

UN ACERCAMIENTO A LA RESPONSABILIDAD EN INTERNET

Introducción. 1. La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: Responsabilidad de los proveedores de contenidos y responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. 2. Responsabilidad en materia de protección de datos en la red. 3. Responsabilidad en materia de propiedad intelectual. 4. Otras cuestiones. 5. Conclusión.

Introducción

Así como nadie puede dudar de las innumerables ventajas y beneficios que presenta el desarrollo de las nuevas tecnologías, en general, y de la sociedad de la información, en particular, es también evidente que Internet, al ser el medio de comunicación social con mayor potencialidad divulgativa, ofrece un amplio campo para que se puedan lesionar derechos e intereses protegibles. El hecho de que, a veces, cuando se plantea la posibilidad o necesidad de evitar o limitar determinadas actuaciones en la red se acuda a la metafórica reflexión sobre la dificultad de ponerle puertas al campo no puede significar, ni mucho menos, que no debamos intentar proteger los derechos de las personas también en este ámbito, por más que la tecnología lo ponga muy difícil.

Si dejamos al margen conductas delictivas e infracciones administrativas y nos centramos en la protección privada de los derechos de los particulares observamos que en Internet se producen cada vez con mayor frecuencia conductas que atentan contra derechos de la personalidad como el honor, la intimidad o la imagen, contra el derecho de autodeterminación de los datos personales y también contra derechos de la propiedad intelectual. Además, si entrásemos en el ámbito puramente mercantil –algo que no se va a hacer aquí - veríamos que también se producen habitualmente infracciones de derechos de propiedad industrial o conductas que conforman actos de competencia desleal.

En relación con los tres primeros derechos mencionados, honor, intimidad e imagen, sabemos que es fácil que entren en colisión con el ejercicio de las libertades de expresión e información recogidas en el artículo 20 de la Constitución. Pues bien, este riesgo es aún mayor en entorno de Internet, en el que se ofrecen tan amplias posibilidades de divulgación de la información. Pero lo cierto es que la armonización o

coordinación de todos estos derechos, que como es bien sabido ha dado lugar a una profusa jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, no implica en principio problemas de fondo diferentes de los que hay que enfrentar cuando se utiliza cualquier otro medio de comunicación (en relación con el honor, básicamente el límite está en el insulto). Lo que ocurre es que las peculiaridades de Internet y las variadas posibilidades de operar que ofrece sí pueden plantear cuestiones colaterales que requieren soluciones específicas.

Lo mismo puede decirse en relación con la vulneración de derechos de propiedad intelectual. Los derechos que se protegen son los mismos que fuera de la red pero la complejidad de los medios tecnológicos hace dudar, en ocasiones, si efectivamente una determinada conducta propia de Internet como pueda ser enlazar es la que efectivamente atenta contra alguno de ellos desde una perspectiva legal.

Para empezar, en Internet muchas veces se opera desde el anonimato y así, aunque de hecho cabría rastrear la dirección IP de un ordenador de manera que se pueda llegar a saber desde dónde se ha emitido una determinada información, puede ocurrir que quien conoce ese dato se niegue a proporcionarlo amparándose en la protección de derechos de terceros. Pero incluso aunque se conozca esa dirección IP puede resultar difícil establecer la autoría material de la incorporación de los contenidos y todo ello con independencia de que puede haberse realizado en cualquier lugar del mundo. Se plantean entonces cuestiones de imputación de responsabilidad por contenidos ilícitos pues pueden verse involucrados el titular del aparato, quien efectivamente ejerce dominio o control sobre el mismo y quien hace pública información, que no tienen por qué ser la misma persona. Y además, incluso cuando no exista duda acerca del autor o suministrador de los contenidos - en web propia o de otro, en un blog, en un foro, en una red social, en una plataforma tipo youtube, etc. -, también puede resultar problemática la depuración de otras eventuales responsabilidades en relación con la potencial cadena de intervinientes pues es posible que esos contenidos hayan sido gestionados, administrados o moderados por otra persona que es la que realmente permite el acceso; y, en cualquier caso, es necesaria la intervención de los llamados, en general, prestadores de servicios de intermediación.

1. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: responsabilidad de los proveedores de contenidos y responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación.

