juicio de proporcionalidad. El intérprete puede intentar identificar las características particulares por razón del objeto sobre el que recaen y que permiten identificar una forma especial de propiedad⁷³. En general, se señala que los derechos de propiedad intelectual protegen recursos intangibles, tales como una expresión artística o literaria en caso de los derechos de autor o invenciones e ideas en el caso de las patentes, que en términos económicos comportan que su consumo no sea rival y que difícilmente sea exclusivo⁷⁴. En otros términos, los objetos protegidos por derechos de propiedad intelectual se asemejan a los bienes públicos y presentan los problemas propios de estos: el hecho de que cualquiera pudiera aprovecharse de ellos sin contraprestación comporta que su productor no pueda internalizar las externalidades que generan y que no cuente con suficientes incentivos de entrada para llevar a cabo las inversiones de recursos, esfuerzos y tiempo necesarias para producirlos. La atribución de

⁷¹ Cfr., sin embargo, con STJUE de 22 de enero de 2013, asunto C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk* (valoración del art. 15.6 de la Directiva 2010/13 que permite la emisión de pequeños fragmentos de eventos deportivos y análisis de su injerencia en el derecho de la propiedad reconocido por el art. 17.1 CDFUE de los titulares de derechos exclusivos de retransmisión).

⁷² Ejemplos de derechos de exclusiva que se han promovido, pero que no han sido reconocidos por el legislador de la UE, incluyen derechos sobre eventos deportivos o facultades de control exclusivo sobre datos no personales.

⁷³ Sobre los debates acerca de la calificación como propiedad de los derechos de autor, las patentes y las marcas, véase Van Houweling, 2019.

⁷⁴ Lemley, 2005.

derechos de exclusiva por parte del sistema jurídico constituye una respuesta a este problema de infraproducción dirigido a controlar los resultados de las inversiones. En el asunto *RAAP*, el TJUE no es ajeno a este discurso y señala la importancia de la remuneración equitativa para proteger un retorno a los esfuerzos e inversiones desplegadas⁷⁵. Con todo, los derechos de propiedad intelectual generan varios costes sociales, que aconsejan que se limiten estructuralmente⁷⁶.

En cualquier caso, el problema de definición y delimitación del objeto de la propiedad intelectual es relativo⁷⁷. Si un determinado derecho no se calificara como un derecho de propiedad intelectual, su salvaguarda como derecho fundamental podría fundarse, sin embargo, en la protección de la propiedad en general (art. 17.1 CDFUE) y contar probablemente con el mismo grupo de garantías.

1.2. Sistema multinivel de derechos fundamentales y ámbito de aplicación

Un segundo grupo de problemas se refiere al ámbito de aplicación de la CDFUE y su proyección sobre otras normas del ordenamiento. La estructura multinivel del sistema de protección de derechos fundamentales en la Unión complica la comprensión de sus reglas, por una parte, con el derecho constitucional interno de los EE.MM., y, por otra, con la protección articulada por el CEDH⁷⁸.

En principio, la CDFUE se proyecta sobre aquellos ámbitos que son competencia de la Unión Europea. Según el 6.1 TUE, se reconocen por la Unión los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE con el mismo valor jurídico que los tratados; pero estos no podrán ampliar en modo alguno las competencias de la Unión. Por ello, de entrada, el art. 17.2 resultará aplicable al derecho de propiedad intelectual sobre el cual la Unión tenga atribuidas competencias. En otros términos, la protección ofrecida por el art. 17.2 CDFUE se extendería únicamente a aquellos ámbitos armonizados o armonizables⁷⁹. La cuestión de delimitación no siempre es sencilla, pues hay ámbitos en los cuales coexisten legislación UE y legislación nacional y no hay reglas claras de *pre-emption* o preferencia aplicativa⁸⁰. Ello ocurre, por

⁷⁵ Apdo. 82.

⁷⁶ Lemley, 2005: 1046-1050.

⁷⁷ Husovec, 2019b: 395.

⁷⁸ Para una discusión, Muñoz Machado, 2015.

⁷⁹ Sobre competencias de la UE en materia de derechos de autor, Ramalho, 2016.

⁸⁰ En este sentido, Husovec, 2019b: 393, quien destaca el ejemplo de los modelos de utilidad.

ejemplo, en relación con el derecho de transformación, que no está armonizado pero que puede solaparse con el derecho de reproducción⁸¹.

Por otra parte, las relaciones entre el TJUE y el TEDH también son complejas. El art. 52.3 CDFUE establece que «[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»⁸². En ocasiones, el TJUE cita e incorpora en sus sentencias sobre derechos de autor jurisprudencia dictada por el TEDH. Por ejemplo, el TEDH distingue entre diferentes tipos de expresión —en especial, entre discursos políticos y discursos comerciales— para otorgar un mayor o menor nivel de protección y, para el TJUE estas diferencias deben permear también la interpretación del derecho europeo de autor⁸³. En cualquier caso, la jurisprudencia del TJUE va más allá de los enfoques del TEDH, muy ceñidos por su fundamento en el art. 1 del Protocolo, por la utilización de la doctrina del margen de apreciación y por el tipo de asuntos que se le presentan⁸⁴. El art. 17.2 CDFUE no se ha utilizado únicamente para examinar injerencias o restricciones a derechos de propiedad intelectual específicos, sino que también ha servido para interpretar el derecho de la Unión y para avanzar en la agenda armonizadora del tribunal en este sector⁸⁵.

