

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE  
BARCELONA**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Privado**

**“LA NUEVA CARA DE INTERNET: SUS REPERCUSIONES EN EL  
PERIODISMO DIGITAL, LOS RIESGOS Y RETOS DE LAS  
INFORMACIONES ENCONTRADAS EN LA RED”**

Tesis Doctoral realizada por  
**Carolina Muller Beduschi**

Tesis Doctoral dirigida por

**Dra. Maria Isabel Martínez Jiménez, catedrática de Derecho  
Mercantil**

Bellaterra, Junio de 2015.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11

### **CAPITULO I: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR DEL PERIODISTA EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.**

1. Una introducción al derecho de autor y los riesgos de las nuevas tecnologías.....	18
1.1 La incidencia de las nuevas tecnologías sobre determinados aspectos relacionados con los derechos morales.....	22
1.2 La incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos patrimoniales o de explotación.....	26
2. Los riesgos e incertidumbres surgidos con el derecho de autor periodista en internet.....	34
2.1 Algunas excepciones o límites relacionados con el derecho de autor periodista en el entorno digital.....	37
2.2 Los mecanismos de control encontrados en las nuevas tecnologías.....	53
3. La cesión y la gestión colectiva de derechos de autor en el entorno digital.....	56
3.1 La cesión de derecho de autor de los periodistas y las obras colectivas.....	59
3.2 Las gestiones colectivas de derecho de autor, en especial de los periodistas.....	63

**CAPITULO II: EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS, EN ESPECIAL INTERNET, EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN.**

4. Los ilícitos civiles en internet: La intromisión en el honor, en la intimidad personal y familiar y la propia imagen.....	68
4.1 El derecho al honor en internet.....	70
4.2 El derecho a la intimidad en internet.....	72
4.3 El derecho a la propia imagen en internet.....	73
4.4 Los límites del honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información.....	75
4.5 El derecho de rectificación y su aplicabilidad en internet.....	82
5. La protección civil de los derechos a la honra, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.....	84
5.1 Las intromisiones ilegítimas al derecho al honor en internet.....	85
5.2 Las intromisiones ilegítimas a la intimidad personal y familiar.....	86
5.3 Las intromisiones ilegítimas a la imagen.....	87
5.4 Los requisitos de antijuricidad, perjuicio y culpabilidad. Y la reparación de la intromisión.....	87
6. La imputación de la responsabilidad civil por las intromisiones ilegítimas realizadas por medio de internet.....	88
6.1 La responsabilidad civil de las intromisiones ilegítimas en internet.....	93
6.2 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por las intromisiones ilegítimas en internet.....	98
6.3 La Responsabilidad civil de los nuevos formadores de opinión en internet: Redes sociales, bloggers, canal de noticias, chats, etc.....	102
6.4 La tendencia de impulsar el anonimato en internet.....	106

7. La autorregulación y la regulación del deber de colaboración y supervisión de contenidos en internet.....	108
7.1 El control de contenidos y la inexistencia de una obligación de supervisión en internet.....	110
7.2 El deber de colaboración y diligencia razonable en internet.....	114
7.3 Los códigos de conductas en internet y otras formas de seguridad en internet.....	117

**CAPITULO III: LA IDENTIFICACIÓN DEL USUARIO COMO EL TRANSMISOR DE LA INFORMACIÓN DELICTIVA EN EL PERIODISMO DIGITAL. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA SEGURIDAD EN INTERNET: LA CRIPTOGRAFIA Y FIRMA DIGITAL.**

8. La determinación del usuario como responsable de la información delictiva en el periodismo digital.....	120
9. El anonimato y el derecho a la intimidad en el periodismo digital.....	124
10. La intimidad del usuario en internet en el derecho al secreto de las comunicaciones.....	130
11. La ley de protección de datos en internet. Su armonización internacional y control de transferencia.....	137
11.1 El marco regulador de la protección de datos.....	139
11.2 La autorregulación en la red. La definición y la protección de los datos de carácter personal.....	140
11.3 La delimitación de los servicios. Principios de protección de datos y la política de protección.....	141
11.4 El tratamiento de los datos en el marco de los servicios de páginas web y en las redes sociales.....	144
11.5 De la obligación de retención de datos.....	147

12. La vulnerabilidad de la información y los sistemas criptográficos. Aplicaciones y políticas.....	149
13. La firma digital como seguridad jurídica preventiva. Sus presupuestos normativos y efectos jurídicos.....	151
14. La intervención de los prestadores de servicios de certificación, y sus obligaciones encontradas en la Directiva Europeo sobre la Firma Electrónica y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.....	158
15. La responsabilidad civil en materia de firmas electrónicas.....	165

**CAPITULO IV: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA  
ACTIVIDAD PERIODISTICA EN INTERNET Y RÉGIMEN DE  
EXCLUSIONES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS.**

16. La intermediación y responsabilidad civil en internet y su régimen jurídico aplicable.....	170
16.1 La identificación y el anonimato en Internet.....	173
16.2 La deslocalización en internet: el problema de la ley aplicable y la jurisdicción competente.....	175
16.3 La vulnerabilidad de la información. Los perfiles y elementos de la responsabilidad en internet.....	179
16.4 Las características de la actividad de los intermediarios en internet y su responsabilidad civil.....	182
16.5 La responsabilidad solidaria de los periodistas, directores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros por las actividades de los medios informativos y su asimilación con los intermediarios en internet.....	184
17. Los sistemas de exclusión de responsabilidad en la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8	

de junio de 2000) y en la Ley de servicios de la sociedad de la información Española (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).....	188
17.1 Las reglas para la atribución o las condiciones de exoneración de responsabilidad civil.....	191
17.2 La exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de transmisión, alojamiento o almacenamiento de datos, copia temporal, enlaces a contenidos y instrumentos de búsquedas.....	194
18. Las principales divergencias para la exclusión de responsabilidad civil, y el problema del conocimiento efectivo previsto en los artículos 16 y 17 de la LSSICE.....	200
18.1 Los servicios en internet que no representan una actividad económica.....	201
18.2 La exclusión de responsabilidad de los servicios de enlaces a contenidos e instrumentos de búsqueda en internet.....	203
18.3 El problema del conocimiento efectivo previsto en los artículos 16 y 17 de la LSSICE.....	205
18.4 El deber de diligencia, detección y retirada de los proveedores de servicios en internet.....	215

**CAPÍTULO V: LOS RIESGOS Y RETOS A SUPERAR EN LA WEB 2.0 Y EL  
NUEVO MARCO ECONOMICO DE INTERNET**

19. Los riesgos de los ataques no aparentes de internet.....	225
20. El nuevo marco económico y el cibermarketing.....	227
21. La privacidad y las comunicaciones electrónicas.....	230
22. La vulnerabilidad de la protección de datos de carácter personal.....	235

23. Los peligros invisibles para la privacidad en internet.....	248
24. La identidad electrónica y el robo de identidad.....	254
25. Una nueva forma de acoso y las nuevas tecnologías.....	261
26. Ciberacoso, Intimidad y libertad sexual en internet.....	263
27. El poder y los riesgos inherentes de las redes sociales.....	269

**CAPÍTULO VI: UN ANALISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN EL DERECHO BRASILEÑO.**

28. La regulación del uso de internet en el derecho brasileño.....	275
28.1 Los derechos y libertades en la Red.....	277
28.2 La aplicabilidad del derecho preexistente y la responsabilidad civil en internet, encontrada en el derecho brasileño.....	281
28.3 La aplicabilidad del Código de Defensa del Consumidor brasileño.....	284
29. Los prestadores de servicios en internet.....	288
29.1 Los deberes u obligaciones de los prestadores de servicios en internet...	291
29.2 La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet por sus propios actos.....	294
29.3 Los prestadores de servicios en internet que controlan previamente el contenido de sus usuarios.....	300
29.4 La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet por actos de sus usuarios.....	304
30. El novedoso Marco Civil de Internet y el anonimato desde la perspectiva del derecho brasileño.....	319

30.1 La identificación y la tutela jurídica en internet.....	321
30.2 El Marco Civil de Internet, proyecto de Ley núm. 2.126/2011 del Senado Federal.....	322
30.3. El Marco Civil de Internet, Ley brasileña núm. 12.965/14 de 23 de abril.....	329
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>343</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>362</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA BRASILEÑA.....</b>	<b>380</b>
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>385</b>
<b>LEGISLACIÓN BRASILEÑA.....</b>	<b>393</b>
<b>PAGÍNAS WEB CONSULTADAS.....</b>	<b>395</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>398</b>
<b>JURISPRUDENCIA BRASILEÑA.....</b>	<b>404</b>

## ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Comunidad Europea
DCE	Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico
DDASI	Directiva 2001/29/CE de derechos de autor y afines en la sociedad de la información
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LSSI	Ley de servicios de la Sociedad de la Información
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PJ	Poder Judicial
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
STJ	Superior Tribunal de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TR	Texto Refundido
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

Con la inclusión de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana se crearan grandes expectativas en todo lo relacionado con la red. O por la complejidad de la materia, o por los conflictos de interés envueltos, lo que podemos observar es que las actuales legislaciones están cargadas de incertidumbres relacionadas con las nuevas tecnologías y los riesgos ocasionados por su manipulación.

Internet nació para una comunicación libre, sin controles administrativos, sin fronteras en la comunicación, un espacio abierto y libre de trabas burocráticas. Consiguió los niveles más altos de información, unió muchas culturas y diversidades. El éxito de internet es irrefutable, cada usuario, atendiendo una serie de normas técnicas y de buen uso, es dueño de sus informaciones. No nos caben dudas que la informatización de la información nos ha traído un cambio de forma y medio de participar en la sociedad. Democratizó las noticias publicadas, los consumidores además de informarse, puedan comunicarse, manifestar opiniones, intercambiar conocimientos, divertirse, a través de sus diversas características, como hipertextualidad, la multimedialidad y la interactividad. Sin embargo, esta internacionalización de la comunicación tiene riesgos y dificultades para todas las partes envueltas en su uso.

Uno de los grandes afectados por la inserción de internet en la vida cotidiana de la sociedad fueran los periodistas que han visto la información circular de una forma nunca imaginada por el medio. De la misma manera el ingreso de sus obras en un soporte digital repercutió ineludiblemente en sus derechos de autor. Son innumerables los beneficios que nos proporciona el acceso inmediato de la información que circula en internet, pero también nos ocasiona una amenaza y pérdida de control de alguno de los derechos ya conquistados. Por este motivo el desarrollo del derecho de autor en el entorno digital, obligaran a los periodistas a adaptaciones inmediatas. Una de los pilares del funcionamiento de internet, es que las informaciones que circulan en la red, sean más rápidas y accesibles a un mayor número de personas, pero no garantiza el valor y la calidad de esta información, en este sentido todos los ciudadanos salen perdiendo. Así como internet ha ocasionado muchos conflictos entre el medio periodístico, en lo que se refiere a los derechos de autor, también ha incentivado a muchos periodistas a utilizar la red para promocionar, publicar y difundir sus obras. Hay una necesidad inmediata en

adaptarse a las nuevas formas de comunicar en la red, pero también hay una necesidad de adoptar medidas tecnológicas de seguridad eficaces para la protección al derecho de autor.

Debemos observar que los medios de comunicaciones son hoy los grandes transmisores de información. El mercado de noticias puede alcanzar cifras increíbles, no obstante puede ser el grande violador del derecho a la intimidad ya que es tan difícil adecuar los límites de la libertad de información. De la misma forma la cantidad indiscriminada de informaciones en los momentos actuales haz con que sea una tarea ardua el ejercicio del control por parte de los periodistas, pudiendo la información ser destorcida por el informador y la noticia ser distanciada de su verdadero sentido. En todos los casos los profesionales del medio deben tener siempre como límite y respecto la intimidad de los protagonistas. El periodismo debe actuar bajo los principios de ética profesional, así como evaluar las demandas del público y actuar con valores, lo que no ocurre en relación a la información divulgada por los usuarios no profesionales.

Por otro lado, ya que con la inserción de internet la información es transmitida por toda la sociedad, encontramos la necesidad de protección de los derechos fundamentales, en especial la intimidad, en este nuevo entorno. El derecho la intimidad implica a los usuarios un ámbito propio y reservado frente las acciones y conocimientos de los demás. Este derecho impone a los terceros una obligación de abstenciones de intromisiones del ámbito íntimo personal y familiar. Cualquier intromisión ilegítima y injustificada en la esfera individual de la persona implicaría a una limitación a libertad propia de la misma. Aparte de garantizar la vida personal del individuo contra las intromisiones ilegítimas por parte de terceros, el derecho a intimidad prohíbe la revelación, divulgación o publicidad no autorizada por el titular de sus datos íntimos.

No obstante este derecho a la intimidad, así como los derechos honor, y la propia imagen no son absoluto y encuentran sus límites, de más o menos, justa reciprocidad por el derecho a la información y la libertad de expresión encontrados en la Constitución Española. En este sentido es común encontrar que estos derechos entren en conflicto ya que son unos de los más importantes principios morales del estado democrático. En la práctica los riesgos y límites derivan del ejercicio de uno o de otro derecho.

Sabemos que el derecho de información y libertad de expresión son fundamentales al estado democrático, esto viene por la necesidad de los ciudadanos de disponer de las informaciones para que tomen sus decisiones de forma libre e independiente. En tesis, no hablaríamos de intimidad se no hubiera la información o bien el ejercicio de la libertad de expresión que nos permite construir e desarrollar nuestra intimidad. A parte de esto no podemos olvidar que el derecho a la información se asienta en el interés general de la sociedad.

No solamente encontramos en la constitución española la protección de la intimidad, la honra y la propia imagen, encontramos también la protección del derecho de las comunicaciones, que trasciende en algunos casos, la protección de la intimidad, ya que las comunicaciones resultaran protegidos independientes de su contenido, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género. En este trabajo veremos que, sea cual sea el ámbito de protección de la comunicación, la norma constitucional se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros. Es decir, la norma constitucional garante la impenetrabilidad por quien es ajeno al proceso de la comunicación. Para la norma las comunicaciones son secretas, mismo siendo intimas. No obstante la norma no ampara el contenido de la comunicación frente a otra parte, la obligación de secreto es siempre frente a terceros que no interfieren en la comunicación.

La identificación en internet, el anonimato o la facilidad del mismo, es otra grande preocupación al uso de las nuevas tecnologías y sus beneficios. La falta de punibilidad en virtud del fallo en la identificación de los usuarios puede generar una sensación de incredibilidad y desconformo en la sociedad. Internet ha cambiado la escasez de informaciones y la escasez de comunicaciones, no obstante la preocupación que incide en la cualidad, es la autoría y veracidad de la misma, ya que en esta nueva sociedad la velocidad es pieza clave en su funcionamiento. En efecto, el anonimato en internet es motivo de muchas controversias relativas a los derechos de los usuarios en la red. Es a través de anonimato podemos expresarnos libremente, fomentando el estado de derecho y la democracia.