Porque en Internet se puede operar de dos maneras. Se puede actuar como proveedor de contenidos, “colgando” o “subiendo” - utilizando terminología ya usada de manera habitual- la información a la red o gestionando contenidos de otros; pero también se puede intervenir, y además esa intervención es imprescindible, facilitando el acceso o utilización de la red. Nos encontramos entonces ante actuaciones de intermediación, realizadas por las personas físicas o jurídicas que permiten o facilitan el acceso a Internet y la transmisión de datos, como los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de acceso; que permiten o facilitan la realización de copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios o el hosting o alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, o que proporcionan instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet, como hacen las webs con hipervínculos o los buscadores.

La Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico prevé expresamente que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realicen funciones de provisión de contenidos quedan sometidos al régimen general de responsabilidad, civil, penal o administrativo que proceda. En el ámbito civil, por tanto, en los supuestos de daño extracontractual rige la normativa prevista en los artículos 1902 y siguientes del Código civil y, para los supuestos específicos en ellas reguladas, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de enero, de protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen y en su caso, la Ley de prensa e imprenta, la Ley 14/1999 Orgánica de Protección de datos y el RDLegislativo 1/1996 mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Orgánica de Propiedad Intelectual.

Por lo que se refiere a los prestadores de servicios de intermediación la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, de acuerdo con la Directiva que transpone y con su finalidad de potenciar la sociedad de la información – Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – prevé que no se les puede imponer una obligación general de supervisión de los datos que transmitan o almacenen ni de realizar búsquedas activas de hechos o actividades ilícitas. Es una previsión que se fundamenta en el

carácter meramente técnico, mecánico e instrumental de la actividad de los intermediarios que, en consecuencia, no controlan la información con cuya difusión colaboran. No obstante, según la misma normativa sí se les puede exigir la aplicación de un deber de diligencia que en el Derecho español se concreta en los artículos 14 a 17 de la LSSICE. Por lo que se refiere a los operadores de redes y proveedores de acceso no serán responsables por la información transmitida salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de los mismos (art. 15). Los prestadores que realizan copias temporales de los datos solicitados por los usuarios, no serán responsables si no modifican la información, permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita, respetan las normas generalmente aceptadas y empleadas por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información y retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido retirada del lugar de la red en la que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a ella o que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 16). Por último los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y los que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda (arts. 18 y 19) podrán ser responsables por la información almacenada a petición del destinatario o a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios si tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada o a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización salvo que actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos o, en su caso, suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se establece, por tanto, un régimen específico de exención de responsabilidad salvo que se den los presupuestos que la Ley establece. La determinación de la concurrencia o no de esos presupuestos opera como un filtro previo para que, en caso de que se den y el intermediario pueda ser responsable, se pueda pasar a determinar si efectivamente concurren los necesarios para poder decidir sobre la existencia de una específica responsabilidad civil, penal o administrativa de acuerdo con la normativa aplicable al supuesto concreto.

Ahora bien, con la literalidad de la ley la exención de responsabilidad no es aplicable a los prestadores de servicios de intermediación que no sean también servicios de la sociedad de la información, y no son servicios de la sociedad de la información los que no suponen una actividad económica para quien los presta. Esta actividad económica puede realizarse indirectamente solo por el hecho de financiarse por medio de banners publicitarios. Con un ejemplo, presta un servicio de la sociedad de la información quien realiza una actividad comercial en la red – servicios remunerados – o quien tiene una página web que recibe financiación por medio de banners publicitarios; no lo presta quien tiene una web sin publicidad. La consecuencia es que quien intermedia en la red sin ejercer una actividad profesional ni recibir ingresos directa o indirectamente queda sometido a un régimen de responsabilidad más riguroso que quien sí lo hace, en definitiva, un régimen más benévolo para quienes realizan una actividad económica que para quienes no lo hacen lo que como alerta la doctrina entra en clara contradicción con los principios de nuestro derecho de daños (Cavanillas Mújica, S. (2007). “La responsabilidad civil en internet” en: *La responsabilidad civil y su problemática actual* coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid, Dykinson, p.105) . Es por ello que partiendo de que la exención de responsabilidad no se basa en el carácter económico de la actividad, sino en que se trate de una actividad meramente intermediadora, técnica o instrumental, lo defendible es la aplicación analógica del régimen exonerativo para todos aquellos que presten servicios de intermediación, con independencia de que la actividad que realizan se pueda considerar económica o no (Cfr. Peguera Poch, M. (2007). “Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSI”, IDP Revista d’Internet, Dret i Política núm. 5 (<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>).