1.3. Eficacia general

Una tercera cuestión se refiere a las consecuencias derivadas del reconocimiento de un derecho fundamental de propiedad intelectual en el art. 17.2. Se han planteado tres tipos de lecturas del precepto.

⁸¹ Véase, por ejemplo, STJUE de 22 de enero de 2015, asunto C-419/13, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*.

⁸² Véase también el art. 6.3 TFUE, que establece que: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

⁸³ Véanse, en este sentido, las referencias a la STEDH de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald y otros c. Francia*, 36769/08, en las SSTJUE dictadas en los asuntos C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH*, y C-516/17, *Spiegel Online GmbH*.

⁸⁴ Oliver y Stothers, 2017: 564.

⁸⁵ Mylly, 2015: 106, 109; Husovec, 2019a: 846.

Una primera concepción apunta a un valor meramente declarativo. Para esta visión, el artículo se limitaría a expresar que la propiedad intelectual es una forma especial de propiedad a la que alcanza el régimen constitucional de esta. Esta tesis encuentra dos obstáculos. En primer lugar, las constituciones —y, en la misma línea, la Carta— no son textos descriptivos; poseen una fuerza programática o normativa⁸⁶. En segundo lugar, algunas versiones lingüísticas de la CDFUE utilizan un lenguaje prescriptivo⁸⁷.

Una segunda concepción hace una lectura maximalista de la protección recibida por la propiedad intelectual en la CDFUE. Para algunos autores, habría una agenda oculta detrás del precepto que llevaría a incrementar los niveles de exclusividad y de protección de los derechos de autor y a su consideración como atribuciones absolutas⁸⁸. Esta no ha sido la posición del TJUE, que ha remarcado en varias sentencias que la protección que recibe la propiedad intelectual con arreglo al art. 17.2 no es ni absoluta ni inviolable⁸⁹.

Entre ambas concepciones, una tercera vía señala un punto medio. En esta interpretación, el precepto reconoce a la propiedad intelectual como una forma especial de propiedad, dotada de las garantías de protección previstas en el primer párrafo, y que puede desplegar consecuencias en cuanto a la interpretación del derecho de la UE sobre propiedad intelectual, sobre la resolución de conflictos particulares con otros derechos, o sobre las injerencias derivadas de la actividad legislativa. En función del peso que se le dé al derecho y al grado de deferencia al legislador de la UE —cuestiones que hoy no están claras ni consolidadas en la jurisprudencia del TJUE—, ello podría implicar la introducción de un mandato de protección dirigido a los poderes públicos que llevara a una maximización del catálogo de los derechos de propiedad intelectual y del alcance de sus facultades; y por, otra parte, a una garantía institucional negativa, que impidiera la eliminación de facultades ya reconocidas⁹⁰. Con todo, la necesidad de respetar otros derechos fundamentales matiza muy mucho esta proyección.

⁸⁶ Griffiths y McDonagh, 2013: 80-81.

⁸⁷ Es el caso de la versión inglesa («Intellectual property shall be respected»). No es el caso, sin embargo, de las versiones francesa o alemana (Griffiths y McDonagh, 2013: 78).

⁸⁸ Algunos autores han sugerido que el TJUE habría adoptado esta posición maximalista para reforzar y blindar la protección otorgada a los titulares de derechos de propiedad intelectual. En este sentido, Mylly, 2015: 104, y Peukert, 2011. Varios trabajos cuestionan acertadamente este retrato. Véase, por ejemplo, Oliver y Stothers, 2017: 564.

⁸⁹ Véase *supra* apartado III.

⁹⁰ Sganga, 2021: 4; Geiger, 2009: 115; Griffiths y McDonagh, 2013: 82.

1.4. Propiedad y propiedad intelectual

Por último, la propiedad intelectual como derecho fundamental en la Carta no se reconoce autónomamente en un precepto separado, sino como párrafo segundo del artículo bajo la rúbrica del derecho de propiedad. Las explicaciones dadas por los redactores de la Carta para añadir este párrafo segundo al art. 17 son insuficientes y se refieren únicamente a la importancia creciente de los derechos de propiedad intelectual y a los desarrollos legislativos en la Unión⁹¹.

El TJUE no ha abordado claramente las relaciones entre ambos apartados del precepto. De hecho, no ha llegado a justificar qué grado de protección merecen los derechos de autor a partir de su calificación como una forma especial de propiedad en el art. 17.2 CDFUE⁹². Por ejemplo, el tribunal no ha recurrido en su jurisprudencia sobre derechos de autor a los fundamentos políticos y filosóficos tradicionales para el derecho de propiedad⁹³. Además, algún precedente, muy criticado, complica aún más la comprensión de las relaciones entre ambos apartados: así, en el asunto *Luksan*, la falta de reconocimiento de la condición de autor sobre una obra cinematográfica al director de la película es analizada sobre todo como una injerencia en el derecho de propiedad reconocido en el art. 17.1⁹⁴.