En este sentido, observamos un interés de los estados en proteger el anonimato en internet. No obstante, debemos analizar cuando el anonimato puede ser sinónimo de impunidad, o por los menos, que los usuarios tengan esta sensación de impunidad. Pese

existir justificaciones para limitar el anonimato, como la eficacia de la investigación policial, el terrorismo, el cibercrimen, no es suficiente para que se efectúe este límite. Estos límites podrían afectar definitivamente los derechos fundamentales, y cualquier restricción a estos derechos podrían ser desproporcionadas y en todo caso ser consideradas inconstitucional. Las infomaciones ilícitas en la red, el cibercrimen, el acoso por medio de internet, ganan fuerza con el uso de las nuevas tecnologías. Pese todos los derechos fundamentales evueltos, la sensación de impunidad que genera el anonimato, y la insuficiencia legal entre otras cosas son retos que debemos superar. Las autoridades competentes pueden retirar una información de la red, no obstante no pueden reparar el daño ocasionado, muchas veces psicologicos.

En efecto, todas estas preocupaciones en el entorno digital nos hacen pensar sobre la seguridad y confianza de la red, y que soluciones podremos encontrar para garantizar esta seguridad y confianza. Por este motivo uno de los objetivos de este trabajo también será la autenticidad en la red, la criptografía. Teniendo en cuenta que los datos en internet se pueden robados, se hace necesario de que de alguna forma podemos protegerlos. Es a través de la criptografía que encontraremos las respuestas para algunos problemas relacionados con esta protección. Se busca en la criptografía un instrumento por lo cual proporcione la seguridad a la transmisión y almacenamiento de datos. La misma transforma los datos para ocultarlos, evita la modificación y uso no autorizados.

Otra forma de autenticidad en internet encontramos en las firmas digitales, que surge como un instrumento cuyo objetivo también es dotar seguridad e confianza en las relaciones encontradas en la red. Resulta necesario garantizar claves determinantes de seguridad de las transacciones en la red, como la autenticación o autoría, la integridad del mensaje, el rechazo o repudio en origen o destino, y la privacidad o confidencialidad del mensaje. En internet existen distintos sistemas de identificación, en que una persona dice ser quien es, desde los más simples a los más complejos. Con el objetivo de traer a internet una función análoga de lo que anteriormente encontrábamos en la firma manuscrita, encontramos la firma electrónica como un medio de garantizar esta seguridad jurídica en la red, la integridad e inalterabilidad de documento.

Por otro lado, entre los riesgos ligados al desarrollo de internet, la protección de datos gana fundamental importancia. Sabemos que por su organización abierta y la globalización de la información, los datos de carácter personal inherentes a los usuarios se tornan de fácil captación, muchas veces sin que los mismos tengan conocimientos de estos datos. En este sentido la eficacia de controles legales se torna ineficaz y por su vez los mecanismos de protección surgen como un desafío a superar. Con el objetivo de garantizar el derecho fundamental de la protección de datos personales hay una imposición estricta de conservación de estos datos centrada en el control y restricción de su tratamiento. Como también debido a los riesgos significativos unidos a la dimensión de la amenaza los ordenamientos jurídicos se ven obligados a imponer a esos prestadores de servicios específicas obligaciones.

Con el interés de alcanzar un elevado nivel de protección de datos personales las organizaciones gubernamentales intentan crear un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales. Fijan condiciones generales y establecen reglas más específicas, regímenes particulares al tratamiento de los datos personales.

A cada día podemos encontrar sistemas y equipos informáticos más modernos con una capacidad mayor de almacenamiento y con una reducción significativa en los costos. Hoy no se hace necesario un poder de adquisición muy alto para la compra de un equipo informático ni tampoco conocimientos específicos o avanzados. Cada vez más los sistemas operativos y los programas están más simples de forma que cualquier persona sin conocimiento en informática podrá utilizar se popularizando la información e internet. Con todos estos avances y estas reducciones de los costes para la adquisición, conexión y acceso a la red, no son suficientes para garantizar la protección de la información o de los datos personales, incluso se tornó más común las agresiones a estos derechos.

Por otro lado, podemos afirmar que las nuevas tecnologías instauraran un nuevo marco económico y abrieran el camino para el desarrollo de nuevas técnicas de comunicación y formas de publicidad y marketing. Son incuestionables por ejemplo, las ventajas que encontramos en el cibermarketing y ciberpublicidad frente a los medios tradicionales. Las empresas de diversificados sectores actualmente consideran esencial

darse conocer por internet. Diversas son las razones para este aumento significativo del cibermarketing, entre ellas los costes más bajos y la posibilidad de llegar con precisión en sus clientes potenciales, a través de un perfil de sus preferencias están en el tope de la lista.

La preocupación referente a los avances tecnológicos es constante en los estados debido a la dimensión de los consumidores en la sociedad de la información. Internet puede traer innúmeras ventajas a los usuarios, sin embargo no deja de dar lugar a nuevos contextos en que los usuarios o consumidores no están familiarizados o muchas veces de acuerdo y que a la vez pueden poner en riesgo sus intereses.

En este sentido veremos que a nivel europeo, el reconocimiento del derecho de los usuarios y de los consumidores, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha jugado un papel decisivo. Son inúmeras las decisiones en el sentido de proteger los derechos de los usuarios contra las injerencias no consentidas en la esfera privada de los individuos.

Otra preocupación está relacionada con la facilidad de las nuevas tecnologías y la acelerada utilización por los niños, por lo cual haz con que se aumente drásticamente el ciberacoso entre los menores. No obstante este acoso indirecto y traumático no es una característica solamente de los niños y adolescentes, pero sí de todos los usuarios independiente de edad. Lo que sí es cierto es que los daños debido a la falta de madurez pueden ser mayores entre los menores. Por este motivo se hace necesario el estudio riguroso de las nuevas acciones encontradas en la red para la sensibilización de todos los que se benefician del uso de las mismas, desde los estados hasta los prestadores de servicios y usuarios, para una formación de una nueva cultura de seguridad y educación en internet

Además de los riesgos frecuentes de los usuarios, hay algunos riesgos, o ataques que no encuéntrense aparentes actualmente en este nuevo entorno social. Un ejemplo clave son las causas naturales que son hoy una preocupación por la dependencia de la sociedad por las nuevas tecnologías, incluso condiciones invernales que pueden ocasionar sobrecarga de la red. O las políticas de los estados autoritarios, que utilizan de

este régimen para bloquear las comunicaciones e informaciones que circulan en la red, enflaqueciendo los estados democráticos.

Finalmente en nuestra investigación, analizaremos los problemas y divergencias de opiniones entre los usuarios, la doctrina, los legisladores y juristas, relativos a la extensión o límites de la responsabilidad y el encuadramiento jurídico de los agentes intermediarios en Brasil. La interacción, la velocidad de la información, las barreras geográficas, las peculiaridades de la red, la fragilidad de algunos estados de derecho, como el brasileño, haz con que debemos tener mucha cautela al establecer el régimen jurídico y las respectivas responsabilidades en internet.

Lo cierto es que en muchos países, como por ejemplo en Brasil, es verdad que hasta entonces seguían utilizando lo derecho preexistente para solucionar los conflictos en relación a las nuevas tecnologías, sin embargo se observa las controvertidas decisiones relativas al asunto, al derecho y la idea de justicia en estos países. Por esto motivo en virtud de la necesidad de encontrar soluciones jurídicas a los problemas derivados de la utilización de internet en Brasil, en este trabajo haremos un análisis comparativo de la Directiva Europea y Ley de Servicios de la Sociedad de Información Española con la legislación Brasileña referente a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet.

Los distintos intereses envueltos, los derechos y libertades de los individuos, los factores sociales, económicos y los factores jurídicos, hace necesario el establecimiento de reglas y cautelas adicionales para impedir que internet sea utilizada como soporte para la comisión de delitos, principalmente en países de desarrollo como Brasil. Con este objetivo, en este trabajo veremos los derechos y deberes relativos al uso de Internet en España, en Europa y finalmente en Brasil, analizando las directrices para la actuación del estado y provincias, las divergencias doctrinales y jurisprudenciales en relación a determinadas materias.

# CAPITULO I: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR DEL PERIODISTA EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

## 1. Una introducción al derecho de autor y los riesgos de las nuevas tecnologías.

Las nuevas tecnologías y el ingreso de una obra en un soporte digital repercutirán ineludiblemente en el derecho de autor. Son innumerables los beneficios que nos proporciona el acceso inmediato de la información que circula en internet, pero también nos ocasiona una amenaza y pérdida de control de estos derechos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *Aproximaciones al Periodismo Digital*, Madrid, DYKINSON, 2007, pp. 348 y ss.; CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, Editorial UOC, 2005, pp. 313 y ss.; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Segunda Edición, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 161 y ss.; PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derechos de autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 154 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant, 2006, pp. 99 y ss.; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Manual de Derecho de autor*, Madrid, Reus, 2008, pp. 28 y ss.; DIETZ, Adolf, *El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, Ministerio de cultura, 1992, pp. 132 y ss.; ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *Los Enlaces en Internet, Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 77 y ss.; SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Jose Luis, “La protección de la Propiedad Intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial XIII*, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2001, pp. 175 y ss.; GARCÍA SANZ, Rosa María, *El derecho de autor en internet*, Madrid, Colex, 2005, pp. 27 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones Jurídicas”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, pp. 71-110; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2001, pp. 05 y ss.; MARTÍN FERNÁNDEZ, Francisco Jesús, HASSAN MONTERO, Yusef, “Derecho de Autor en Internet”, *No Solo Usabilidad*, nº 2, 2003, pp. 02 y ss.; HASSAN MONTERO, Yusef, “ECMS: Sistemas Electrónicos de Gestión del Derecho de Autor”, *No Solo Usabilidad*, 2001, pp. 02 y ss.; CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia, *El Derecho de Cita y el Press Clipping. Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2007, pp. 85-123; MARTINEZ, Marie Isabelle, “El Derecho de Autor de los Periodistas. Nuevos Planteamientos en Internet”, *Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información*, 2000, pp. 02-32; ERDOZAIN LOPEZ, José Carlos, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 21 y ss.; DAVARA RODRÍGUES, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Navarra, Aranzadi, 2004, 453 y ss.; PEGUERA POCH, Miquel, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 318-386; MARTÍNEZ NADAL, Apol.lónia, “Identificación y firma electrónica en el Entorno Digital”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 218-268; PEÑA-LOPEZ, Ismael, “Fundamentos Tecnológicos del derecho de la sociedad de la información”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 51-122; CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel,

El desarrollo del derecho de autor en el entorno digital, obliga a los diversos intereses envueltos a adaptaciones inmediatas. Uno de los pilares del funcionamiento de las nuevas tecnologías, en especial internet, es que las informaciones que circulan en la red, sean accesibles a un mayor número de personas. Pero no garantiza el valor y la calidad de esta información.

Por esto, el derecho de autor busca garantías para permitir que la obra sea incluida en este nuevo entorno, observando sus nuevas y peculiares formas de explotación. Los tratados internacionales, los convenios, y las diversas legislaciones, buscan una armonización internacional para la defensa del derecho de autor.

Las noticias de intereses generales pueden ser transmitidas y utilizadas fácilmente en la red, siempre que se exprese la fuente de las mismas. La gran mayoría de los periódicos actuales nacionales e internacionales cuyos ejemplares se distribuyen en el soporte de papel, cuentan con su versión en el formato digital, donde podemos acceder a la información en cualquier lugar que estemos.<sup>2</sup>

---

“Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 444-517; PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 52 y ss.; PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 21 y ss.; PALAO MORENO, Guillermo, PLAZA PENADÉS, Javier, “Nuevos retos de la Propiedad Intelectual”, Navarra, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, pp. 30 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 348. Para la autora el desarrollo de las nuevas tecnologías nos ofrecen muchas nuevas oportunidades de creación y difusión de las obras, como por ejemplo nuevos soportes, la posibilidad de acceder a las obras sin necesidad de adquirir el soporte material, la rapidez y distancia recorrida de la obra, en un pequeño lapso de tiempo. Todas estas circunstancias, entre otras, si bien facilitan el acceso a las obras, también incrementan la amenaza de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Para la autora hay una necesidad de adecuación del derecho, la industria cultural reclama que el derecho de autor se adapte al entorno digital. Podemos observar que la implantación de Internet y la tecnología digital permiten nuevas posibilidades de creación y explotación de las obras, pero también ponen en peligro los derechos de los autores. Para otro autor, estamos fundamentalmente delante de un nuevo mercado que opera de forma distinta del mercado tradicional. Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Riesgos de las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 91-92. Véase también el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, Art 32. 1. (...) “*Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.*” Y Art. 33. 1. “*Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos*

Las nuevas tecnologías han ocasionado muchos conflictos entre el medio periodístico, en lo que se refiere a los derechos de autor. Pero también han incentivado a muchos periodistas a utilizar la red para promocionar, publicar y difundir sus obras. Cualquiera persona desde su casa puede acceder a una obra, pero también puede fácilmente infringir los derechos de autor<sup>3</sup>.

Hay una necesidad inmediata de adaptarse a las nuevas formas de comunicar en la red, pero también hay una necesidad de adoptar medidas tecnológicas eficaces para la protección al derecho de autor.<sup>4</sup>

Con esta necesidad de adaptarse a la nueva realidad de la sociedad de la información, surgen como hemos dicho los tratados y convenios internacionales. El fundamental objetivo de estos tratados internacionales es homogenizar, regular y mediar el derecho de autor y los demás intereses envueltos, sean de los usuarios, sean de las grandes empresas emergentes de las nuevas tecnologías<sup>5</sup>.

---

*por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.”* Algunos ejemplos de periódicos digitales son: <http://cnnespanol.cnn.com/>, <http://www.lavanguardia.com/>, <http://www.elpais.com/global/>, <http://www.nytimes.com/>, (todos consultado en 04 de abril de 2012).

<sup>3</sup> Véase CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, op. cit., pp. 313. Para el autor la propiedad intelectual puede describirse como el conjunto de facultades atribuidas al titular por la ley. Los derechos morales sólo ostentan autores y artistas, diferentemente de los de índole económica. Todos estos derechos han resultado afectadas por la *revolución digital*. Además nos advierte: “*En particular las economías, como consecuencia de la ampliación de las formas de explotación. Asimismo, equilibrios diseñados para un entorno analógico y territorializado no pueden mantenerse con facilidad en otro digital y transfronterizo.*”

<sup>4</sup> Véase HASSAN MONTERO, Yusef, “ECMS: Sistemas Electrónicos de Gestión del Derecho de Autor”, *No Solo Usabilidad*, 2001, pp. 02 y ss.