Pero a quienes entiendo que no debe aplicárseles el régimen más benévolo de los artículos 16 y 17 de la LSSICE es a quienes si bien realizan una actividad de intermediación en el sentido de que posibilitan a otros la utilización de la red para que puedan subir contenidos, previamente los controlan decidiendo que se incorporen o no a la red. Es lo que ocurre, por ejemplo, con webs – por ejemplo de diarios digitales -, foros o blogs que permiten a los usuarios incorporar sus contenidos pero cuyos administradores los editan previamente. Desde mi punto de vista su tratamiento debe de ser el de proveedores de contenidos.

Dije antes que los intermediarios – plataformas tipo youtube, webs con enlaces, buscadores, etc. – pueden responder si tienen conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la LSSICE se entiende que el prestador de servicios tiene dicho conocimiento “*cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”. No obstante la jurisprudencia, sobre la base de una interpretación basada en la Directiva, ha entendido que la presunción de la inexistencia de conocimiento efectivo puede ser destruida por medios distintos de la prueba de la existencia de una resolución declarativa de la ilicitud de los datos o de la existencia de la lesión, conocida por el prestador. Hay dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131) y la segunda de 10 de febrero de 2011 que claramente establecen que con la expresión “*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*” la Ley atribuye igual valor que al conocimiento efectivo en virtud de la existencia de una resolución “*al que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate*”. Incluso se admite como prueba del conocimiento efectivo el hecho de que la ilicitud de los contenidos almacenados o enlazados por el intermediario sea patente y evidente por sí sola. Un ejemplo es el que dio lugar a la primera sentencia mencionada en la que se condenó al titular del sitio web que alojaba direcciones gestionadas por un tercero – el titular de la web era la Asociación de Internautas y quien utilizaba sus servicios de intermediación la llamada Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE – por el hecho de que, por una parte, una de estas direcciones se denominaba abiertamente “putasgae” y, por otra, en todas ellas se recogían manifestaciones contra los miembros de la SGAE claramente insultantes.

Por el contrario, en la más reciente sentencia de la Sala de lo civil de 4 de marzo de 2013 no se considera que Google (demandado) tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud de una noticia supuestamente difamatoria a la que remitía porque si bien había habido incluso una resolución judicial en la que el autor de la información enlazada

reconocía la falsedad de la misma, el interesado no llegó a remitir al buscador una copia. El Tribunal considera que para entender probado el conocimiento efectivo de la ilicitud tampoco es suficiente con que quien se siente ofendido por una información lo comunique por escrito al prestador incluso anunciando que va a entablar acciones civiles, cuando la ilicitud no sea algo patente. Se trata de una aplicación ponderada de la norma que coincide con la que ya postulé al respecto en 2011 cuando planteé que con independencia que una interpretación abierta del conocimiento efectivo – no limitada a la existencia de una resolución conocida por el prestador - es la única adecuada de acuerdo con la Directiva, al menos en relación con la actividad de alojamiento de datos a que alude el artículo 16 de la LSSI pues a los enlaces, a los que se refiere el artículo 17, la Directiva no los menciona - y con una mayor protección de los derechos de la persona, es necesario que los tribunales sean especialmente rigurosos a la hora de darlo por probado por otros medios pues de otra manera se podrían poner en peligro las libertades de expresión e información. Del mero conocimiento del contenido de la información no debe inferirse directamente su contrariedad con el Derecho, por más que el afectado lo mantenga, salvo cuando sea algo evidente. De otra manera podrían potenciarse actitudes defensivas por parte de prestadores de servicios de intermediación que ante la comunicación de la mera posibilidad de que una información pueda ser ilícita se vean obligados retirarla. Porque en la mayoría de las ocasiones a lo único que puede llegar el intermediador es, efectivamente, a conocer la información y a saber que molesta a alguien, pero no a tener certeza de la ilicitud. Piénsese, por ejemplo, que si hablamos de intromisiones en el honor, la intimidad o la imagen, su calificación como tales requiere consideraciones jurídicas y ponderaciones entre derechos que el prestador puede no estar en disposición de realizar. En este sentido, aunque en materia de propiedad intelectual, el TJUE en sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10), al responder a una cuestión prejudicial, consideró que un requerimiento judicial en el que se imponga a un prestador de servicios de alojamiento de datos la obligación de establecer sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos que vulneren derechos de autor es contrario a la normativa comunitaria pues esa situación podría vulnerar la libertad de información al correr el riesgo “de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito”. Y fíjense hasta dónde puede llegar la duda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 considera como posible responsable al titular de un blog