En cualquier caso, a pesar del carácter dependiente del apdo. 2, el TJUE no ha seguido hasta la fecha un enfoque convergente. Así, no ha trasladado, por ejemplo, doctrinas generales desarrolladas en su jurisprudencia sobre el art. 17.1 CDFUE a sus sentencias sobre derechos de autor. Ello no ha de impedir, sin embargo, que pudiera llegar a recurrir, como ya hizo en el pasado⁹⁵, a la doctrina de la función social para interpretar y aplicar el derecho de propiedad intelectual⁹⁶. Tampoco, en la jurisprudencia sobre derechos de

⁹¹ Praesidium de la Convención, «Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales» (2007/C 303/02) (DO C 303, de 14.12.2007, p. 17).

⁹² Sganga, 2021: 2 y 8.

⁹³ Costello, 2020: 7-10.

⁹⁴ STJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-277/10, *Martin Luksan c. Petrus van der Let*, apdos. 68-70. Véanse también las referencias al art. 17.1 en STJUE de 22 de enero de 2013, asunto C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, apdos. 30 y 38.

⁹⁵ STJCE de 28 de abril de 1998, asunto C-200/96, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH*, apdo. 21.

⁹⁶ En un sentido similar, algunos autores apuntan a un resurgimiento de la doctrina de la función esencial, utilizada en los años setenta para examinar la relación del derecho de autor con las libertades comunitarias: la identificación de elementos

autor, el TJUE juzga la proporcionalidad de una injerencia con el mismo grado de análisis y completitud que despliega en el ámbito general de la propiedad. En el ámbito de los derechos de autor, el TJUE ha confiado, acaso en exceso, en la noción de justo equilibrio. Una ponderación más abstracta de los diferentes derechos le exonera de analizar de un modo más pormenorizado la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de posibles injerencias⁹⁷.

2. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN EL ART. 52.1 CDFUE

2.1. *Salvaguardas generales de protección*

Con arreglo al art. 52.1 CDFUE, «[c]ualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades [...] deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». En consecuencia, cualquier injerencia en un derecho fundamental reconocido por la CDFUE deberá sujetarse a tres requisitos: a) contar con una previsión legal; b) respetar su contenido esencial; y c) superar un juicio de proporcionalidad.

2.2. *Previsión legal*

Con arreglo al art. 52.1 CDFUE, las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental han de estar establecidas por la ley. El mismo requisito se encuentra en varios preceptos del CEDH.

La jurisprudencia del TEDH que ha interpretado este requisito ha señalado que no responde a un criterio formalista, sino cualitativo: no es imprescindible que una limitación se incluya en una ley aprobada por un parlamento u otra norma del mismo rango, sino que el objetivo es proteger la seguridad jurídica y garantizar que los destinatarios de la injerencia puedan, contando en su caso con asesoramiento jurídico adecuado, conocerla de antemano. Por ello, bastará con que la injerencia haya cristalizado en el *case-law* de la jurisdicción de

específicos imprescindibles para salvaguardar el derecho de propiedad intelectual, según estos autores, puede resultar más útil que las referencias generales a la necesidad de reconocer un elevado grado de protección a los derechos de autor. Véase Sganga, 2021: 9 y 11-13.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, en este sentido, Fontanelli, 2016.

que se trate⁹⁸. Hasta el asunto *RAAP c. PPI*, el TJUE no se había referido a este requisito en la jurisprudencia sobre derechos de autor.

2.3. Respeto al contenido esencial del derecho

Las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental han de respetar su contenido esencial. Los orígenes de este requisito se encuentran en la práctica jurisprudencial del TEDH y en varias tradiciones constitucionales de los EEMM⁹⁹. La jurisprudencia dictada por el TJUE no ofrece una guía suficiente sobre el alcance y operativa de este requisito. De hecho, no es hasta hace poco que el TJUE ha empezado a referirse expresamente a este requisito¹⁰⁰.

Pueden encontrarse en la literatura jurídica diferentes teorías acerca de la noción de contenido esencial del derecho. Para algunos autores, que siguen una teoría relativa, la identificación del contenido esencial no deja de ser el resultado de una ponderación de derechos e intereses en juego y, en definitiva, de una aplicación del principio de proporcionalidad caso por caso¹⁰¹. La equiparación entre núcleo esencial y proporcionalidad se produce sobre todo en aquellos derechos inherentemente limitados, como el derecho de propiedad constreñido estructuralmente por su función social. Para otros autores, es posible identificar —sin recurrir a una ponderación o a un juicio de proporcionalidad— un conjunto de atribuciones que integran el contenido esencial del derecho fundamental. Por ejemplo, mediante una identificación de las funciones imprescindibles del derecho, el intérprete puede hacer emerger su sustancia nuclear. Estos últimos autores siguen una teoría absoluta según la cual este núcleo esencial es intocable y fuera de este se abre la posibilidad de restringir el derecho si se supera un test de proporcionalidad.