<sup>5</sup> Entre otros, véase el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864, 1906, 1929, 1949, este último año el convenio fue modificadas por tres protocolos de reforma, el último en 2005. Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en vigor de forma general, para España el 1 noviembre 1998. ADPIC, el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Con respecto al tema véase el tratado de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996, en inglés WIPO, son consideraciones, actualizaciones y complementos del Convenio

Surge también en Estados Unidos la *Digital Millennium Copyright Act* y en ámbito europeo la Directiva del Parlamento Europeo y de Consejo relativa a las amortizaciones de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI). Todos estos convenios y tratados internacionales, sirven de inspiración para la actual Ley de Propiedad Intelectual española, que transpone la DDASI, y que la estudiaremos con más rigor en este trabajo<sup>6</sup>.

El autor es el titular de su derecho, desde la creación, elaboración o composición de su obra. No es obligatorio, ni necesario ningún tipo de registro para el disfrute del derecho de autor sobre la obra. Sin embargo pueden existir formalidades facultativas para haber frente a usos ilícitos, y no autorizados de su obra<sup>7</sup>.

Resaltamos que el derecho de autor no protege las ideas. Para que la obra sea susceptible de protección, esta tiene que ser original. Lo que no podemos confundir con novedosa. Como sabemos el contenido del derecho de autor se divide en derechos morales, que son ciertas facultades en que podemos considerar inherentes a su propia

---

de Berna y del Convenio de Roma, y tratan de los desafíos de las nuevas tecnologías digitales, principalmente en las redes como Internet, en

[http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct\\_wppt/wct\\_wppt.html](http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct_wppt/wct_wppt.html) (consultado en 20 de marzo de 2012). De la misma manera SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp.348. Para la autora la organización Mundial de la Propiedad Intelectual se dedicaba a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano.

<sup>6</sup> Referente al tema véase la normativa estadounidense del año de 1998, *Digital Millennium Copyright Act* cuyo objetivo, entre otros, es la protección a los derechos de reproducción, es decir, de obtener una copia de una obra original. Podemos afirmar que esta legislación implementa el convenio de la OMPI y la podemos encontrar en

<http://www.copyright.gov/legislacion/hr2281.pdf>, (consultado en 20 de marzo de 2012). Así como Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001, y el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>7</sup> En estos términos SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 348. La autora nos afirma que el derecho del autor sobre la obra surge desde el mismo momento en que éste crea la obra. Por el solo hecho de criar una obra, ésta quedara protegida. Para la autora es por este motivo que, en principio, no es necesario que el autor inscriba su obra en un registro. Pero para una seguridad, crearan se un registro, con la ventaja de proporcionar una prueba cualificada de que los derechos que ahí aparecen inscritos existen y que tienen autoría o un titular. No obstante para facilitar la identificación de un derecho en exclusiva de explotación, pueden haber formalidades o símbolos que identifiquen este derecho. Como por ejemplo la utilización del símbolo "©", que significa la reserva de los derechos en exclusiva de explotación de la obra. De la misma manera VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 70 y ss. También véase el artículo 146 del TRLPI.

persona, en su condición de autor, y en derechos patrimoniales o de explotación, que tiene como objetivo el beneficio económico que produzca su obra<sup>8</sup>.

### **1.1 La incidencia de las nuevas tecnologías sobre determinados aspectos relacionados con los derechos morales.**

En los derechos morales se encuentran amparados los derechos a divulgación de la obra, el derecho a revelación u ocultación, el derecho a la paternidad, el derecho a la posibilidad de retirar la obra del comercio, el derecho a la integridad, el derecho a la modificación de la obra y también el derecho sobre el único ejemplar de la obra<sup>9</sup>.

Los derechos morales solo son transmitidos *mortis causa* y no por acto *inter vivos*. Podemos afirmar con base al art. 15 de TRLPI, los derechos morales de integridad de la obra y paternidad se perpetúan en el tiempo. El derecho a la divulgación de la obra tiene un plazo de duración de 70 años desde la muerte del autor; pasados este plazo, la obra pasa al derecho de acceso a la cultura. Son destinados a proteger la personalidad del creador de la obra. Es un derecho irrenunciable, por lo tanto, el autor en principio, no puede ceder sus derechos morales<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Así lo advierte CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 449. Véase también la sentencia núm. 230/2011, de la audiencia provincial de Valencia (Sección 9ª) de 6 junio 2011, JUR 2011/300078, nos confirma que la mera idea, no es susceptible de protección. En este sentido podemos afirmar que muchos materiales que encontramos en la red son hechos de ideas y estas, en los medios tradicionales no son protegibles por los derechos de autor. Pero también, cabe la hipótesis de que estas ideas, con un mínimo de originalidad y fijadas en la red, podrían ser protegidas por los derechos de autor. Como por ejemplo, en una conversación, donde el usuario escribe en la red sus ideas. Veamos también el concepto según el convenio de la OMPI en el art. 6. Bis 1., en que el derecho moral consiste en: “*Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.*” Referente al tema SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, op. cit., pp. 348, considera que las legislaciones traen el derecho de autor con una doble naturaleza, una patrimonial y otra moral.

<sup>9</sup> De la misma manera CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 456-458.

<sup>10</sup> Vid. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE núm. 97, de 22-04-1996. Los artículos 15. 2. del TRLPI, afirman que las mismas personas del artículo anterior, es decir, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, o sus herederos, podrán ejercer el derecho de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, durante el plazo de setenta años desde su muerte o

En la divulgación de la obra, se permitirá que el público acceda a la obra de la forma que el autor quiera que la misma sea conocida. Es a partir de este momento, de esta divulgación, que los derechos de autor pasan a ser vulnerables, y en la práctica ser exigibles y protegibles. Cabe mencionar que cuando se pone a disposición en internet una obra no divulgada, y sin la autorización del autor, estamos violando un derecho moral de divulgación del autor. A demás, podemos afirmar que cuando se pone en línea esta obra, su paso será irreversible<sup>11</sup>.

El derecho de revelación u ocultación es la facultad del autor a decidir sobre la divulgación de la obra bajo su nombre o de un seudónimo. El ejercicio de este derecho es muy común en la red. Muchos autores no utilizan sus nombres reales, usan signos de identificación o simplemente ocultan nombres, pero esto no significa la pérdida de la protección de los derechos de autor, siempre que se pueda probar la autoría<sup>12</sup>.

El derecho de paternidad es la facultad del autor a exigir el reconocimiento público de su condición de autor. Con la facilidad de manipulación y transformación, de obras preexistentes en obras nuevas, que se encuentran en la red, es a través del derecho

---

declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 de la misma normativa. Además el artículo 16 nos advierte siempre que no existan las personas supra mencionadas, o que se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural serán los legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo. Véase también SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 349. La autora señala que los derechos morales perduran mismo tras la muerte del autor, o por lo menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales. Con respecto al tema, algunos autores nos señalan que los derechos morales son unos de los derechos a la personalidad del autor. En este sentido GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor en la ley Española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 95 y ss. Podemos afirmar que los derechos morales se edifican en el principio de autoría, en general en la persona física. Pero por ejemplo, en las obras colectivas cabe la posibilidad de que una persona jurídica sea titular de estos derechos morales. En estos términos véase la sentencia de la SAP Alicante de 02 de octubre de 2000 (AC 2000, 1603). Y también RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Segunda Edición, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 161-162. Sobre la cuestión podemos encontrar en el artículo 14 del TRLPI, que los derechos morales corresponden al autor y son irrenunciables e inalienables. Así como GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

<sup>11</sup> Vid. PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derechos de autor...*, *op. cit.*, pp. 154. Con respecto al tema el artículo 14. 1. del TRLPI, afirma que corresponde al autor decidir la forma y si pretende que su obra sea divulgada. Y también GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 143 y ss. Para algunos autores el derecho de divulgación se agota con el ejercicio. En estos términos ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Manual de Derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss. De la misma manera referente al tema BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant, 2006, pp. 132.

<sup>12</sup> Al respecto véase el artículo 14. 2. del TRLPI, que señala que corresponde al autor decidir sobre la ocultación o revelación de la obra.

a la paternidad, el autor puede en cualquier momento, exigir el reconocimiento público de la autoría de la obra<sup>13</sup>.

En la posibilidad de retirar la obra del comercio, o medio, el autor conforme el art. 14. 6., del TRLPI, tiene el derecho de: *“Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación”*. No obstante deben existir causas justas y proporcionales, siempre sin perjuicio de los titulares de los derechos económicos y de explotación. La eficacia de la retirada de una obra en internet puede ser de difícil control cuando no se sabe si la misma ya fue reproducida, modificada, o simplemente enviada por los usuarios<sup>14</sup>.

El derecho de integridad es el derecho absoluto del autor a exigir el respeto de su obra. El autor tiene la facultad de exigir que su obra sea divulgada en formato adecuado, impidiendo cualquier deformación que pueda ocasionar una lesión a su honor o reputación, y que haga disminuir sus legítimos intereses. En la finalidad de este derecho se encuentra tanto el respeto a la personalidad del creador, de que sus ideas no sean modificadas, como el respeto a la sociedad, que tiene el derecho a recibir la obra intelectual en su máxima expresión. Este derecho a la integridad de la obra resulta altamente afectado con el surgimiento de las nuevas tecnologías. Podemos observar que en internet el usuario puede fácilmente manipular, transformar, o adaptar la obra, sin que el autor lo autorice o muchas veces sin que el autor de la obra lo descubra<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Señalan algunos autores que el derecho a paternidad puede ser ejercido sin límite de tiempo. Véase ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp.37. Además otro autor nos afirma que el vínculo entre el autor y su obra, no estará sujeto a ningún término, simplemente existe siempre. Véase PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *op. cit.*, pp. 135. Con respecto al tema el artículo 14. 3. del TRLPI, señala que corresponde al autor exigir la paternidad de su obra. En este mismo sentido debemos observar el artículo 6, Bis 1 del convenio de Berna y también GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss. No obstante encontramos algunas diferencias entre el derecho anglosajón y el derecho europeo, una de ellas, es la temporalidad de los derechos morales en el derecho anglosajón y otra es el privilegio al derecho de hacer copias, frente al derecho europeo que privilegia el reconocimiento de autoría. Vid. SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 347.

<sup>14</sup> Vid. GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

<sup>15</sup> Según el artículo 14. 4., del TRLPI corresponde al autor: *“exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”*. Debemos observar también que las correcciones hechas en obras literarias, siempre que no causen daño a la integridad de la obra, no son

El derecho de modificación es la prerrogativa que tiene el autor de modificar una obra. Esta modificación no produce una obra nueva, solamente produce un cambio o modificación de la obra existente. Respecto a este derecho, un tema muy discutido es de la digitalización de una obra. El derecho de modificación no podríamos confundir con el derecho de transformación de la obra. En la modificación supone un cambio de contenido de la obra y de rasgos esenciales, no hay obra nueva, permanece una única obra, pero modificada. En la transformación no hay variación de elementos substanciales, hay una obra nueva derivada de la anterior<sup>16</sup>.

Hay aspectos que limitan el ejercicio de este derecho por el autor. El primero es si las modificaciones afectan derechos adquiridos por contratos, como por ejemplo en las relaciones de trabajo. Así deberá analizar los daños económicos ocasionados por esas modificaciones realizadas por el autor, y estos deberán correr a cargo de lo mismo. Segundo si la obra está declarada un bien cultural. En obras de coautoría estas modificaciones solamente podrán ocurrir con la conformidad de los coautores<sup>17</sup>.

---

consideradas una lesión al derecho a la integridad. Sobre la cuestión GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 179. Además véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 349. La autora nos afirma que un autor podrá vender su obra, pero siempre conservará el derecho a exigir su integridad y que le reconozcan como autor. Véase también MARTÍNEZ NADAL, Apol.lónia, "Identificación y firma electrónica en el Entorno Digital", en AA.VV., *Principios de Derecho...*, (coordinado por PEGUERA POCH, Miquel), *op. cit.*, pp. 218-219. Para la autora el derecho a la integridad es asegurar que el mensaje de la persona que lo envía, no ha sido alterada en el camino. Además alguno autores nos advierte que las técnica de framing en que se altera la presentación visual de la página web, sí debe considerarse como una obra derivada, que deberá estar supeditada por la autorización del titular de derechos, caso contrario daría lugar a conductas delictivas como la competencia desleal o publicidad engañosa, y podría producir una violación al derecho moral del autor a la integridad de la obra. En estos términos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, *op. cit.*, pp. 99-100; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 40. Véase también LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 33 y ss. La autora señala que: "Otro criterio a tener en cuenta podría ser el de la esencialidad, por cuanto que serían ilícitas aquellas modificaciones que afectasen en lo esencial a la obra." Pero advierte la autora aunque este criterio podría ser útil, no está claro lo que es esencial y accesorio en la obra.

<sup>16</sup> Según el artículo 14. 5., del TRLPI, corresponde solamente al autor el derecho de modificar su obra, siempre claro, respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. En estos términos LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra...*, *op. cit.*, pp. 49; GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss. Referente al tema véase también CASTRO BONILLA, Alejandra, "Contenido del derecho de Autor en Internet", *Informática Jurídica.com*, 2002, en

[http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Página específica sobre derechos de autor Contenido del derecho de Autor en Internet.asp](http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Página_especifica_sobre_derechos_de_autor_Contenido_del_derecho_de_Autor_en_Internet.asp), (consultado en 03 de abril de 2012).

<sup>17</sup> Con respecto al tema nos observa CASTRO BONILLA, Alejandra, "Contenido del

Y por último el autor tiene el derecho de acceder al ejemplar único, mismo que se encuentre en poder de otro, con el fin de ejercitar sus derechos de autor<sup>18</sup>.

## **1.2 La incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos patrimoniales o de explotación.**

Los derechos Patrimoniales o de explotación representan los derechos del autor a beneficiarse económicamente de la obra. Esta remuneración viene como un estímulo a la creación del autor, lo que podríamos considerar como función social de la propiedad intelectual<sup>19</sup>.