(<http://www.merodeando.com>) que publicó una entrada titulada SGAE=ladrones que permitía enlazar directamente el segundo término con la web de la SGAE y alojar comentarios contra la misma, y sin embargo, no condenó por considerar que en ese contexto el término ladrones no vulneraba el honor de la entidad.

Los prestadores de servicios de intermediación tampoco responderán en el caso de que habiendo tenido conocimiento de la ilicitud de los datos que alojen o a los que enlacen hubiesen obrado con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos o para suprimir o inutilizar el enlace. En la doctrina de los tribunales encontramos ya ejemplos de conductas consideradas poco diligentes que han llevado a la inaplicación del régimen limitativo de responsabilidad lo que, como hemos dicho, abre la posibilidad de condena. Así, además del supuesto general de no retirar la información inmediatamente después de tener conocimiento de la ilicitud de la misma se ha considerado poco diligente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la información identificativa que los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen que ofrecer de acuerdo con el artículo 10 de la LSSI, información en la que se incluye dirección y dirección de correo electrónico, cuando debido a ello la persona que entiende que sus derechos están siendo vulnerados no puede ponerse en contacto con aquellos.

2. Responsabilidad en materia de protección de datos

Entrando ya en cuestiones más específicas, en relación con la protección de datos personales ya hemos comentado que un problema previo que se puede plantear a la hora de exigir responsabilidades en la red es que la información ilícita puede haber sido subida a Internet de forma anónima. Podría incluso ocurrir que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que pudieran proporcionar los datos del ordenador o del prestador de servicios del que provienen los contenidos se nieguen a ello sobre la base de la normativa de protección de datos. La dirección IP de un ordenador, por ejemplo, en la medida en que puede ser identificativa de una persona física ha sido considerada dato personal tanto por el Grupo de Trabajo del artículo 29 (creado por la Directiva de protección de datos e integrado por las Autoridades de protección de datos de los Estados miembros) como por el propio TJUE. En este sentido hay que tener en cuenta que la cesión de estos datos a requerimiento de la autoridad judicial está lógicamente prevista en nuestro derecho sobre la base, además, de la

obligación que precisamente tienen los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicación, de conservar los datos relativos a las comunicaciones (Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación)

En este orden de ideas aunque ceñido a la protección de la propiedad industrial o intelectual, en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se prevé añadir un nuevo subapartado 10º en el apartado 1 del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento civil que incluya como diligencia preparatoria del juicio la petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de esta naturaleza, *“de que se identifique con una dirección IP, nombre de dominio, dirección de Internet o dato similar de identificación, al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que se está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, de forma directa o indirecta, contenidos objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual. La solicitud de identificación podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad, que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de carácter económico con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar”*.

Por otra parte, sin perjuicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos personales que los titulares tienen frente al responsable o encargado del mismo cuando se den los presupuestos para ello y cuya tutela está encomendada a la Agencia Española de Protección de Datos, la LOPD prevé también la posibilidad de ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios cuando, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la misma se sufra daño o lesión en sus bienes o derechos (Art. 19). Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por tanto, de una concreción de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil – quizá en algún

caso deba calificarse de responsabilidad contractual – que ha sido calificada por la doctrina (Bustos Lago, “La responsabilidad civil de los servidores y operadores de datos” en *Seminario sobre protección de datos*, 2005, www.uclm.es), aunque no de manera unánime, como un supuesto de responsabilidad objetiva limitada por el hecho del incumplimiento objetivo de las disposiciones contenidas en la LOPD. Lo que sí parece claro es que, de acuerdo con la Directiva que la Ley traspone (Directiva 95/46/CE), se trata de una responsabilidad que surge del hecho del incumplimiento de las obligaciones que impone la Ley y de la que solo cabrá exonerarse cuando el hecho lesivo no sea imputable como consecuencia de la actuación de un tercero o de un hecho o acontecimiento que pueda calificarse como de fuerza mayor.