Hasta la fecha, las referencias a la noción de contenido esencial en la jurisprudencia del TJUE sobre derechos de autor no son relevantes. A lo sumo, las indicaciones dadas por el Tribunal aluden al respeto de un justo

⁹⁸ En este sentido, véanse, por ejemplo, STEDH de 14 de septiembre de 2010, *Sanoma Uitgevers BV c. Países Bajos*, 38224/03, apdo. 83; conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón en el asunto C-70/10 *Scarlet Extended*, apdo. 99; y conclusiones del abogado general Henrik Saugmandsgaard Øe en los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, apdos. 138-154.

⁹⁹ Véanse, por ejemplo, los arts. 19.2 de la *Grundgesetz* alemana o 53.1 CE.

¹⁰⁰ El requisito habría desplegado fuerza operativa por primera vez en la STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Max Schrems c. Data Protection Commissioner*. En este sentido, Dawson *et al.*, 2019: 764.

¹⁰¹ Para un análisis de esta cuestión, me remito a Rubí, 2008: 309-318.

equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales en juego que no desnaturalice o diluya el derecho de propiedad intelectual. El TJUE seguiría, pues, una teoría relativa del contenido esencial. A ello contribuye, en mi opinión, el hecho de que los derechos de propiedad intelectual son derechos también inherentemente limitados cuya comprensión no puede escapar a tareas de ponderación. Hasta hoy, al menos, la noción de contenido esencial no ha servido para fundamentar ninguna garantía institucional del derecho fundamental de propiedad intelectual¹⁰².

2.4. Superación de un juicio de proporcionalidad

Las limitaciones al derecho de propiedad intelectual habrán de respetar el principio de proporcionalidad. La superación de este juicio exige que las limitaciones en cuestión sean adecuadas para alcanzar un interés general o para proteger derechos y libertades de terceros, sean necesarias y sean proporcionadas o, en otros términos, que el regulador no disponga de otras alternativas menos gravosas para conseguir el mismo resultado (proporcionalidad en sentido estricto).

La adecuación y necesidad de la restricción se examinan en relación con el interés legítimo perseguido. Corresponde de entrada al legislador identificar los intereses legítimos y el diseño de las medidas normativas para su consecución, mas con ciertos límites: no puede ir más allá de lo necesario para cumplir con la finalidad perseguida y, de entre el catálogo disponible de medidas adecuadas, ha de escoger aquella que suponga una injerencia menor.

La jurisprudencia dictada por el TJUE sobre derechos de autor da pocas pistas sobre la aplicación práctica del principio de proporcionalidad. En primer lugar, la mayoría de supuestos en los cuales el TJUE ha aludido al art. 17.2 CDFUE se refieren a supuestos de eficacia horizontal. En estos casos, el principio de proporcionalidad no deja de ser otra forma de denominar al juicio de ponderación. En general, el TJUE alude a la necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre los diferentes derechos en juego. No queda claro si la proporcionalidad podrá desplegar un mayor protagonismo en los supuestos de eficacia vertical. Tampoco queda claro si los tribunales nacionales, a la hora de decidir los casos sobre los cuales han planteado cuestiones preliminares, podrían bifurcar el análisis y distinguir entre justo equilibrio y proporcionalidad o ambas operaciones coinciden necesariamente.

En segundo lugar, no hay indicaciones suficientes en la jurisprudencia del TJUE sobre el estándar y carga de la prueba de la necesidad, adecuación y proporcionalidad de restricciones al derecho fundamental de propiedad

¹⁰² Sobre el resurgimiento de la doctrina de la función esencial, véase Sganga, 2021: 8.

intelectual. En algunos ámbitos, el estándar de proporcionalidad utilizado por el TJUE es estricto y reforzado¹⁰³. En otros, parece haber una mayor flexibilidad. En ocasiones, el TJUE se refiere a la jurisprudencia del TEDH y, por ello, podemos presuponer que el estándar es flexible y decidido caso por caso. En estos ámbitos, especialmente en función de la jurisprudencia dictada por el TEDH en el ámbito del art. 1 del Protocolo 1, parece que el estándar se rebaja a uno de razonabilidad. Así, algunos autores han defendido que solamente las actuaciones ilícitas o manifiestamente desproporcionadas serían susceptibles de violar lo previsto en el art. 17.2 de la Carta y que, en cualquier caso, los reguladores dispondrían de un amplio margen para llevar a cabo regulaciones fundadas en el interés general¹⁰⁴. La jurisprudencia del TEDH prevé diferentes grados, que se articulan sobre todo a partir de la noción de margen de apreciación que corresponde a las autoridades nacionales¹⁰⁵.

3. GARANTÍA EXPROPIATORIA

El art. 17.1 CDFUE establece que «[n]adie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida». La garantía expropiatoria también es trasladable a las privaciones singulares de derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, la doctrina elaborada por el TJUE y, sobre todo, por el TEDH resultarían de aplicación al ámbito de los derechos de autor¹⁰⁶.