Es un derecho en exclusiva del autor, pero también puede ser cedido a un tercero. Es un derecho temporal, o sea, es limitado en el tiempo, diferentemente de los

---

derecho...”, op. cit., pp. 02 y ss. Véase también LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación...*, op. cit., pp. 33 y ss. La autora señala que: “Con el tiempo la concepción del autor puede evolucionar, de modo que la obra que creó en un principio puede que después no le convenza. En este caso, siempre que la obra no haya sido divulgada, el autor puede modificar su obra libremente. El problema surge cuando la obra ya ha sido divulgada, pues se puede plantear un conflicto entre la evolución de la personalidad del autor y el derecho de los terceros que tienen algún derecho sobre ella. No obstante, aun en el caso de que la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho a modificarla, lo cual constituye una consecuencia lógica del derecho de crear.” A demás advierte la autora que en el caso de cesión de los derechos de explotación, había que diferenciar, se la modificación es sustancial o no. Si la modificación no es sustancial, el cesionario podría oponerse a que el autor explote la versión modificada de la obra. Pero si la modificación es sustancial, en principio no habría problema en permitir que el autor explotase la versión modificada de su obra. Si una obra ha sido declarada un bien de interés cultural, el autor no tendrá derecho a modificarla porque deberán primar los intereses generales frente a los intereses particulares.

<sup>18</sup> En el mismo sentido el artículo 14 .7., del TRLPI, afirma que podrá el autor tener el acceso al ejemplar único o raro de la obra, cuando se encuentre en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Además el mismo precepto nos advierte que no será permitido exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma dependerá de cómo el poseedor lo quiera, y este último decidirá el lugar y la forma, para que no le ocasione incomodidades. Advierte el precepto que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para nosotros, este derecho pierde su sentido en la red, puesto que todos poden acceder la obra, pero en el caso de que no, hay que permitir el acceso del autor. Vid. GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor...*, op. cit., pp. 213 y ss.

<sup>19</sup> Según el artículo 17 del TRLPI, al autor corresponde: “el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. De la misma manera PEGUERA POCH, Miquel, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 458-459; SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, 2000, pp. 45. Véase también CABEDO SERNA, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 132. El autor nos habla de la remuneración como estímulo a la creación, y la función social de la propiedad intelectual. En el mismo sentido LÓPEZ SINTAS, Jordi, “Acceso a las expresiones culturales e incentivos a la creación: Argumentos, Evidencia e implicaciones”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate...*, op. cit., pp. 43 y ss.

derechos morales. Con respecto a las cesiones de derechos de autor, debemos dejar claro que los derechos patrimoniales son independientes entre sí, y cabe al autor pactar de forma muy clara el alcance de cada cesión de este derecho.

A los autores se reservo el derecho de protección de sus obras, no obstante a lo que concierne a los derechos patrimoniales, estos son temporales, es decir, tienen un plazo límite, y así, lo prevé la legislación. Este periodo de duración, podríamos decir que se fundamenta en el derecho de la sociedad acceder al conocimiento. Por lo tanto, la duración de los derechos patrimoniales del autor, es durante su vida, y 70 años a posteriori de su muerte, salvo algunas excepciones<sup>20</sup>.

Después de este período estipulado por la legislación, la obra pasa al dominio público, donde cualquiera podrá utilizarla sin control. Siempre respetando la integridad de la obra y los derechos morales del autor. En lo que concierne a los plazos, estos se contarán a partir de primero de enero de año siguiente al fallecimiento del autor<sup>21</sup>.

a) Derechos de reproducción.

Los derechos de reproducción son la fijación de la obra en un medio que se permita hacerse copias o llevar a cabo una comunicación. Pero también como todos los derechos de explotación de la obra, el autor podrá ceder a un tercero<sup>22</sup>.

En el derecho de reproducción hay una fijación y, a veces, reiteración de la obra original. Lo que no podemos confundir con el derecho de transformación de la obra, en que su resultado es otra obra, distinta de la obra original. En el derecho de reproducción

---

<sup>20</sup> Podemos observar en el artículo 7. 1., del convenio de Berna, que el estándar propuesto por esta normativa es de 50 años, a pos la muerte del autor. Debemos advertir que no son todas las obras que el plazo de los derechos patrimoniales son de 70 años a pos la muerte del autor. En algunas obras observamos plazos distintos, como por ejemplo las obras anónimas, en que el plazo es de 70 años desde la divulgación; las obras colectivas, que se cuentan 70 años desde la divulgación lícita de la obra; las obras publicadas por partes, que se cuentan por separado cada elemento. Entre otras obras que poseen distintos plazos.

<sup>21</sup> Vid. DIETZ, Adolf, *El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, Ministerio de cultura, 1992, pp. 132-133; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 65-66; CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pp. 322 y ss.

<sup>22</sup> Podemos encontrar en el artículo 18 del TRLPI, lo que el legislador español entiende por un acto de reproducción: “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*”

podrá haber cambios en la obra, pero para que no sea considerado una transformación de la obra, los cambios que se hubieran introducido no deberán ser lo suficientemente relevantes para independizarla de la obra original<sup>23</sup>.

Debemos señalar que el derecho de reproducción, que tradicionalmente lo encontramos en un soporte material, sufre muchos cambios con la aparición de las nuevas tecnologías. El usuario de internet puede fácilmente almacenar una obra en su base de datos, gravar o hacer una copia en su ordenador y también podrá transmitirla fácilmente. Ante todas estas facilidades que nos introdujo internet, observamos que en la red el derecho de reproducción encontrase cada vez más vulnerable<sup>24</sup>.

Debemos señalar que en el derecho reproducción, encontramos algunas excepciones. Como por ejemplo, las reproducciones en las bibliotecas, hemerotecas, universidades, museos, archivos con finalidad educativa, etc., donde se podrá reproducir una obra sin la previa autorización del autor<sup>25</sup>.

Dentro de los derechos patrimoniales podemos entender que la digitalización de una obra es un acto de reproducción, lo que veremos más adelante, y por lo tanto depende de la autorización del autor. Si el titular de derecho de autor autoriza esta digitalización de la obra, automáticamente debería tener en cuenta que los usuarios podrán generar copias temporales, podrán crear enlaces, hacer copias en la memoria RAM, etc.<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre la cuestión LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

<sup>24</sup> En este sentido véase PLAZA PENADÉS, Javier, “La reforma de la ley de propiedad intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información”, en PALAO MORENO, Guillermo, PLAZA PENADÉS, Javier, “Nuevos retos...”, *op. cit.*, pp. 30. Para el autor CASAS VALLÉS, Ramón, (en AA.VV., *op. cit.*, pp.317), en el mundo analógico, leer, oír, ver, etc. son actos que no implican una realización de un acto de reproducciones. Ya en cambio en el mundo digital, sí. Además nos advierte que cualquiera que quiera leer un texto en internet, es decir, a partir de un soporte o mediante una red de telecomunicación, hará una o varias copias temporales, de forma inevitable. Y afirma que es así como funciona la tecnología digital.

<sup>25</sup> Debemos observar una vez más, que en las bibliotecas se puede reproducir una obra siempre que sea para la reposición de un ejemplar dañado, o un *upload* de una obra electrónica o la digitalización de una obra. En estos términos el artículo 5, inciso 2., letra n), de la Directiva 2001/29/CE.

<sup>26</sup> Sobre la cuestión SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 356. La autora advierte que los tratados de la OMPI, la directiva comunitaria y la legislación española, ambas normativas lo que pretenden es dejar claro que los derechos de autor se aplican a internet. Además las mismas normativas nos señalan que la digitalización de una

b) Derechos de distribución:

El concepto de distribución podemos encontrar en el art. 19 de la TRLPI 23/2006, que se entiende por: “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*” Es decir, poner a disposición del público, por medio de un soporte físico. En este derecho, basta que el público tenga el acceso a la obra, mismo que en el final no la acece<sup>27</sup>.

---

obras y su traslado para un soporte digital es un acto de reproducción, y como tal, requiere la autorización de los titulares de derecho de autor. Además la misma autora nos advierte, que de no existir la autorización, se estaría cometiendo una infracción perseguible. Véase también el artículo 5. 1., de la Directiva 2001/29/CE, que establece excepciones y limitaciones a los actos de reproducción provisional, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante de un proceso tecnológico esencial y que además, su única finalidad consista en facilitar: “*a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.*” En el mismo sentido el artículo 31. 1. del TRLPI, y también CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 459-460. Nos explica ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, (*Los Enlaces en Internet, Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 77), que la técnica de memoria caché, consiste básicamente, en guardar o almacenar de una forma automática las páginas web u otros contenidos que son visitados por primera vez por alguno de sus usuarios. Y también referente a su temporalidad, nos advierte que se podría decir que nos hallamos ante una reproducción transitoria, porque su permanencia en el tiempo es limitada. Debemos observar CASTRO BONILLA, Alejandra, op. cit., pp. 02 y ss. La autora afirma que desde el punto de vista del usuario, resulta legítimo, la descarga de una obra, si esa descarga cumple con algunos requisitos, como por ejemplo que la descarga sea parcial (no de la totalidad de la obra), sin finalidad de lucro, que sea para uso estrictamente personal, que la extracción del material sea para fines ilustrativos de la enseñanza o investigación científica (según indica el artículo 135 inciso b) del TRLPI); y por último que se cite siempre la fuente. Referente la memoria RAM, véase ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, (op. cit., pp. 87), que nos afirma: “*En la explotación de obras en red, cuando el usuario recibe los “paquetes de datos” que la constituyen, el ordenador ejecuta los mismos en su memoria RAM, hacienda posible la visualización y disfrute de la misma por parte del usuario.*”

<sup>27</sup> Al respecto véase CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 461-462. Véase también la sentencia del STS, de 12 de diciembre de 2001, Sala de lo Civil, proc. núm. 2427/1996, resol. núm. 1151/2001, que desestima la relación a la distribución de las copias de los productos y la transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales regulados en el artículo 59 del TRLPI. Nos señala la sentencia que la venta de una copia no conlleva a la extinción del derecho exclusivo de distribución del titular del derecho. Tampoco se podrá explotar la copia en un local abierto al público. No obstante debemos observar CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., op. cit., pp.312 y pp. 318. El autor señala que una serie de actuaciones, como por ejemplo que el autor crea la obra y luego la entrega a la industria; esta última la convierte en producto, y la pone a disposición del público; y a los usuarios, que finalmente, se limitan a disfrutarla. Para el autor la frontera entre la obra o producto se ha difuminado al implicarse la industria en los procesos creativos. Y que algo parecido tiene lugar en el otro extremo de la cadena. Este mismo autor, nos menciona que en la distribución, la puesta a disposición se realizaba generalmente mediante venta. Y en esta venta, se producía el agotamiento de derecho, privando al titular la facultad de control de la circulación sucesiva.

c) Derechos de comunicación pública:

El concepto de comunicación pública podemos encontrar en el art. 20 de la TRLPI que señala que la comunicación pública es el acto por el cual una diversidad de personas pueda tener acceso a la obra sin la anterior distribución de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo en internet. Es la simple puesta a disposición del público de una obra determinada<sup>28</sup>.

La conversión de la obra de un soporte material a un soporte electrónico, su incorporación en una base de datos, el abandono a la tradicional reproducción de la obra o distribución al público, y su transmisión digital dentro de la comunicación pública, permiten una serie de actuaciones que afectan sensiblemente los derechos de los autores. Una vez que, estas transmisiones son hecha de forma abierta en la red y masiva en diversos lugares geográficos. El acceso de la obra se produce sin previa distribución de la misma al público (que podrá ser numéricamente elevado), sin la necesidad de facilitarse ejemplares. El público o usuario, como comentábamos anteriormente puede estar en diversos lugares y recibirá la comunicación directa o indirecta y de forma simultánea<sup>29</sup>.

Podríamos afirmar, que son los actos de comunicación pública los que más se parecen con los actos de difusión de obras en internet, el intercambio de archivos, la

---

<sup>28</sup> En las transmisiones digitales no hay la distribución de ejemplares, si no acceso directo a la obra. Referente al tema CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 462-463. Para estos autores no es necesario que el usuario acceda a la obra, es suficiente la puesta a disposición de la misma. En otro trabajo de la misma manera CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 318-319. Véase también la sentencia del STS, de 24 de noviembre de 2006, sala de lo civil, proc. núm. 5365/1999, resol. núm. 1191/2006, del Ayuntamiento de León contra Sociedad General de Autores y Editores. La sentencia condena el Ayuntamiento de León a pagar derechos de autor de las obras comunicadas públicamente en sus festejos.

<sup>29</sup> Algunos ejemplos de actuaciones que afectan los derechos de autor son, la digitalización de la obra, la incorporación en la base de datos, la incorporación a una obra multimedia, la visualización en la pantalla, el almacenamiento permanente o temporal en diversos soportes, la puesta a disposición en línea y también la impresión en papel, entre otros. Referente a materia ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 91. El autor señala que en la comunicación pública, basta que la obra este on-line, y que cualquier pueda tener acceso en cualquier momento y en el lugar que elija.

transmisión por correo electrónico, todos estos actos entre otros, podrían confundirse con los actos de comunicación pública<sup>30</sup>.

La obra está a disposición del público que podrá acceder a ella en el momento que lo desee y donde se encuentre.

d) Derecho de transformación de la obra:

Debemos observar que Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no dice nada al respecto, sobre lo que se entiende por transformación. Únicamente contiene en su artículo 11 una enumeración de las obras derivadas, lo podríamos considerar objeto del derecho de transformación, y en el art. 21 TRLPI señala lo se refiere al derecho de transformación<sup>31</sup>.

El derecho de transformación de la obra es la modificación de la obra. Esta modificación, puede ser por la traducción de la misma, la variación y también la adaptación a soportes especiales, produciendo otra obra diferente de la original. Esta transformación además de diferir de la original, debe ser producto de un acto de creación independiente. Además el artículo 21 del TRLPI señala que las colecciones de bases de datos también se considerarán como un acto de transformación<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Se acerca al supuesto del art. 20, 2. i), la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos. Redacción dada según la [Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril](#). Al respecto véase RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

<sup>31</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra...*, *op. cit.*, pp. 57-116. Debemos observar también el artículo 11 del TRLPI que ejemplifica las obras derivadas: “Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1. Las traducciones y adaptaciones. 2. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3. Los compendios, resúmenes y extractos. 4. Los arreglos musicales. 5. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.”