Pero previo a la determinación de una eventual responsabilidad en la red en este ámbito se plantean dos cuestiones. Por una parte, que aparte de los datos personales como elementos identificativos de la persona que podemos calificar como tradicionales, hay otros que surgen precisamente en el entorno de Internet. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la dirección IP ya mencionada o con las llamadas cookies o, más precisamente, los datos recogidos en virtud de las cookies. Las cookies son dispositivos que permiten almacenar y recuperar datos que se encuentran en el terminal del usuario del servicio de la sociedad de la información – p. ej. hábitos de navegación – y aunque obviamente no siempre llevan a conocer el nombre y apellidos de quien navega por la red desde un determinado terminal – tampoco la dirección IP – combinados pueden generar un perfil que permite tomar decisiones con respecto de una persona. Si bien es cierto que existen opiniones que defienden que extender de tal manera el concepto de datos personales va más allá de lo que establece la Directiva además de generar problemas de eficacia en orden a su protección, en general la normativa de protección de datos se extiende a las cookies. Más específicamente y tras la trasposición de la Directiva 2002/58/CE (modificada por la 2009/136/CE) realizada por el Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de marzo que da una nueva redacción al artículo 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, la utilización de cookies exige consentimiento informado de los usuarios, salvo excepciones. El precepto (artículo 22) es ambiguo en cuanto a la manera en que debe o puede recabarse dicho consentimiento, pues dice que “podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél (el usuario) deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto”. La interpretación que propone

la Agencia Española de Protección de Datos en su Guía sobre el uso de las cookies, acorde con la del Grupo de Trabajo del artículo 29 es que el consentimiento puede obtenerse a través de los parámetros adecuados del navegador, siempre que el usuario reciba la información adecuada y suficiente sobre los fines del tratamiento de los datos y sobre cómo revocar el consentimiento para su uso y consiguiente eliminación, y que realice una acción expresa para modificar la configuración predeterminada que por defecto rechace la recogida y tratamiento de la información.

En segundo lugar, se plantea a quién o quiénes hay que considerar responsables del tratamiento de los datos en el sentido de tener el control de los mismos en cuanto a poder de decisión sobre la finalidad del fichero, contenido del mismo, y uso de los datos. En este sentido no hay problema en calificar como tales a los titulares de páginas web que traten datos como ya hizo el TJUE en la sentencia de noviembre de 2003 en la que se dice que *“la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un tratamiento total o parcial de datos personales”* (C-101/01).

La duda surge respecto de los buscadores, a los que la Agencia sí parece considerar responsables del tratamiento y, por tanto, sometidos a la Ley Orgánica de Protección de Datos. Si esto es así, frente a ellos se pueden ejercitar los derechos ARCO y, en su caso, reclamar la indemnización que corresponda. Sin embargo, en las conclusiones que ha presentado al Tribunal de Justicia de la UE el Abogado General Nilo Jääskiven en la cuestión prejudicial planteada por el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2012 como consecuencia del recurso presentado por sociedades del Grupo Google ante decisiones de la AEPD en las que se le obliga a desindexar contenidos que recogen datos personales que el interesado considera obsoletos – concretamente un embargo del que había sido objeto muchos años atrás -, considera que los motores de búsqueda realizan tratamiento de datos pero no son responsables del tratamiento de los contenidos en las páginas web fuente en cuanto que no es el buscador el que determina los datos y los fines de los mismos. Se fundamenta además en una interpretación teleológica que parte de apreciar que cuando se aprobó la Directiva de protección de datos los buscadores de Internet no existían o estaban empezando de manera que no podía saberse que llegaría un día en que podría accederse

“desde cualquier parte del globo a inmensas masa de documentos y archivos electrónicos y que sus contenidos podrían copiarse, analizarse y difundirse por partes que no guardan relación alguna con sus autores o con quienes los han cargado en su servidor de alojamiento conectado a Internet”. Habrá que esperar la decisión del Tribunal.