V. CAPACIDADES REGULATORIAS DESPUÉS DE LA SENTENCIA RAAP

1. PREVISIÓN POR LEY: INSUFICIENCIA DE RESERVAS AL TIEF

Una injerencia en un derecho fundamental ha de estar prevista legalmente. El TJUE resuelve en el asunto *RAAP* que una reserva al TIEF

¹⁰³ Por ejemplo, en el ámbito del derecho fundamental a los datos personales, cualquier excepción o restricción ha de resultar «estrictamente necesaria» (STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy*, apdo. 56; y STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, *Data Protection Officer c. Facebook Ireland Ltd (Schrems II)*, apdo. 176).

¹⁰⁴ Griffiths y McDonagh, 2013: 89.

¹⁰⁵ Por ejemplo, STEDH 12.1.2016, *Szabo y Vissy c. Hungría*, en relación con la protección de datos personales. Sobre margen de apreciación y libertad de expresión, véase Rubí, 2008: 131-136.

¹⁰⁶ Sganga, 2021: 18-20 y Husovec, 2019b: 400-403.

debidamente notificada no cumple con este requisito, puesto que «no permite que los nacionales del tercer Estado en cuestión conozcan de qué manera precisa su derecho a una remuneración equitativa y única estaría, en consecuencia, limitado en la Unión»¹⁰⁷. Por ello, el tribunal resalta la necesidad de que las limitaciones subjetivas se incluyan claramente en una norma secundaria de derecho europeo.

Este es un enfoque formalista en exceso, que contradice la comprensión dada a este requisito por el TEDH. No hay razones suficientes para justificar la necesidad de una norma de derecho de UE que limite de forma detallada la remuneración a determinados beneficiarios. Debería bastar una regla que, a los efectos de la Directiva 2006/115/CE, aclarara que los Estados pueden adoptar medidas para reforzar la reciprocidad en el ámbito del TIEF. Varios argumentos apuntan en esta dirección: así, la excepción a la regla de trato nacional ya está en una norma que forma parte del ordenamiento de la UE (art. 4.2 TIEF). Además, los productores, músicos y otros artistas que operan en un mercado global pueden contar con ayuda de profesionales jurídicos para conocer las posibilidades de percibir la remuneración equitativa en cada territorio nacional. También, en muchos casos, sus derechos en el mercado internacional estarán gestionados por entidades especializadas, como SoundExchange en EE. UU., que pueden ofrecerles conocimiento especializado.

2. APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA AL SUPUESTO CONCEPTO ESENCIAL: INTERESES AFECTADOS POR UNA LIMITACIÓN

2.1. *Intereses afectados*

Para el TJUE, una limitación al derecho de percibir una remuneración equitativa puede comportar que los artistas intérpretes y ejecutantes carezcan de ingresos suficientes para incentivar sus esfuerzos creativos o que los productores tengan dificultades para amortizar las inversiones que han de realizar para producir un fonograma¹⁰⁸. El TJUE no dice, sin embargo, que una limitación tal afecte al contenido esencial, pero sí que parece señalar que estos son los intereses básicos que fundamentan el reconocimiento de este derecho afín y su protección constitucional en la CDFUE.

Así pues, hay dos elementos funcionales del derecho de propiedad intelectual que un legislador habrá de sopesar y confrontar con intereses

¹⁰⁷ Apdo. 87.

¹⁰⁸ Apdos. 82 y 95.

generales o, en su caso, con otros derechos fundamentales cuando pretenda restringir subjetivamente la remuneración equitativa. La jurisprudencia del TJUE ayuda a comprender que estos dos intereses no son absolutos.

2.2. Remuneración

Si bien el TJUE se refiere a la afectación al derecho a recibir remuneración de los artistas europeos en países que han formulado reservas al TIEF¹⁰⁹, una limitación subjetiva al derecho en una eventual regulación europea afectaría también a los artistas con vínculos en Estados fuera del EEE —principalmente, EE. UU. y Reino Unido—, quienes acaso verían mermada una parte de sus ingresos esperados por el uso de su música en el mercado global.

La expectativa de autores y otros sujetos a recibir una remuneración o compensación por el uso de obras y otras prestaciones es, sin duda, uno de los intereses básicos protegidos por el derecho de propiedad intelectual¹¹⁰. El derecho de autores y artistas a recibir una remuneración justa se ha convertido en un principio general en la Unión¹¹¹. El TJUE también ha remarcado la importancia de recibir una compensación equitativa cuando haya un uso efectivo de obras y otras prestaciones¹¹². Ahora bien, habrá ocasiones en las cuales el titular del derecho habrá tenido la posibilidad de prever determinados usos futuros y obtener remuneración suficiente¹¹³. En tales casos, un uso posterior no debería generar un nuevo derecho a percibir ingresos adicionales. Por ejemplo, no hay derecho a percibir la remuneración en el caso de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, ya que su incorporación sigue a un acuerdo por medio del cual el titular de los derechos pudo recibir una contraprestación¹¹⁴.

¹⁰⁹ Apdo. 82.