<sup>32</sup> El artículo 21 del TRLPI, señala que: “1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 (colecciones de bases de datos) de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma. 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.” Así lo advierte LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

En el entorno digital es muy frecuente que el usuario transforme la obra sin que se lo detecte. No obstante, debemos señalar esta transformación de la obra está sujeta a la autorización del titular del derecho de autor, en consecuencia de esto, este acto de transformación de la obra podrá ser indudablemente perseguido<sup>33</sup>.

e) Derechos de remuneración o otros derechos de explotación:

El derecho de remuneración es el derecho del autor a percibir una compensación económica derivada de la utilización de su obra por otros. Este derecho se divide en dos tipos: el primero es el de participación, que es el derecho del artista plástico de obtener una participación económica sobre cada venta sucesiva de sus obras; y el segundo es la remuneración compensatoria por copia privada, a lo que nos referimos más adelante<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> De igual manera lo reflejan CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 312; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 142-143. Para el autor la posibilidad de modificación de la obra en internet, dificulta el cómputo de duración del derecho de autor, que podrá cambiar continuamente y nunca cae en dominio público. Véase también referente al derecho de transformación, la sentencia del Tribunal de Apelación de Alemania, de 29 de abril de 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder*. Los hechos se basan en que una pintora alemana demandó a Google por haber reproducido sus obras en forma de miniaturas en el buscador, violando entre otros, el derecho de transformación de la autora. La corte confirma que las reproducciones en miniatura de las obras de la demandante afectaban el derecho exclusivo de la pintora. Pero advierte que el juez alemán no es el competente para discutir esta cuestión, visto que estos actos habían ocurrido en Estados Unidos. A demás afirma que hubo un atentado al derecho de puesta a disposición de la autora. Según la corte, Google no podrá beneficiarse de ninguna excepción al derecho de exclusiva de autor. No obstante la corte advierte que aunque los actos realizados por Google afectan el derecho exclusivo de autor y no existe excepción aplicable, Google no podría ser condenado por entender que la demandante había consentido implícitamente la indexación de sus obras por el buscador. Que la pintora había puesto sus obras en línea, y no había utilizado ningún medio técnico para bloquear el acceso a los motores de búsqueda. Debemos observar que este argumento no podrá ser aplicable en los casos de que las obras estén en línea sin el consentimiento del autor. Algunos autores nos advierten que algunas técnicas utilizadas en internet, en que se alteran la presentación de una página web, podría considerarse una obra derivada. No obstante no podríamos considerar que se produzca una transformación de la obra, puesto que sus requisitos básicos son la permanencia e inseparabilidad, lo que no ocurren en estas técnicas. Además señalan que convertir una obra en un soporte digital no supone un acto de transformación, ya que la digitalización de una obra solo supone un cambio de formato. Para un estudio detallado ver LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra...*, *op. cit.*, pp. 112-114.

<sup>34</sup> El mismo concepto podemos encontrar en SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 353; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pp. 314. Véase infra apartado 2.1.

El derecho de remuneración compensatoria por copia privada está basado en la función social de la propiedad intelectual. En la red adquiere gran importancia, dada la facilidad de obtener copias de alta calidad de forma rápida y en gran cantidad<sup>35</sup>.

Por estos motivos en un intento de conciliar los intereses patrimoniales del autor con la realidad tecnológica actual y los intereses de los usuarios, surgen mecanismos a través de pagos o porcentajes cobrados a las empresas de nuevas tecnologías. Debemos observar que son las sociedades de gestión colectiva las que han procurado una compensación al autor por las pérdidas patrimoniales, siendo responsables de cobrar un porcentaje a las empresas de nuevas tecnologías, como por ejemplo las empresas reprográficas<sup>36</sup>.

No obstante, señalamos que según Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se suprime la compensación equitativa por copia privada, con los límites establecidos en el artículo 31.2<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, “La protección de la Propiedad Intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial XIII*, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2001, pp. 175.

<sup>36</sup> Sobre la materia SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 353. Además advierte la autora que para compensar a los autores por la copia privada realizada, y que implicaban una pérdida de ingresos para ello, la legislación española, desde el año de 1992, estableció un canon como forma de una remuneración compensatoria por la copia, a los fabricantes y distribuidores de soportes de grabación analógicos. En este mismo sentido CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías, op. cit.*, pp. 325. El autor además justifica el canon como una forma de no se controlar las copias y no matar la tecnología y sus positivas aplicaciones. Podemos afirmar que la ley alemana fue la primera normativa a introducir un canon. De la misma manera DIETZ, Adolf, *op. cit.*, pp. 122. Para algunos autores la solución más sensata es no prohibir ni el acto (copia), ni el medio, pero si buscar soluciones que minimicen los daños, para que los autores y los titulares participen de las industrias emergentes. Véase CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 463-465. Véase también referente al canon, PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 21 y ss.

<sup>37</sup> Vid. *Infra* apartado 2.1.

## 2. Los riesgos e incertidumbres surgidos con el derecho de autor del periodista en internet.

Las innovaciones de las nuevas tecnologías afectan a muchos sectores profesionales, entre otros al periodístico. Los tratados internacionales, Directivas europeas y convenios intentan a toda costa promover la protección de los derechos de autor de los periodistas en internet, pero muchas veces esta protección se ve afectada.

Uno de los problemas que se pueden plantear en la red, es de privilegiar un derecho en detrimento de otros. Por un lado, suponer que todo en la red es de dominio público sería postergar los derechos de autor de los periodistas. Por otro lado, al establecer muchos mecanismos técnicos de control, podríamos privar al público de los derechos de la información periodística y, consecuentemente la destitución del progreso cultural<sup>38</sup>.

Aunque en la red, estuvieran presente eficaces mecanismos de control, nada impediría difundir una obra, inmensurables veces, por ejemplo vía e-mail. En internet por sus características volátiles y propagadoras, es mucho más fácil, rápido y barato enviar una copia de un artículo periodístico, con cualidad idéntica a la original.

El concepto de copia, da fijación de los artículos periodísticos en un soporte material, permanentemente o estable, pierde su sentido en internet, donde sabemos que perfectamente podemos estar a todo el tiempo haciendo copias temporales. El usuario puede fácilmente, mismo sin se dar cuenta, hacer una copia sin pedir autorización al titular del derecho de autor. Por ejemplo haciendo un *browsing*, una copia temporal RAM, un *caching* o un *mirroring*<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Para GARCÍA SANZ, Rosa María, (*El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 67), estamos en presencia de una lucha de intereses, de una parte el sistema industrial tradicional y de otra parte, el emergente mundo electrónico. Nos observa el autor, que los creadores, desean beneficiarse de la independencia que les proporciona las nuevas tecnologías, pero también quieren gozar de un sistema de protección de sus derechos exclusivos, que compense sus esfuerzos y que sin embargo detecte las posibles infracciones. Y también nos advierte que: “*la naturaleza técnica de Internet es consustancial al libre flujo de Información, que el público, la humanidad, en general, desea y necesita.*”

<sup>39</sup> Con respecto al tema SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *op. cit.*, pp. 174. A demás el autor nos señala el carácter inmaterial de la obra. Véase también CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA

Ahora bien, con la introducción de los artículos periodísticos en la red, se planteo muchos problemas y conflictos en la doctrina y jurisprudencias afectando directamente los derechos de autor periodista. Se preocupó en un principio, en conceptualizar esta digitalización de los artículos, calificar jurídicamente, para entonces verificar lo que ocurriría con los derechos de autor en internet.

---

POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 484-489. Para estos autores browsing consiste simplemente en navegar por la red. Caching consiste en almacenar las páginas web visitadas. Para los autores este tipo de servicio plantea problemas, porque podría no captar la publicidad de la página web de origen, y porque el servidor no actualiza la página almacenada. Podemos encontrar otras definiciones de los términos utilizados en la red, en <http://www.grafikacr.com/diccionario.htm>, (consultado en 15 de febrero de 2012), como por ejemplo, browsing que es el programa que permite leer documentos en la Web y seguir enlaces (links) de documento en documento de hipertexto. El Mirroring que es el site que hace una copia regularmente o en forma sistemática de toda la información de otro site. Que a demás se utiliza para disminuir y repartir la cantidad de accesos a un sitio Web muy visitado o solicitado. O el Caching que es almacenamiento temporario de la información. Por ejemplo, un navegador posee un cache donde almacena las últimas páginas visitadas por el usuario y, si alguna se solicita nuevamente, el navegador mostrará la que tiene acumulada en lugar de volver a buscarla en Internet. Referente a la memoria cache debemos observar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª, de 17 septiembre 2008, AC\2008\1773 en que el titular de una página web denuncia la violación de sus derechos de propiedad intelectual por parte de Google Spain, SA, quien, por medio de los sistemas de búsqueda, para incorporar una página a sus archivos realiza una copia de la misma, denominada "caché", sin que tenga la autorización del titular de derecho de la página. En concreto, la demandante afirma que Google confecciona con partes de distintas páginas web, logrando que su lista de resultados se presente como propia y obteniendo con ella beneficios publicitarios. La demandante solicita que se condene a google a cesar en la utilización del motor de búsquedas de páginas web, y requiere una indemnización por daños morales. La sentencia en primera instancia desestima la demanda al no apreciar una vulneración de los derechos de propiedad intelectual del titular de derechos, por entender que el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página web de la demandante, de forma temporal, provisional, y transitoria es conforme a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet. Aparte de esto la misma sentencia señala que esta actividad constituye como un límite de los derechos de explotación de la obra, de conformidad con el art. 31 TRLPI y también con los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002. La sentencia de apelación observa que estos derechos de explotación de la obra tienen previstos unos límites, y efectivamente en este caso, en el art. 31.1 TRLPI, los que se denominan los actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y respondan a la única finalidad de facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley. De la misma forma y en mismo sentido podemos encontrar en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001. Para la sentencia de apelación las conductas de Google, sean las reproducciones parciales del texto de los sitios web, que sirven para ayudar a los usuarios, o sean el proceso interno de selección establecido por Google, que se podría denominar complementario a los servicios de motores de búsqueda, carecen de relevancia infractora. Además advierte que esta copia cache, aparecen para los usuarios de una forma sombreada en distintos colores. Dejando como una opción al usuario para utilizar este servicio, principalmente porque permite acceder a la información copiada cuando los servidores de los que procede se encuentran temporalmente indisponibles o acelerar dicho acceso cuando el contenido de las páginas copiadas provienen de sitios poco accesibles o sobrecargados. En resumen, desestima la demanda contra Google por considerar que este ha preservado las condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición del titular de la obra.

La digitalización podemos definirla de una forma sintética como la conversión de una obra en soporte material, para introducirla en la red a través de un sistema binario de signo 0 y 1. En otras palabras, es la forma de transformar una obra realizada en sistema tradicional, en una obra de un sistema digital<sup>40</sup>.

A partir de esta introducción en la red se produce la necesidad de encajar esta nueva forma de explotación de la obra con la legislación preexistente en la prensa de papel. Pero debemos observar, dado la cantidad de diferencias y especialidades de ambos soportes, que era una tarea prácticamente imposible. Lo que estaba claro para toda la doctrina y jurisprudencia, es que esta introducción en internet de la obra estaba protegida por el derecho de autor<sup>41</sup>.

En un primer momento, podríamos pensar que esta digitalización podría ser un acto de transformación. Pero para que fuera un acto de transformación, es necesario el nacimiento de una obra nueva. Y en la digitalización de la obra lo único que se cambia es el soporte (de papel para bits), mientras que los artículos periodísticos permanecen intactos<sup>42</sup>.

Acto seguido siguiente se encuadró, como hemos visto, en un acto de reproducción. Los actos de reproducción, como vimos anteriormente, están sujetos a la autorización del autor. En los casos de los periódicos impresos, la introducción en

---

<sup>40</sup> Sobre la cuestión observamos SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *op. cit.*, pp. 173; PEÑA-LOPEZ, Ismael, “Fundamentos Tecnológicos del derecho de la sociedad de la información”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 52. Véase también otro concepto, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Digitalizaci%C3%B3n>, (consultado en 18 de mayo de 2012), que señala: “es la conversión analógica-digital (CAD) consiste en la transcripción de señales analógicas en señales digitales, con el propósito de facilitar su procesamiento (codificación, compresión, etc.) y hacer la señal resultante (la digital) más inmune al ruido y otras interferencias a las que son más sensibles las señales analógicas.” Algunos autores hablan con respecto al tema de desmaterialización de la obra, mundialización. Sobre la materia puede consultarse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Riesgos de las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp.92.

<sup>41</sup> De la misma forma MARTINEZ, Marie Isabelle, “El Derecho de Autor de los Periodistas...”, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

<sup>42</sup> Segundo el artículo 21 del TRLPI: “la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.”

nuevo soporte, como internet, de la misma forma, constituía una reproducción y consecuentemente necesitaría de una autorización del autor<sup>43</sup>.

## **2.1 Algunas excepciones o límites relacionados con el derecho de autor del periodista en el entorno digital.**

Salvo algunas excepciones, los derechos patrimoniales buscan el total aprovechamiento económico de la obra. Junto a los derechos patrimoniales del autor periodista, están los intereses generales de la sociedad, como los derechos y libertades fundamentales. Estos intereses generales, como el derecho a la información, libertad de expresión, acceso a cultura, entre otros, aparecen en la Ley de Propiedad intelectual, en forma de excepciones o límites al derecho del autor periodista, entre otras formas<sup>44</sup>.

Las excepciones a los derechos exclusivos del autor, buscan un equilibrio a los motivos económicos de los autores y a los intereses generales de la sociedad. Equilibrio necesario para el avance y progreso cultural de la misma. Con base en el art. 40. *bis*, podemos entender que los límites de los derechos de autor deben interpretarse de forma restricta, es decir, no podrán entenderse incorporados supuestos que expresamente no se regulan<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Referente al acto de reproducción véase el artículo 18 del TRLPI, que nos afirma que la reproducción es: “*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*” Como veremos, la simple introducción de la obra en internet podrá generar muchas copias, principalmente temporales. Además según CASAS VALLÉS, Ramón, (en AA.VV., *op. cit.*, pp. 320), se hace una reproducción en el origen y también copias en el destino. Debemos también observar el apartado 3.1.

<sup>44</sup> Sobre la cuestión ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del derecho Subjetivo y del derecho de autor. (Los “*usos honrados*”, el “*fair use*” y el “*ius usus innocui*”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información)”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, 2006, pp. 9.

<sup>45</sup> De igual manera lo reflejan CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 322 y SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 352. El artículo *op. cit.* se refiere a la regla de los tres pasos, *Three Steps Test*, donde las excepciones deben respetar los intereses económicos de los titulares de derecho, que entre otros, recoge el artículo 9.2. del Convenio de Berna en sede del derecho de reproducción y en los convenios de la OMPI de 1996, y en el artículo 5.5. de la DDASI, que nos afirma: “*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los*

Una otra forma de justificar la necesidad de ciertas excepciones al derecho de autor, a demás de los intereses generales de la humanidad, podría ser en la incapacidad del titular de derecho en autorizar expresamente a cada uno de los actos de reproducción producidos en la red. Por lo que entendemos que la implantación de ciertas excepciones a este derecho de reproducción se podría justificar por esta incapacidad<sup>46</sup>.