3. Responsabilidad en materia de Propiedad Intelectual

Si nos centramos en materia de Propiedad Intelectual, en cuya Ley se prevé la posibilidad de ejercitar una acción de cesación frente a quienes atenten contra derechos de esa naturaleza, así como de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, incluidos los morales, se plantean también algunos problemas específicos. Así, por ejemplo, actualmente existe la duda de si la actividad de introducir enlaces o hipervínculos a otras páginas web es una actuación que por sí misma atenta contra los derechos de propiedad intelectual en caso de que no exista consentimiento del titular de la página enlazada, pues las webs son indudablemente obras protegidas en cuanto sean creaciones originales de su autor o, en su caso, de los autores de los contenidos protegidos alojados en aquellas. También se discute si el enlace a una red que permite el intercambio de archivos protegidos – películas o canciones – sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual es o no ilícito y puede dar lugar o no a responsabilidad, de manera directa, con independencia de la que pudiera surgir como intermediario en aplicación del artículo 17 de la LSSI.

Las soluciones que se han ofrecido hasta hoy han venido siendo contradictorias pues todo depende de si enlazar se considera o no comunicar públicamente la obra en el sentido de permitir el acceso a la misma a una pluralidad de personas, en cuyo caso se necesitaría autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. En general los tribunales venían entendiendo que, a diferencia de las webs de descarga directa de materiales protegidos o de *streaming* (audición sin descarga), que sí vulnerarían los derechos de propiedad intelectual, enlazar no supone un acto de comunicación pública pues al menos los enlaces simples lo único que hacen es facilitar el acceso a la página principal de la web enlazada sin tener que teclear la dirección. Siempre se ha discutido más la situación de los enlaces profundos que redirigen no a la página principal de otra web sino a contenidos internos o de las que enmarcan dichos

contenidos en la propia web enlazadora. En cuanto a las redes P2P, se venía también entendiendo que quien remite a una red de esta naturaleza, cuyo uso no sería ilegal en sí mismo, no está reproduciendo ni comunicando públicamente unas obras cuyos archivos pasan directamente de los servidores de unos usuarios a otros. (Auto 52/2012 AP Álava, 3 de febrero de 2011, 369/2011 AP Madrid, 30 junio 2011, 8 marzo 2011, Auto 202/2011 AP Madrid, SAP Barcelona de 24 de febrero de 2011, AC 2011/1986 o SAP Barcelona de 7 de julio de 2011 (2011/1505). En contra, por ejemplo, SAP de Vizcaya de 27 de septiembre de 2011).

También es cierto que hay quien como Sánchez Aristi defiende que los operadores de redes P2P sí pueden ser calificados como infractores en los términos recogidos en el artículo 138 de la LPI pues son conscientes de que se utilizan para vulnerar masivamente derechos protegidos y no adoptan ninguna medida tecnológica para evitarlo. Además, se lucran con ello. Desde esta perspectiva cabría plantearse la solicitud de cesación de su actividad y que sean condenados al pago de una indemnización.

En cuanto a la conducta de los propios usuarios, dice la SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011 que quien dispone de un archivo musical protegido y lo pone a disposición de cualquiera mediante su introducción en una carpeta de archivos compartidos – el usuario de la red P2P – sí atenta contra los derechos de propiedad intelectual (AC 2011/1986). Por lo que se refiere a quienes descargan los archivos, su actuación se ha pretendido amparar en el límite de la copia privada que, según la redacción actual de la Ley de Propiedad Intelectual es la que realiza una persona física para su uso privado de obras a las que se haya tenido acceso legalmente y no es objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Se ha defendido en este sentido que el usuario accede legalmente a la obra desde el momento en que la descarga de una red de intercambio que en sí misma no es ilegal pues puede servir para intercambiar archivos no protegidos. Se plantea entonces la interpretación de si ese acceso legal que se exige se refiere a la legalidad del propio acceso o legalidad de la fuente, opción esta segunda por la que me inclino pues parece lógico pensar que el legislador pretendía que no fuese legal acceder, por cualquier medio, a obras protegidas cuando el titular de los derechos de propiedad intelectual no había dado su autorización para ello. Además, en la mayor parte de los casos la copia descargada sí será objeto de utilización colectiva en tanto en

cuanto el usuario receptor la suba a su vez a carpetas compartidas y la ponga a disposición de todo el mundo (Peguera Poch, M., Enlaces, descargas, y puesta a disposición en redes P2P, La Ley, nº 7462, martes, 7 de septiembre de 2010, p.11).