¹¹⁰ Lemley, 2005.

¹¹¹ Art. 15 Directiva (UE) 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital. Sobre ello, Xalabarder, 2020; Sánchez Aristi y Oyarzabal, 2020 y Minero, 2020. La regla ha sido transpuesta al derecho español mediante el art. 74 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (BOE n. 263, de 3.11.2021). Véase también considerando 5 de la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DO L 299, de 27.10.2012, p. 5).

¹¹² STJUE de 16 de junio de 2011, asunto C-462/09, *Stichting de Thuiskopie c van der Lee*, apdos. 32-33.

¹¹³ Este es uno de los fundamentos básicos de la doctrina del agotamiento del derecho de distribución, destacado ya por Joseph Kohler en el siglo XIX.

¹¹⁴ STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-147/19, *Atresmedia c. AGEDI y AIE*, apdo. 46.

En consecuencia, una exclusión establecida por el legislador de la UE del derecho a recibir la remuneración equitativa en estos casos no comportaría una privación absoluta de ingresos. Los sujetos excluidos podrían seguir obteniendo ingresos en otros territorios del mercado musical global; podrían también recibir ingresos por otras modalidades de uso de sus interpretaciones en Europa; y también podrían haber negociado con los productores a la hora de contribuir a un fonograma una posible participación en las rentas generadas u otra forma de compensación. En definitiva, una limitación subjetiva a percibir la remuneración equitativa, aunque afectaría cuantitativamente las rentas esperables, no les supondría una injerencia absoluta en la expectativa a obtener rentas¹¹⁵. Si, además, las razones para justificar esta exclusión son de peso, mayores son los motivos para entender que tal injerencia sería legítima.

2.3. Inversión

Para el TJUE, limitar que algunos productores puedan recibir una remuneración equitativa podría menoscabar sus incentivos para realizar las inversiones iniciales requeridas en la producción de un fonograma. La protección de las inversiones también constituye un interés general privilegiado por el derecho europeo de propiedad intelectual¹¹⁶. No se trata del único interés protegible por los derechos de productores, pues estos también podrían resultar afectados aun cuando no se afecte a la oportunidad de obtener un retorno de sus inversiones¹¹⁷.

Pero, de nuevo, este interés en la protección de las inversiones no es absoluto. El TJUE no ha llegado a afirmar que los derechos de propiedad intelectual que tengan una conexión superior con una actividad económica o comercial reciben una protección inferior a otros más personales¹¹⁸. Tampoco ha otorgado un peso inferior a la libertad de empresa reconocida

¹¹⁵ No valoramos en este trabajo si una limitación subjetiva del derecho a percibir la remuneración equitativa con base en criterios tales como la nacionalidad o la residencia u otros podría comportar una discriminación directa o indirecta y, en efecto, resultar contraria al art. 21 CDFUE.

¹¹⁶ Algunos autores señalan que una protección excesiva de la noción de inversión reduce las posibilidades del legislador europeo de restringir o limitar los derechos exclusivos asociados con la propiedad intelectual. En este sentido, Geiger (2018).

¹¹⁷ STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17, *Pelham GmbH c. Ralf Hütter*, apdo. 38.

¹¹⁸ Algunos TC nacionales, como el *Bundesverfassungsgericht* alemán, han otorgado mayor protección a bienes y otros recursos con vínculos más estrechos con la dignidad

por el art. 16 CDFUE en una ponderación con otros derechos, pero sí ha utilizado el carácter comercial o el ánimo de lucro para modular la interpretación de algunas reglas de derecho de autor¹¹⁹. En el caso del mercado global de música, las inversiones a realizar no siempre tendrán un valor únicamente específico en relación con aquellos territorios en los cuales no se percibiría la remuneración equitativa. Esto es, buena parte de las inversiones podrían amortizarse en otros países o con otras actividades. En suma, una limitación subjetiva a percibir la remuneración equitativa que pudiera afectar las posibilidades de recuperar inversiones satisfechas no lo haría de un modo absoluto.

3. INTERÉS GENERAL PERSEGUIDO: LA RECIPROCIDAD

Para el TJUE, perseguir un entorno igualitario en el mercado musical global en el cual los artistas europeos participen en condiciones equitativas respecto de los nacionales de terceros Estados que, a consecuencia de una reserva al TIEF, no reconozcan el derecho o solo lo reconozcan parcialmente, constituye un interés general que justificaría una limitación subjetiva al derecho a recibir la remuneración equitativa compartida entre artistas y productores¹²⁰. Es con relación a este interés general que debería valorarse la adecuación, necesidad y proporcionalidad de una medida que afectara negativamente la expectativa de artistas y productores a obtener rentas o a amortizar sus inversiones.

Un régimen jurídico que, con base en la reciprocidad, afine o matice las exigencias que derivan de la obligación de trato nacional refleja, en general, una preferencia por una distribución más igualitaria y justa de rentas. Varios economistas han mostrado cómo los individuos dentro de un mismo grupo social pueden preferir distribuciones de recursos que respeten cierta reciprocidad entre los diferentes participantes, aunque, a título individual, acaben perdiendo¹²¹. De hecho, hay varias reglas e instituciones de derecho de propiedad intelectual que, a pesar de ser perniciosas desde el punto de vista del bienestar social de autores, artistas y productores, sustentan entornos que

humana que a otros recursos permeados por la idea de inversión comercial (Sganga, 2021:21).