Algunos autores más críticos, señalan que los motivos económicos que rodean los derechos de autor quedan más vulnerables en internet con todos estos límites y excepciones. Una de las motivaciones que nos aportan es la facilidad de difusión de obras y la calidad de las copias que puedan generar. En contrapartida, los intereses generales y los derechos y libertades fundamentales despliegan todo su vigor<sup>47</sup>.

Para nosotros, los límites y excepciones al derecho de autor de los periodistas, están adecuadamente justificados. No obstante, estos límites o excepciones, no deben, o no podrían, impedir al autor periodista, o el titular de los derechos de autor, el uso de ciertos mecanismos de control, y ciertas autorizaciones, que tiene como objetivo la protección de sus trabajos.

a) La excepción de copias privadas.

La Ley de Propiedad Intelectual, reconoce la copia privada, para el uso privado y que no tenga como el objetivo el ánimo de lucro. La misma normativa previa una compensación económica y equitativa, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la reproducción de la obra. No obstante esta compensación equitativa fue suprimida por el Real Decreto-ley de

---

*intereses legítimos del titular del derecho.*” Ver también GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet...*, op. cit., pp. 425. Los límites al derecho de autor, deben ser interpretado de tal manera que no perjudiquen de forma injusta los legítimos intereses del autor. En estos términos ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, op. cit., pp. 56. Véase también DE OLIVEIRA ASCENSAO, José, “Los límites de los límites. La teoría de los tres pasos. La tensión entre los límites de los derechos y las medidas tecnológicas y otras relativas a la información y la gestión de los derechos” (traducción nuestra), en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Los límites del derecho...*, op. cit., pp. 87 y ss.

<sup>46</sup> De la misma manera ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *Los Enlaces en Internet...*, op. cit., pp. 72.

<sup>47</sup> Sobre la cuestión véase GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, op. cit., pp. 459.

20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

El TRLPI autoriza el usuario hacer una copia privada de una determinada obra, sin la autorización del autor siempre que esta reproducción sea para el uso privado del mismo. En este sentido véase el artículo 31. 2. de la misma normativa, que señala que no necesitara la autorización del autor o titular de derecho de la obra divulgada, la reproducción en cualquier soporte, siempre cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado<sup>48</sup>.

No obstante advierte que el usuario deberá haber accedido legalmente a la obra y que la copia obtenida no podrá ser objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25<sup>49</sup>.

La idea en la legislación comunitaria, es que toda la reproducción privada digital debe estar sometida a una autorización expresa, salvo que sea un proceso técnico necesario para que la obra se muestre al usuario o se trate de una copia de seguridad. Además, encontramos en la directiva la expresión “*finés directa o indirectamente comercial*”, diferentemente de la legislación española que nos menciona que no tenga una finalidad lucrativa<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Algunos autores señalan que la ley asegura la copia privada, en contra al derecho de exclusiva del autor armado de las nuevas tecnología. En este sentido véase CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 335. De este precepto legal, ha surgido el ya comentado “canon digital”. Como también, surgió muchos movimientos como, por ejemplo el “Todos contra el canon digital”. Véase en <http://www.todoscontraelcanon.es> (consultado en 03 de abril de 2012), y también PADRÓS REIG, Carlos, “Debilidades y retos del régimen jurídico vigente de protección a la copia privada”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate...*, *op. cit.*, pp. 222-223. De igual manera refleja CABEDO SERNA, Llanos, *El derecho de remuneración...*, *op. cit.*, pp. 167-168. El autor señala que esta compensación equitativa por copia privada pretende paliar un perjuicio económico al autor por el uso masivo de su obra, que ahora en internet está más evidente. Y también PLAZA PENADÉS, Javier, “La reforma de la ley de propiedad intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información”, en PALAO MORENO, Guillermo, PLAZA PENADÉS, Javier, “Nuevos retos de la Propiedad...”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>49</sup> Se suprime la compensación equitativa por copia privada según Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. con los límites establecidos en el artículo 31.2.

<sup>50</sup> De la misma forma podemos consultar en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 460.

A nuestro entender, la expresión fines directa o indirectamente comercial, protegería más el derecho del autor, puesto que en la red, podemos encontrar copias con fines comerciales, pero no siempre podemos demostrar el ánimo de lucro, no teniendo el amparo en la legislación patria. Es decir, la expresión fines directa o indirectamente comercial abarcaría cualquier género de beneficio comercial, incluso no económico, no corriendo el riesgo de futuras interpretaciones que no protegen los derechos de los autores<sup>51</sup>.

Divergencias a parte, en todo caso debemos siempre tener en cuenta el art. 40 bis de la TRLPI que establece: “*Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.*”<sup>52</sup>

De la misma forma debemos señalar que las copias efectuadas a los grupos de noticias y a las redes de empresas periodísticas, es un acto de reproducción. Cuando se pone una obra en un grupo de noticias, o en otros canales, lo que se pretende es hacer con que el público tenga acceso a la obra, y en ningún momento, para el uso privado del usuario. Pero no podemos negar que solo el hecho de navegar en la red podemos generar copias temporales en el ordenador, y no tenemos dudas que es una tarea muy difícil saber cuando esta reproducción cumple con los requisitos de la excepción de copia privada<sup>53</sup>.

Ahora bien, las reproducciones efectuadas por los usuarios, para su uso privado, siempre que cumplan los requisitos establecidos por el TRLPI, podrán considerarse una copia privada.

---

<sup>51</sup> Así lo advierte RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *op. cit.*, pp. 282. Algunos autores señalan que la solución más sensata es buscar soluciones para minimizar el daño, para que los autores y los titulares participen en las industrias emergentes. *Vid.* CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 464 y ss. Véase también la sentencia de TJUE de 21 de octubre de 2010 (C-467/08), caso PADAWAN.

<sup>52</sup> Regla consagrada en la doctrina como la regla de los tres pasos.

<sup>53</sup> En este mismo sentido véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 355.

Algunos autores señalan que en internet estamos ante un nuevo mercado, y que la explotación de la obra en este nuevo entorno podría fácilmente incluir el *pay per use*. Lo que sería muy beneficioso para el titular de derechos de autor, visto que la gestión y autorización para cada uso de la obra, sería prácticamente imposible y demasiado costosa para ellos, y de esta forma se podría establecer un mecanismo directo de pago<sup>54</sup>.

En este caso, tendríamos que verificar se no estamos encaminando para un mecanismo en que no armoniza con todos los grupos de intereses envueltos, ya que se cobraría por cualquier uso de la obra, y la excepción de la copia privada, amparada por la legislación europea y española, podría verse perjudicada.

Está claro que el titular del derecho no tiene como negociar y gestionar cada licencia dada a favor del usuario. Y este es un de los motivos de justificación para el uso de la excepción de copia privada. Pero entendemos que la utilización de un mecanismo como el *pay per use*, podría restringir los actos de los usuarios, que de forma legítimas cumplen los requisitos de copia privada, y que no causan ningún perjuicio al autor.

Por otro lado, la copia privada supone un daño económico para el titular de derecho de autor, y esta pérdida de alguna forma hay que compensar. Infelizmente el legislador español no está de acuerdo con esta compensación económica por copia privada y sorprendentemente la suprimió del TRLPI<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Sobre la cuestión ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, pp.92. Véase también LÓPEZ SINTAS, Jordi, “Acceso a las expresiones culturales...”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAS, Jordi, *El canon digital a debate...*, *op. cit.*, pp. 62. Para el autor una regulación que eliminara el monopolio en la reproducción y marketing de las expresiones culturales incrementaría los ingresos de los autores. Pero lo que podemos observar es que estas regulaciones favorecen más a los intermediarios que realizan estas reproducciones, que a lo propios autores.

<sup>55</sup> Véase el Real Decreto-ley que suprime la compensación equitativa por copia privada núm. [20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público](#), con los límites establecidos en el artículo [31.2](#). Debemos observar también la regla de los tres pasos, altamente perjudicada con la supresión de la compensación equitativa por copia privada, encontrada en el artículo 40 *bis* del TRLPI. Además hay que señalar casos especiales y justificados, no se puede perjudicar la normal explotación de obra, y también no se puede perjudicar los legítimos intereses del autor. En estos términos GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, 461. El autor afirma que: “*Los criterios que van a tenerse en cuenta van ser el juego de la “regla de las tres fases” –que se concreta en el ordenamiento español en el art. 40 bis del TRPLI- y si existe una justificación adecuada para dejar las conductas fuera del monopolio de los derechohabientes.*”

Concluimos en este sentido, que permitiendo el uso indiscriminado de las obras, dado todas las características que nos encontramos en este nuevo entorno, significa una posible pérdida económica al autor, y consecuente un desincentivo a la creación. Hay que buscar una forma de compensar esta pérdida. En contra partida, estamos de acuerdo que la copia privada genera un gran beneficio cultural a la humanidad, y protege el interés de los usuarios<sup>56</sup>.

Efectivamente lo que tenemos que buscar es un justo equilibrio entre los diversos intereses envueltos, para que aparte de satisfacer los usuarios de buena fe utilizan la copia privada sin causar un perjuicio al autor, se proteja también de una forma segura sus intereses.

b) El derecho de cita en internet. El problema de los servicios de búsqueda de contenidos y enlaces en internet.

La excepción del derecho de cita, surge como una excepción a la exclusiva del derecho de autor. Viene debidamente regulada por la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, y también en la Ley de Propiedad Intelectual Española<sup>57</sup>.

La directiva europea nos deja claro que la excepción es aplicable a una obra o prestación, por lo que podemos concluir que aplicamos este derecho a todas las clases de obras.

El art. 32 del TRLPI nos conceptúa como la introducción en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de distintas naturalezas, escritas, sonoras, audiovisuales, entre otras. Para que se admita la cita el mismo precepto legal, prevé una serie de condiciones y objetivos perseguidos. Una de las condiciones es que se trate de obras ya

---

<sup>56</sup> En referencia al tema GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 465: “Pues bien, la explotación en línea es una forma novedosa de obtener un rendimiento patrimonial a la obra que se ve frustrada en la práctica si se admite la posibilidad de la copia privada no sujeta a remuneración, (...)”. A demás el considerando 38 de la Directiva de la Sociedad de Información, en este mismo sentido nos advierte acerca del impacto económico y propagación de la copia privada.

<sup>57</sup> Vid. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DDASI) 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 L167 de 22.6.2001).

divulgadas, que esta deberá hacerse con fines de análisis, comentarios o juicio crítico. Además otra condición es que la utilización solamente se podrá realizar con fines docentes o de investigación, en medida justificada para la incorporación, y deberá indicar la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Es decir, la cita deberá ser en la medida justificada por el fin que se persiga<sup>58</sup>.

El mismo precepto legal nos advierte que las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, nos menciona que las reproducciones en íntegra que se realicen con fines comerciales, sin la oposición expresa del autor, este, deberá recibir una remuneración equitativa. Y en el caso del autor oponerse a esta actividad, la misma no se amparará por esta excepción<sup>59</sup>.

La gran problemática que nos trae el alcance de esta excepción en el sector periodístico, es cuando el usuario, o una empresa, recurre a esta excepción para utilizar una obra periodística, llamada por la ley española en su art. 33 del TRLPI de información de actualidad, lo que veremos más tarde, sin obstante, ninguna remuneración al autor. Lo que podemos observar, es que muchas veces, puede ser prácticamente introducida en la íntegra, ya que la legislación no nos delimita el tamaño

---

<sup>58</sup> La obra ya divulgada significa que la misma, este a disposición del público, véase en la DDASI referente a la divulgación, y en la TRLPI, la puesta en línea con el consentimiento del autor. Sobre la materia puede consultarse ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.* pp. 59. De la misma manera DIETZ, Adolf, *op. cit.*, pp. 140. Según la sentencia de 2 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2303), los fines de investigación son propios de los profesores y doctorados. De acuerdo con la DDASI, salvo en los casos que resulte imposible. Debemos observar el artículo 40 bis, que fue introducido por la ley 5/1998 de 6 de marzo de adaptación de la directiva 96/9/CE de 11 de marzo. Y también el art. 10 del tratado OMPI.

<sup>59</sup> Podemos afirmar que en lo que se refiere el artículo, tiene su origen en el Convenio de Berna en su art. 10. Véase el artículo 32.1 del TRLPI, y también RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *op. cit.*, pp. 300. Sobre la cuestión de no se amparar por la excepción véase el artículo 32.1 del TRLPI. En el mismo sentido véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 353. Algunos autores nos advierten que el límite de reseña y revista de prensa es dar de manera breve lo que se ha publicado en un periódico. Pero advierte que el autor o titular de derechos, puede prohibir o someterlo a su autorización. De igual manera refleja CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, "Propiedad Intelectual", en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 465-475. Otros autores no señalan que las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan en una mera reproducción y que dicha actividad se realice con fines comerciales no tendrán la consideración de cita. Véase CABEDO SERNA, Llanos, *El derecho de remuneración...*, *op. cit.*, pp. 171-172.

de la reproducción, para que esta se salvaguarde en la excepción de cita. La ley nos menciona fragmentos, pero no nos determina el alcance de los mismos<sup>60</sup>.

Algunos autores periodistas se mostraron descontentos con esta última equiparación de las reseñas o revistas de prensa con el derecho de cita. Nos afirman que algunos de estos resúmenes eran copias literarias en texto, de informaciones audiovisuales, por lo tanto no podrían equipararse con citas<sup>61</sup>.

Ahora bien, el preámbulo del TRLPI enfatiza que: *“la acotación que se introduce en el artículo 32 respecto de las revistas de prensa, matiza el alcance del límite facultando al autor, en determinados casos, a oponerse a la realización de aquellas cuando consistan en la mera reproducción de artículos periodísticos”*<sup>62</sup>.