Dejando al usuario y volviendo a las páginas de enlaces a otras que alojan contenidos protegidos contra la voluntad de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, de lo que no cabe duda es de que, en su caso, colaboran o facilitan la ilicitud. Desde esta perspectiva aun cuando no se pudiera determinar la infracción directa de derechos de propiedad intelectual y, por tanto, concluir con una condena a indemnizar lo que sí podría solicitarse al amparo del artículo 138 LPI (párrafo tercero) es la medida de cesación de la actividad, prevista en el 139.1 h, en cuanto según las circunstancias puedan calificarse de intermediarios a cuyos servicios ha recurrido un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en la ley aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción (sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). Pero además actualmente se defiende que cuando el enlace se rodea de valor añadido como ocurre, por ejemplo, en una web en la que existan miles de links organizados por temas y acompañados de comentarios sobre la valoración de los internautas sobre el contenido enlazado, la actuación va más allá de constituir una actividad de intermediación para pasar a ser una actividad de explotación de derechos de propiedad intelectual ajenos, concretamente comunicación pública, ilícita en sí misma y susceptible de generar directamente responsabilidad (vid. Sánchez Aristi, R., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 5/2012). De hecho en los últimos meses los medios de comunicación se han hecho eco de distintas condenas penales de titulares de webs de enlaces por entender que se cumplen todos los requisitos del artículo 270 del Código penal aun con su redacción actual: comunicación pública de obras protegidas, ánimo de lucro y perjuicio de terceros. La condena penal llevará aparejada como responsabilidad civil la adopción de las medidas previstas en la LPI: cesación de la actividad ilícita e indemnización.

Precisamente la futura reforma de la LPI afronta estas cuestiones con la pretensión de dejar claro el carácter ilícito de la actuación de las webs de enlaces a obras protegidas o a redes P2P. Además se potencian las competencias de la Comisión de Propiedad Intelectual en lo que denomina *función de salvaguarda de los derechos en el entorno*

digital frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. El procedimiento, que el Anteproyecto de reforma califica como de restablecimiento de la legalidad, se dirigirá contra los prestadores de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa y, en concreto, contra quien facilite la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización desarrollando una labor activa y no neutra y no limitándose, por tanto, a mera intermediación. En particular se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones protegidas, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

En relación con los meros hipervínculos o enlaces (no ya con las webs de enlaces a contenidos protegidos sin autorización del titular de los derechos de autor que no las haya puesto a disposición de cualquier usuario en Internet) precisamente en 2012 (el 18 de octubre) la Corte Sueca de Apelación ha presentado varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE solicitando que se concrete si enlazar constituye, o no, un acto de comunicación pública (Asunto C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjörgren, Madeleine Sahlman, Pia GDA c. Retriever Sverige AB). La respuesta positiva podría significar, en principio, la ilegalidad de hacerlo sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual de la página enlazada aun cuando este no haya manifestado su voluntad en contrario y los contenidos se encuentren en Internet a disposición de cualquier usuario. Al respecto la European Copyright Society, integrada por prestigiosos académicos europeos expertos en Propiedad Intelectual, se había manifestado en el sentido de que el establecimiento de enlaces a páginas protegidas no constituye un acto de comunicación pública conforme al Derecho de la Unión. La doctrina española más actual sin embargo ha contestado esa interpretación apoyándose precisamente en la jurisprudencia del TJCE cuando considera como acto de comunicación pública cualquier intervención que proporcione el acceso a una obra protegida (Ramírez Silva, P., Los enlaces en Internet, Indret, 2/2013). Las consecuencias de esta interpretación, que podrían asustar en tanto en cuanto implicarían que en la actualidad se están cometiendo diariamente muchos más millones de infracciones de los derechos de autor en Internet que las que ya se sabe que se cometen, tratan de mitigarse por los mismos que la defienden con argumentos a tener en cuenta como la teoría del límite de la licencia implícita conectada con la de los actos propios o