¹¹⁹ Véase, sobre todo, STJUE de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*.

¹²⁰ Apdo. 84.

¹²¹ Fehr y Gächter, 2000.

se perciben como justos y altruistas¹²². Hay, pues, un interés general atendible, que puede constituir una base suficiente para que el legislador europeo excluya a algunos sujetos de la remuneración equitativa derivada del uso de sus fonogramas. El legislador debería contar con un margen de maniobra para escoger las medidas oportunas para tal fin y, en particular, decidir cómo responder a las reservas formuladas por otras partes del TIEF¹²³. El legislador europeo deberá decidir si la respuesta ha de ser homogénea en todo el territorio de la UE y primar así un enfoque armonizador del derecho de autor o, si teniendo en cuenta que todos los Estados miembros de la UE son parte del TIEF, delegar en estos la capacidad de adoptar medidas con base en el art. 4.2 del Tratado.

4. DIMENSIÓN TEMPORAL

El reconocimiento universal de la remuneración equitativa que sella el TJUE en el asunto *RAAP* despliega, de entrada, efectos retroactivos: las entidades de gestión colectiva que han venido utilizando criterios de atribución (o de reparto¹²⁴) basados en las reservas formuladas por otros Estados y en la reciprocidad y no han satisfecho pagos a varios artistas por este concepto están expuestas a las reclamaciones que efectúen aquellos o las entidades que los representan por usos de sus fonogramas en el pasado. Estas reclamaciones estarán limitadas, en su caso, por los plazos de prescripción previstos en el derecho interno de la jurisdicción de que se trate.

Estas reclamaciones más que probables suponen, por su número y alcance, una contingencia económica muy negativa para muchas entidades de gestión colectiva, especialmente en el marco de la crisis generada por la pandemia de la COVID-19. Para paliar tales efectos, un regulador podría estar tentado de restringir los efectos retroactivos¹²⁵. Con todo, una regulación del

¹²² Sobre ello, Rubí, 2020: 90-94.

¹²³ Algunos Estados, como Países Bajos, ya han presionado a la Comisión para la adopción de medidas en este campo.

¹²⁴ Sobre las posibles diferencias entre la atribución de la remuneración y su reparto, véase Benabou, 2021: 35-36.

¹²⁵ Precisamente esta ha sido la respuesta del legislador francés frente a posibles reclamaciones por pagos de la remuneración referidos a usos anteriores a la sentencia. Varias entidades de gestión colectiva francesas (SCPP, SPPF, ADAMI y SPEDIDAM) señalaron que el fallo dado por el TJUE les supondría, a futuro, un menoscabo de entre el 35 % y el 65 % de sus presupuestos destinados a finalidades culturales y de Seguridad Social de artistas; pero que, además, si tenía efectos retroactivos, podría resultar fatal. Entre otras medidas, la *Loi DADUE n° 2020-1508 du 3 décembre 2020*

legislador europeo que eliminara este derecho con efectos retroactivos podría llegar a constituir una privación contraria al art. 17.1 CDFUE que, aunque justificada por una causa de utilidad pública, requeriría del pago de una justa indemnización a los afectados.

VI. CONCLUSIONES

Los magistrados del TJUE anticipan, en su sentencia del asunto *RAAP*, las importantes repercusiones económicas que dejar a los Estados miembros sin posibilidades, de momento, de reaccionar frente a reservas al TIEF formuladas por otros países tendrá para las entidades europeas de gestión colectiva de derechos de artistas y de productores de fonogramas. Ante tal panorama, el tribunal apunta a lo deseable de una intervención del legislador de la UE para clarificar quiénes han de acabar beneficiándose de la remuneración equitativa en un mercado musical global, con un protagonismo destacado de artistas estadounidenses y británicos.

La sentencia señala varios elementos que el legislador deberá considerar en esta futura intervención para evitar vulnerar el derecho fundamental a la propiedad intelectual reconocido por el art. 17.2 CDFUE. Ahora bien, las pistas dejadas por el Tribunal de Luxemburgo en el texto de la sentencia ponen de relieve que el legislador cuenta con un margen de maniobra amplio para diseñar sus medidas regulatorias y, probablemente, también con un alto grado de deferencia para valorar su proporcionalidad.

Bibliografía

- Aguiar, L. y Waldfogel, J. (2018). Digitization and the Content Industries. En J. J. Ganuza y G. Llobet (eds.). *Economic analysis of the digital revolution* (pp. 274-304). Madrid: FUNCAS.
- Benabou, V. L. (2021). L'arrêt RAAP ou quand compétence externe de l'Union et fondamentalisation des droits de propriété intellectuelle provoquent un tsunami. *Dalloz IP/IT*, (1), 30-37.
- Bercovitz, R. (2021). Sobre el derecho de remuneración equitativa de productores y artistas: STJUE de 8/9/2020, C-265/19 (RAAP c. PPI). *ALADDA* [blog], 12-1-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3vuAXta>.

prohibió la posibilidad de reclamar importes retroactivamente. Cuestiona la legalidad de esta medida Benabou, 2021: 35.