A nuestro juicio, conforme este precepto legal, las copias literarias de las obras periodísticas en resúmenes o revistas de prensa no podrían ser consideradas como meras citas y si un acto de reproducción, explotación de obra ajena, y deberá ser seguida de una autorización de su autor. Además, nos parece que la falta de una delimitación al derecho de cita en la legislación española, nos ocasiona una inseguridad jurídica, donde tendremos que siempre recurrir al caso en concreto. La ley solamente nos menciona

---

<sup>60</sup> Sobre el tema referente a información de actualidad se puede consultar en DÍAZ NOCI, Javier, “Derechos de autor de los periodistas. El caso de los resúmenes de prensa”, *Zer*, núm. 14, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, pp.3. El autor señala que: *“La obra periodística, llamada por la ley española “trabajos sobre temas de actualidad” (artículo 33) muestra algunas peculiaridades. En primer lugar, puede ser íntegramente reproducida, a diferencia de otro tipo de obras que sólo lo pueden ser en parte, por otros medios de información, siempre citando la procedencia y el autor. Se salvaguarda así el libre flujo de información de actualidad.”* Según ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 141, en textos enteros, no suele haber comentarios o juicio crítico que la justifique. Referente al tamaño de la reproducción veamos GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 478. El autor señala: *“Hasta qué punto el tamaño de los fragmentos implica que se ha superado el derecho de cita para entrar en la reproducción o comunicación al público es dudoso, pero esta es una cuestión que supera el ámbito de Internet y es común a todo el entorno digital.”* Para RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, (*op. cit.*, pp. 296), referente a los fragmentos de obras ajenas: *“(…) esta tasación resulta, en general, prescindible, en tanto lo esencial de la valoración de uso correcto, va a venir determinada por el valor que aportan las demás ponderaciones.”*

<sup>61</sup> Para un estudio detallado ver DÍAZ NOCI, Javier, “Derechos de autor de los periodistas...”, *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>62</sup> En este sentido, el art. 40 Bis de la TRLPI, nos señala que deberá verificarse la ausencia de un perjuicio a la explotación normal de la obra. Véase también CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 465 y ss.; CABEDO SERNA, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 170 y ss. Este último autor señala que se hay una oposición expresa del autor, las recopilaciones no podrán ampararse por este límite.

fragmentos, ocasionando muchos problemas judiciales, una precariedad legal operante, y consecuentes prejuicios a los autores periodistas<sup>63</sup>.

Podemos decir que las innovaciones tecnológicas, especialmente internet, esta a todo momento nos sorprendiendo con nuevos servicios, nuevas actividades, que mas tarde podemos observar que son motivos de grandes discusiones judiciales y muchas veces doctrinales. Como es el caso de la actividad de *press-clipping* o en su traducción para el Español, servicios de seguimiento de noticias.

La actividad de *press-clipping*, nada más es, que la recuperación, selección y resumen en la integra, de noticias que aparecen en diferentes medios de comunicación. Es decir, son recopilaciones comerciales de artículos de prensa<sup>64</sup>.

Esta actividad, intentó sin suceso, equipararse a la excepción de cita del artículo 32.1., donde como hemos visto anteriormente, nos mencionaba que las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. Algunos autores señalan que para beneficiarse de esta excepción deberá darse la información de manera breve de lo que se ha publicado y nunca de una forma extensiva<sup>65</sup>.

No obstante, y también hemos visto anteriormente, que el mismo precepto legal nos aclara que cuando estas recopilaciones de artículos periodísticos que sean básicamente una mera reproducción y que además esta actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá el derecho a percibir una remuneración equitativa de esta utilización de su obra.

---

<sup>63</sup> Algunos autores hablan una reproducción de artículo periodístico en la integra. Sobre la materia pueden consultarse CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia, *El Derecho de Cita...*, op. cit., pp. 113: “Es nuestra opinión que debe comprenderse la reproducción del artículo periodístico íntegro, conclusión a la que llegamos por interpretación de los antecedentes legislativos que en los proyectos de 2002 y 2003 definían revista de prensa como «exposición sumaria de lo publicado en otros medios de comunicación» así como por los propios hechos que han forzado la acotación del artículo 32, uno de los cuales era la reproducción íntegra de los contenidos ajenos.”

<sup>64</sup> En este sentido señala la sentencia del Juzgado mercantil de Madrid, Sentencia 233/2009 de 13 abril AC 2009/1006.

<sup>65</sup> Vid. CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 465 y ss.

Aparte de esto el autor podrá oponerse expresamente a esta actividad, que no se encontrara amparada por la excepción de cita. Es decir, para beneficiarse de este límite al derecho de autor, lo publicado deberá darse de manera breve, y sin la oposición expresa del autor o titular de derechos.

Además la ley expresamente nos menciona que las recopilaciones con fines comerciales, no podrán equipararse a la excepción de cita sin el pago (remuneración equitativa) al titular de derecho, y que este, podrá expresamente oponerse a esta actividad. Por lo tanto, concluimos que la actividad de *press-clipping*, tal como encontramos actualmente en internet, con fines comerciales, no podrá equipararse a la excepción de derecho de cita<sup>66</sup>.

Un caso práctico que ocurrió en España, fue el *Elmundo.es* contra *Periodista digital*. *Elmundo.es*, interpuso una demanda contra *Periodista digital*, por haber estado reproduciendo, sin consentimiento y sin abonar la cantidad por la explotación de los contenidos de *Elmundo.es*. Además, *Elmundo.es* alega que todos los intentos para que el *Periodista digital* cesase su actividad, resultaran infructuosos. Señala que el *Periodista digital* no publica contenidos propios, y si lo reproduce contenidos de *Elmundo.es* en la íntegra. Subraya que a través de este acto, obtiene beneficios económicos indirectos en forma de publicidad.

La sentencia condena el *Periodista digital* a pagar una indemnización por daños y perjuicio, por entender que el *Periodista digital* no puede ampararse a la excepción de cita. Y que el *Periodista digital* utilizó indebidamente los contenidos del *Elmundo.es*. La misma sentencia ordena el cese inmediato de su no autorizada actividad de

---

<sup>66</sup> En nuestra opinión, demostrado que las recopilaciones efectuadas, como por ejemplo en los blogs, no presentan una finalidad comercial, ni tampoco se obtiene ninguna retribución económica, pueden equipararse a esta excepción. Con respecto al tema podemos encontrar la sentencia núm. 352/2011, de 2 diciembre (JUR 2011/434021), que confirma la decisión dictada el 13 mayo de 2009, en el Juzgado Mercantil de Madrid, núm. 393/2007, que declara que la actividad de *press-clipping* consiste en la elaboración de resúmenes de prensa, tanto en soporte escrito, como en digital. Su comercialización supone una infracción a los derechos de propiedad intelectual. A demás en la referida sentencia la empresa practicante de dicha actividad, lo hacía sin autorización del titular de derechos y con la oposición expresa de los editores. La sentencia condena la empresa de *press-clipping* a cesar inmediatamente la realización de esta actividad.

reproducción, y aparte de esto que retire los artículos publicados en la hemeroteca de las páginas del *Periodista digital*<sup>67</sup>.

Otra inquietud surgió en la excepción al derecho de cita, con la aparición de los buscadores en internet. Los buscadores se enmarcan en una actividad de investigación, como el propio nombre dice, buscan páginas web dando una breve indicación del contenido al usuario<sup>68</sup>.

Es común encontrar en los tribunales, discusiones referentes a las actividades ejercidas por los buscadores. Como podemos observar en la discusión contra el buscador Google en Estados Unidos, cuando este a través de Google Books, digitalizo libros y empezó a ofrecerlos *online*, algunos de estos libros protegidos por el derecho de *copyright*.

Los titulares de derechos de autor perjudicados por esta digitalización masiva de sus obras, interpusieron una acción contra google, alegando que este buscador violaba indiscutiblemente los derechos de los autores sobre sus obras. El resultado fue, un acuerdo millonario y una indemnización por daños y perjuicios a los autores y editores perjudicados<sup>69</sup>.

Lo mismo ocurrió en Bélgica, donde la sociedad de gestión de derechos de autor de los editores belgas, presentó una demanda al mismo buscador, pero de esta vez a su página web google news. La asociación alegaba que google news, reproducía contenidos de los diarios Belgas sin la debida autorización de los titulares de derechos. El tribunal de apelación de Bruselas, de 5 de mayo de 2011, decidió por retirar todos los

---

<sup>67</sup> Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 6 julio de 2007, rec. 636/2006.

<sup>68</sup> Referente a los buscadores podemos encontrar en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, (*El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 479), una interesante observación: “*Lo que debe considerarse “fines de investigación” no está definido precisamente. Sin embargo, no es en mi opinión descabellado –y tampoco una interpretación extensiva de la ley- que un buscador está llevando a cabo una actividad de investigación, de búsqueda, como su mismo nombre indica.*”

<sup>69</sup> Podemos encontrar referente al caso en, [http://www.elpais.com/articulo/cultura/Google/topa/derecho/autor/elpepicul/20090121elpepicul\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/cultura/Google/topa/derecho/autor/elpepicul/20090121elpepicul_1/Tes). A demás debemos afirmar que los autores afectados en España, están aún en fase de negociación con el referido buscador.

artículos, fotos y gráficos de propiedad de los editores belgas, además condeno el buscador a una indemnización y multa por día de retraso en la cesación<sup>70</sup>.

A nuestro juicio, los buscadores pueden apoyarse al derecho de cita, desde que cumplan los requisitos necesarios para la utilización de la misma y siempre que no infrinjan los derechos de explotación sus titulares. Además, que su reproducción sea una fracción, como así lo prevé el precepto legal. El problema estará en comprobar que en estos servicios de internet no hay el ánimo de lucro, ya que estos buscadores ganan una cuantía elevada de beneficios económicos en forma de publicidad<sup>71</sup>.

Es de todo pertinente en manifestar nuestra inquietud relacionada con el tema de los enlaces, cuando éstos, nos remiten a una información completa y son considerados como citas. Es a través de una web, que algunos operadores de tráfico difunden libremente informaciones valiosas con un único fin, el de atraer visitantes, lo que repercutirá en beneficios económicos a ellos a través de publicidades<sup>72</sup>.

Algunas empresas de resúmenes de prensa, mediante esta técnica envían a los usuarios varios enlaces donde los remiten a una página original para que ellos puedan leer una información en la íntegra. Debemos observar que de esta forma, esta actividad podrá ocasionar una pérdida económica al titular de derechos, o bien, en forma de publicidad, o bien en suscripciones. Mas una vez, podríamos decir que estamos delante de una incertidumbre jurídica, que nos lleva al análisis de cada caso en concreto, porque para beneficiarse del derecho de cita, estas empresas deberán cumplir de algunos requisitos legales, dentro de ellos que no ocasione un perjuicio económico al titular de derecho de autor de estos artículos.

---

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, de 05 de mayo de 2011, R. n°: 2011/2999, n° 817. Véase información referente la sentencia en,

[http://www.enpa.be/uploads/enpa\\_press\\_release\\_copiepress\\_and\\_google.pdf](http://www.enpa.be/uploads/enpa_press_release_copiepress_and_google.pdf).

<sup>71</sup> Véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 358. Algunos autores señalan que los autores deberían percibir una retribución económica de estos beneficios, que en forma de publicidad, etc., se benefician los buscadores.

<sup>72</sup> *Vid.* ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 41. Para algunos autores hay que distinguir los enlaces normales de los enlaces acoplados, porque son estos últimos que suponen un mayor riesgo a los derechos de autor. Los enlaces acoplados presentan al usuario contenidos ajenos en contextos distintos de los diseñados por su titular. Además advierte que estos tipos de servicios deberán ser debidamente autorizados por el titular de la página web. En estos términos CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 484-489.

Podemos observar que algunas empresas periodísticas, anticipando futuros problemas jurídicos, prohíben expresamente en sus páginas web en forma de avisos legales, el uso de enlaces, framing o linking. Además, avisan que la empresa deberá autorizar expresamente el uso de links en otras páginas web. Normalmente las empresas en sus suscripciones, solo permitan el usuario de su consulta en línea. Y siempre hay que pedir la autorización en caso de uso de un enlace de una determinada página web, lo que pueda que no ocurra<sup>73</sup>.

Los enlaces profundos, son los que nos llevan directamente a una página interior, saltando a la página principal. Estos enlaces pueden fácilmente vulnerar los derechos de los autores<sup>74</sup>, como el derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI), y también, a la integridad de la obra (art. 14.4). Asimismo, cuando la información de un sitio web se difunde mediante el empleo de una licencia en línea o mediante enlaces profundos, también podrá producir la violación del derecho de reproducción.<sup>75</sup>

Además al crearse una página web, el creador puede establecer un enlace profundo que conduzca directamente a una o varias páginas web, creadas por un tercero, atribuido para sí falsamente la autoría de las mismas. Para ello, únicamente necesitará

---

<sup>73</sup> Después de diversas discusiones referentes a las empresas de press-clipping, hubo un acuerdo de pago y seguimiento, entre la Federación de Asociaciones y Periodistas de España (FAPE) y las empresas de seguimiento e información y publicidad (AESIP), por un periodo de tres años, que finalizó finales de 2010. Véase RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 300. Acreditamos que actualmente, este acuerdo fue renovado, pero no encontramos información para confirmar. Y también CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 465 y ss. Los autores señalan que el autor del artículo periodístico puede expresamente prohibir el press-clipping o someterlo a su autorización. De la misma manera DÍAZ NOCI, Javier, *Derechos de autor...*, *op.cit.*, pp. 02 y ss.; CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 465 y ss.

<sup>74</sup> Para algunos autores los problemas de estos enlaces, más que de propiedad industrial es de competencia desleal, una vez que se alteraría la secuencia prevista para la página. *Vid.* CASA VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 316.

<sup>75</sup> Para algunos autores los problemas de estos enlaces, más que de propiedad industrial es de competencia desleal, una vez que se alteraría la secuencia prevista para la página. *Vid.* CASA VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 316. Para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 354 y ss.; ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 104 y ss., se estaría violando un derecho de reproducción.

su falsa autoría en el texto o en la imagen que sirva de enlace. De esta forma, además de los derechos citados, violara el derecho de paternidad de la obra, propio del creador<sup>76</sup>.

Los enlaces profundo dirigen el usuario a una página interior de otra web site, evitando su paso por la página principal. Este tipo de enlace, no respecta la orden de visualización que el creador del enlace estableció, y puede ocasionar una pérdida económica al titular de derecho<sup>77</sup>.

Ahora bien, analizando otra vez el art. 32 del TRLPI que establece: “*es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas*”. Pero al utilizar un enlace profundo, lo que percibimos es que se reproduce el contenido completo de la web enlazada. Dicho precepto legal menciona fragmentos de obras ajenas. Por lo tanto, no sabemos hasta cual punto podremos admitir que un enlace profundo, entra en la excepción de cita. Así llegamos a la conclusión que más una vez tendremos que atender específicamente a cada caso en concreto.