abuso de derecho que, resumidamente, significa que quien realiza o “cuelga” una obra protegida en la red y no expresa claramente su negativa a que sea enlazada o incluso lo impide técnicamente – lo que es factible – tácitamente está autorizando que su obra sea comunicada públicamente por esta vía y, por tanto, quién enlaza no estaría sujeto a responsabilidad (Sánchez Aristi, 2012, Ramírez Silva, Indret 2/2013). Al fin, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, responde a las cuestión planteada concluyendo que “el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet”. Se argumenta que aunque enlazar, al dirigir hacia la página enlazada a un número indeterminado y considerable de destinatarios, supone una comunicación a un público, no constituye la “comunicación al público” que es presupuesto de la infracción de los derechos de autor en tanto en cuanto para ello es necesario que dicha comunicación se dirija a un público nuevo en el sentido de un público que no haya sido tomado en consideración por el autor cuando autorizó la comunicación inicial, lo que no ocurre en estos casos en los que al “subir” la información abiertamente a la red todos los internautas podían consultarla libremente desde el primer momento.

4. Otras cuestiones

Estos no son ni mucho menos los únicos problemas que pueden plantearse en el entorno digital en relación con la responsabilidad de quienes actúen en el mismo, bien como usuarios o bien como prestadores de servicios de la sociedad de la información. He tratado de poner sobre la mesa algunos de las más relevantes jurídicamente a día de hoy pero la problemática va mucho más allá y así, por ejemplo, podemos plantearnos también si existe alguna posibilidad de defensa frente a atentados contra la identidad en la red o si se trata de conductas que hay que admitir como tolerables. Así, por ejemplo, en el diario español El País, en un artículo de opinión publicado el 23 de octubre de 2012, el novelista y escritor Mario Vargas Llosa comentaba lo que le había ocurrido a

otro escritor, en este caso el norteamericano Philip Roth, que había enviado una carta abierta a Wikipedia por medio del The New Yorker el 7 de septiembre del mismo año con la pretensión de que se modificara información errónea publicada en la wiki sobre quién era la persona que había inspirado su novela “La mancha humana”. Desde Wikipedia se le contestó que pese a reconocerle “una indiscutible autoridad sobre su propia obra” no bastaba con su palabra sino que eran necesarias “otras fuentes secundarias”. Al parecer, también al propio Vargas Llosa se le atribuyó en Internet la autoría de dos textos que nunca ha escrito realmente, uno al parecer bastante o muy malo y el otro malintencionado. Los conflictos que afectan a la tergiversación de la identidad de una persona, entendida en sentido amplio como derecho a que se respete la realidad en cuanto a lo que uno ha hecho o no ha hecho, ha dicho o no ha dicho, o piensa o deja de pensar, adquiere especial relevancia nuevamente debido a la proyección que tiene la red que, además, permite que las actuaciones de cualquier persona, en cualquier momento – y hay millones de usuarios activos cada día “subiendo” información visible – tenga a veces incluso la misma potencialidad dañina que los medios (piénsese, por ejemplo, en la página de un bloguero muy visitada). Lo cierto es que aquí, como tantas veces ocurre, el límite entre lo tolerable y lo perseguible es muy difuso de tal manera que habría que determinar si, efectivamente, ese posible “derecho a la identidad” constituye a día de hoy en nuestro ordenamiento un interés jurídicamente protegible de manera que el daño o lesión que se produzca pueda ser calificado de antijurídico. Además, aun cuando lo entendiésemos así, descubriríamos que los remedios jurídicos tradicionales que se nos ofrecen resultan bastante ineficaces.

5. Conclusión.

En definitiva, aparte conclusiones puntuales podemos llegar a la más general de que siendo necesario asumir que el desarrollo de la sociedad de la información conlleva riesgos inevitables y que incluso puede exigir renunciaciones, la cuestión se centra en la necesidad de encontrar el equilibrio entre intereses contrapuestos que es en definitiva lo que siempre se plantea en el mundo del Derecho.

Dolores Palacios González
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Oviedo