- Costello, R. (2020). Conflicts between Intellectual and Consumer Property Rights in the Digital Market. *European Journal of Law and Technology*, 11(1), 1-57.
- Dawson, M.; Lynskey, O. y Muir, E. (2019). What is the Added Value of the Concept of «Essence» of EU Fundamental Rights? *German Law Journal*, 20(6), 763-778. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.61>.
- Fehr, E. y Gächter, S. (2000). Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity. *Journal of Economic Perspectives*, 14(3), 159-181. Disponible en: <https://doi.org/10.1257/jep.14.3.159>.
- Fontanelli, F. (2016). The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36(3), 630-660. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqv037>.
- Gaubiac, Y. (2020). Observations sur le droit international du droit d'auteur et des droits voisins dans l'espace économique européen. *Revue internationale du droit d'auteur*, 266, 5-60.
- Geiger, C. (2009). Intellectual Property Shall Be Protected? – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with an Unclear Scope. *European Intellectual Property Review*, 31(3), 113-117.
- (2018). The TTIP and Its Investment Protection: Will the EU Still Be Able to Regulate Intellectual Property. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49, 631-635. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0707-1>.
- Geiger, C. e Izyumenko, E. (2020a). Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights. *Mitchell Hamline Law Review*, 46, 527-612. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3613591>.
- (2020b). The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the *Funko Medien*, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, but Still Some Way to Go! *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51(3), 282-306. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00901-1>.
- Griffiths, J. (2018). Taking Power Tools to the Acquis - The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law. En C. Geiger (ed.). *Intellectual Property and the Judiciary* (pp. 144-174). Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781788113083.00013>.
- Griffiths, J. y McDonagh, L. (2013). Fundamental rights and European IP law – the case of art 17(2) of the EU Charter. En C. Geiger (ed.). *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives* (pp. 75-93). Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781781001646.00014>.
- Helfer, L. (2008). The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, 49, 1-52.

- Husovec, M. (2019a). The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter. *German Law Journal*, 20(6), 840-863. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.65>
- (2019b). The Fundamental Right to Property and the Protection of Investment: How Difficult Is It to Repeal New Intellectual Property Rights. En C. Geiger (ed.). *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law* (pp- 385-405). Cheltenham: Edward Elgar.
- Lemley, M. (2005). Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, 83, 1031-1075. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.582602>.
- Minero, G. (2020). La armonización europea de la obligación de remuneración equitativa y proporcionada de autores y artistas por la cesión de derechos como paso 'sine qua non' para su verdadera tutela efectiva en el territorio europeo. En A. Díez Alfonso (dir.). *Cuadernos Jurídicos Instituto de Derecho de Autor* (pp. 121-140). Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- Muñoz Machado, S. (2015). Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Problemas de articulación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19(50), 195-230.
- Mylly, T. (2015). The constitutionalization of the European legal order: impact of human rights on intellectual property in EU. En C. Geiger (ed.). *Research Handbook on human rights and intellectual property* (pp. 103-131). Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781783472420.00017>.
- Oliver, P. y Stothers, C. (2017). Intellectual Property Under the Charter: Are the Court's Scales Properly Calibrated? *Common Market Law Review*, 54(2), 517-566.
- Peukert, A. (2011). Intellectual Property as an End in Itself? *EIPR*, 33, 67-71.
- Pizarro, E. (2012). *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramalho, A. (2016). *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking: A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*. Cham, Suiza: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-28206-0>.
- Rendas, T. (2021). Fundamental Rights in EU Copyright Law: An Overview. En E. Rosati (ed.). *The Routledge Handbook of EU Copyright Law* (pp. 18-38). London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781003156277-3>.
- Rubí, A. (2008). *Publicidad y libertad de expresión*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- (2020). Fairness v. welfare in the discussion of copyright laws and policies. En D. Gervais (ed.). *Fairness, Morality and Ordre Public in Intellectual Property* (pp. 76-95). Cheltenham: Edward Elgar.
- Sánchez Arísti, R. y Oyarzabal, N. (2020). La directiva de derechos de autor en el mercado único digital. Una regulación sobre la remuneración equitativa de autores y artistas en los contratos de explotación. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 40, 223-246.
- Sganga, C. (2021). Multilevel constitutionalism and the propertization of EU copyright: an even higher protection on a new structural limitation? En T. Mylly

- y J. Griffiths (eds.). *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism: Hedging Exclusive Rights* (pp. 1-34). Oxford: OUP.
- Van Houweling, M. (2019). Intellectual property as property. En B. Depoorter y P. Menell (eds.). *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law*, vol. 1 (pp. 2-26). Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781789903997.00006>.
- Xalabarder, R. (2020). The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art. 18 Copyright in the Digital Single Market Directive. *InDret*, 4, 1-51. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.01>.