Terminando, debemos señalar el famoso caso de este tipo de enlace, que encontramos en el litigio judicial de *Shetland Times Ltd.* contra *Wills and Zetnews*, que opera bajo el nombre de *Shetland News*. Resumiendo el litigio, *Shetland News* incluyo en su página web un enlace profundo, que llevaba los usuarios directamente a página web de *Shetland Times*, confundiendo los mismos, que creían que los artículos eran escritos por los periodistas de *Shetland News*, violando efectivamente los derechos de autor de *Shetland Times*. No podría ser distinta la decisión de juez en determinar, a

---

<sup>76</sup> Corresponde todo el protagonismo al vinculador. En este sentido véase ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 142. Referente al derecho de paternidad de la obra veamos ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 127. También véase el artículo 14. 3. del TRLPI, que afirma que corresponde al autor exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

<sup>77</sup> Sobre la materia podemos consultar GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 66. A demás estos tipos de enlaces generan una pérdida de ingresos económicos al titular de derecho, como por ejemplo ingresos publicitarios. Véase SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *op. cit.*, pp. 208; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 366.

través de una medida cautelar, que *Shetland News* retirara inmediatamente los enlaces profundo de su página web, que violaban los derechos de autor de *Shetland Times*<sup>78</sup>.

En los enlaces ensamblados, podemos más una vez percibir la violación del derecho de autor periodista. Para algunos autores, son en estos tipos de enlaces, que la violación de la propiedad intelectual, se puede ver en su forma más clara. Estos enlaces capturan automáticamente una obra de otro sitio web, sin por supuesto contar con la autorización de titular de derecho. Por lo tanto, podrían fácilmente implicar una infracción al derecho de reproducción del titular de derecho y a demás en el derecho exclusivo de comunicación pública, por reproducir un elemento o una misma obra de otra página web, o comunicar una obra ajena<sup>79</sup>.

En el caso de que este enlace fraccione una obra, salvo excepciones, podrá infringir el derecho moral a la integridad de la obra. Lo que puede ocurrir con este tipo de enlace, es lo mismo lo que ocurre con los enlaces profundos. El creador del enlace ensamblado puede suscitar la excepción de cita, claro que siempre que se cumpla los requisitos de esta excepción, indicando el autor, la fuente de la página que se capturó, que sean fragmentos de la obra y que los fines sean docentes o de investigación, lo que no siempre ocurrirá<sup>80</sup>.

Hay muchos otros tipos de enlaces que podríamos comentar en este trabajo, como por ejemplo los enlaces automáticos, o los frames o marcos, que consisten en la división en varias ventanas, integrando en una de ellas páginas web ajenas. Pero lo que observamos es que tendríamos más una vez que analizar el caso en concreto, porque

---

<sup>78</sup> Se puede consultar sobre el caso *El Shetland Times vs. Las noticias Shetland*, en <http://www.lectlaw.com/files/elw10.htm>, (consultado en 03 de abril de 2012). También en DÍAZ NOCI, Javier, *Derechos de autor...*, *op. cit.*, pp.4; ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 127.

<sup>79</sup> Véase en este sentido ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 130 y ss. Debemos señalar que nunca se podrá reproducir una página web en su totalidad, si no está amparada por una excepción legal.

<sup>80</sup> Véase el artículo 14. 4. del TRLPI, que nos afirma que corresponde el autor: “*exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*”

muchas de estas actividades cumplen los requisitos legales de la excepción de cita, y en estos casos no podríamos descartar su amparo legal<sup>81</sup>.

c) Los trabajos sobre temas de actualidad.

La Ley de Propiedad Intelectual española, introduce los artículos periodísticos en su artículo 33, y se refiere a ellos, como trabajos sobre temas de actualidades. Nos menciona que podrán ser reproducidos y distribuidos públicamente por cualquier medios de la misma clase (medios de comunicación social), citando la fuente y el autor, siempre que, no hubiera la reserva de derechos. Además nos informa que todo ello sin perjuicio del autor percibir una remuneración equitativa. Y que cuando se trate de colaboraciones literarias, será necesaria la autorización del autor<sup>82</sup>.

Esta excepción a los derechos de autor periodista, permite la copia y puesta en línea de los artículos periodísticos difundidos en cualquier medio de comunicación social, podemos entender que incluso internet, desde que cumplan los requisitos

---

<sup>81</sup> Con respecto a los frames CASAS VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 316. El autor nos señala que: “*Más delicados son, en cambio, los llamados enlaces acoplados y el enmarcado o framing, en la medida en que se presentan al usuario contenidos ajenos en un contexto diferente al diseñado o autorizado por el titular, lo que podría considerarse como un acto autónomo de comunicación pública e incluso de transformación.*” Además véase GARCÍA VIDAL, Ángel, en AA.VV., *Autores, Consumidores y Comercio Electrónico*, Madrid, Colex, 2004, pp. 349. El autor señala que para los usuarios, no hay un cambio de dirección, y a demás los contenidos capturados aparecen como se fuera de la página captora. Véase también LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 99-100. Para la autora el uso de la técnica framing en que altera la presentación visual de la página web, debe considerarse como una obra derivada, que en consecuencia de esto deberá estar supeditada a la autorización del titular de derecho, caso contrario daría lugar a una conducta delictiva como la competencia desleal o publicidad engañosa. Véase también ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 132; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 142. Así como ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 136.

<sup>82</sup> En este sentido el artículo 5. 3., letra c) de la DDASI menciona: “*cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor; (...)*” Algunos autores señalan que al que se refiere el artículo, recurriendo al Convenio de Berna en su art. 10 bis. 1., es la transmisión por radio fusión. Además advierten que los artículos en internet, ni eran de la misma clase, ni del mismo carácter. Y sin, un nuevo modo de explotación. En este sentido véase MARTINEZ, Marie Isabelle, *op. cit.*, pp. 11-13. Veamos también ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 60; DIETZ, Adolf, *op. cit.*, pp. 137.

impuestos por la ley. Además en casos de colaboraciones literarias, es imprescindible la autorización del autor<sup>83</sup>.

Es todo pertinente, hacer un breve comentario con la vulnerabilidad del derecho de autor periodista, en lo que consiste a esta excepción, y los enlaces ensamblados, por ejemplo. El criador de un enlace por ejemplo, puede enlazar informaciones de actualidad, capturando obras de distintos proveedores, y justificar estos enlaces en la excepción de trabajos sobre temas de actualidad, obteniendo un beneficio económico para sí y una pérdida para el titular de derechos<sup>84</sup>.

Como habíamos visto anteriormente, esta excepción se ve un poco sacrificada, en un mercado periodístico, donde las empresas periodísticas anticipando los problemas jurídicos futuros se reservan de todos los derechos, dejando los creadores de enlaces fuera del amparo de esta excepción. Lo que podemos observar es los creadores de enlaces, atados por estas reservas de derechos, solucionan el problema, a través de contratos de suministro de información. Estos contratos, autorizan mediante una remuneración, que una determinada página web, enlace una obra protegida por las reservas de derechos de otra página web. Así, una vez más las empresas periodísticas tienen sus derechos asegurados, es decir sus beneficios económicos asegurados<sup>85</sup>.

## **2.2 Los mecanismos de control encontrados en las nuevas tecnologías.**

Los titulares de derechos son las personas capacitadas para adoptar los mecanismos de control contra actos de elusión a los derechos de autor. Podríamos decir que estos mecanismos serían definitivamente efectivos con medidas tecnológicas

---

<sup>83</sup> No se trata de obras explotadas a que se refiere el art. 35 de TRLPI, información sobre la actualidad, este tiene el carácter ocasional, incidental o secundario. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad, tiene carácter principal. De la misma manera RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, pp. 309. Debemos interpretar el concepto de comunicación social, en un sentido amplio, incluido internet. Para un estudio detallado ver RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, pp. 307-308.

<sup>84</sup> Por concepto de actualidad podemos entender un evento contemporáneo o suceso reciente. Véase RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *op. cit.*, pp. 329. Véase también la sentencia de juzgado de primera instancia de Madrid, núm. 21, de 27 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1929), que admite un concepto de actualidad en su sentido retrospectivo.

<sup>85</sup> Véase ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 132.

adecuadas de protección de una determinada obra. Esas medidas tecnológicas, son dispositivos informáticos que permiten el acceso o el uso a la obra. Eludir una medida tecnológica, sin la autorización del autor, mismo en el ejercicio de una excepción, es un acto prohibido en nuestro derecho<sup>86</sup>.

La difusión de la primera obra, por lo anteriormente expuesto, es lo que más afectaría los derechos de los periodistas en el entorno digital. En internet los números de las siguientes copias no podrán ser medidas, o difícilmente será medido, perdiendo su control numérico, temporal y territorial. El periodista o titular de derechos, es quien retiene la decisión del primero consentimiento de la difusión de su obra en internet.

Sin algunas medidas técnicas de control, su decisión de esta difusión en la red, podría generar algunas pérdidas de los derechos de autor y el consiguiente descontrol sobre las nuevas difusiones. Un importante ejemplo de control de uso en línea de una obra, es el *monitoring*, que un programa de ordenador que como el propio nombre nos señala, monitorea el uso privado de una obra, enviando mensajes al titular de los derechos patrimoniales de autor a cada uso de la misma. Pero este programa por su vez, puede acabar por violar algunos derechos constitucionales de los usuarios, como por ejemplo el derecho a intimidad, el derecho a privacidad, entre otros derechos<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> En este sentido véase el artículo 160. 1., que señala: “Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.” Además debemos observar algunas condiciones de usos. Veamos el artículo 162. 2, que señala: *A los efectos del apartado anterior, se entenderá por información para la gestión de derechos toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público.* De la misma manera el artículo 6 de la DDASI, con normas de eficacia de estas medidas. Para algunos autores estos mecanismos sofisticados, encriptar una obra y recluir el acceso a la información a los destinatarios de la cultura, conducen al monopolio de la información, concentrado en un número reducido de las empresas gigantescas. Aún referente al tema véase ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 143 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, *op. cit.*, pp. 326.

<sup>87</sup> Sobre las medidas de control, podemos consultar en GARCÍA SANZ, Rosa María, *op. cit.*, pp. 77. Para la autora la tradición jurídica del copyright podría quedar vacía de contenido con las medidas de control en internet. Además señala que esto pasaría desde el momento en que la copia y el derecho sobre la misma sea imposible en el fabuloso mercado Internet. Para la autora las grandes empresas de software luchan por la creación de mecanismo de control. Según el artículo 6.1., de la DDASI, los estados

Estos mecanismos de protección de los derechos de autor preservan los datos del titular de derecho sobre la obra. Las medidas tecnológicas son variables desde el control de acceso (por ejemplo anti caché), o de identificación, que normalmente marcan la obra mediante un identificador inalterable por el usuario o también, por ejemplo, una medida que rastrea la obra en la red<sup>88</sup>.

Hay la sujeción de la copia digital a una remuneración, lo que para muchos es irrelevante, cuando en internet, no existe control y los usuarios pueden enviar e-mail, para un número indeterminado de personas<sup>89</sup>.

No obstante, tendríamos que equilibrar los valores públicos y privados. Podríamos decir que internet, sin los mecanismos de control, hay un privilegio del público y de la información libre, y una vez recibida la esta información no se podría impedir su difusión ilimitada. O en contrario, con los efectivos mecanismos de control, tendríamos un privilegio a los derechos de autor periodista.

Hay que analizar se no estaríamos solamente cambiando unos intereses por otros, y no permitiendo los inúmeros progresos que nos podrán traer la internet. Y mas una vez nos planteamos se el control de las copias, favorables a los derechos de los autores, están en contra a los derechos fundamentales de los usuarios. Como es el caso del derecho a la intimidad, que nos imposibilita entrar en los domicilios para controlar el uso privado de las obras. Estos mecanismo de control al mismo tiempo que podrían ser absolutamente seguros, habría una discriminación de aquellos que tienen por objeto la copia para fines no lucrativos, de investigación científica, periodística<sup>90</sup>.

---

miembros deberán establecer protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo. Referente a la posible violación de los derecho fundamentales veamos GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, op. cit., pp. 474.

<sup>88</sup> Estas técnicas de marcados son muy importantes, porque a partir de ellas y sus complejidades dependen de la identificación del usuario, algunos ejemplos son: *Digital Watermarking (DW)* o *Marcas de Agua*, *Encriptado y Contraseñas*, *Digital Object Identifier (DOI)*, *Identificación contenido/autor a través de códigos "hash"*, entre otras.

<sup>89</sup> Mismo que se suponga que es un acto de comunicación pública.

<sup>90</sup> De la misma manera GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, op. cit., pp. 475. El autor plantea si dichos sistemas de control se pueden utilizar o son contrarios a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Nos afirma el autor que los derechos a la intimidad tiene tradicionalmente un lugar de un modo tácito, en la regulación del derecho de

Pero lo cierto, es que podríamos afirmar que la inserción de estos mecanismos de control, serían de gran ayuda en el control de los derechos de los periodistas en la red y sus consecuencias estarían en conflictos con algunos derechos, incluso constitucionales del público. Por estos motivos hay una gran preocupación de la comunicad europea en adoptar medidas tecnológicas que promuevan ambos derechos, estas preocupaciones se manifiestan en forma de proyectos como COPEARMS, ESPRIT, CYPERTECH, CITED, entre otros<sup>91</sup>.

### **3. La cesión y la gestión colectiva de derechos de autor en el entorno digital.**

Según el ordenamiento jurídico español, el ejercicio de los derechos de autor se obtiene mediante dos modalidades, una el ejercicio individual de este derecho, y otra el ejercicio colectivo de este derecho<sup>92</sup>.

El autor tiene la facultad de negociar y también de transmitir determinados aspectos de sus derechos de autor, mediante una cesión a un tercero. Además las diversas normativas existentes sobre derecho de autor, señalan que el autor tiene la posibilidad de negociar el ejercicio de este pacto. No obstante debemos observar que los derechos morales deben ser ejercidos únicamente por los autores. Pero se existe una habilitación apropiada y específica, se podrá hacer mediante la gestión colectiva<sup>93</sup>.

---

autor, y los sistemas de remuneración por copias para uso privado, a demás parten de la imposibilidad de entrar en los domicilios para controlar el uso privado de las obras. Hay algunos límites o excepciones del derecho de reproducción que permiten la copia privada (art. 25 y 31 TRLPI), pero lo que puede ocurrir, es que esta copia puede fácilmente ser enviada a otras personas y esto significa que estará disponiendo de derecho de autor, exclusivos de los periodistas.

<sup>91</sup> Véase ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>92</sup> Así lo advierte MARTÍN VILLAREJO, Abel, “El ejercicio de los derechos de propiedad en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, Reus, 1999, pp. 140 y ss.

<sup>93</sup> Véase en este sentido el artículo 17 del TRLPI, que señala: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.” Véase también MARTÍN VILLAREJO, Abel, “El ejercicio de los derechos de propiedad en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, Reus, 1999, pp. 141-144.

Tanto en los supuestos de las cesiones de derechos de autor, como en las gestiones colectivas de estos derechos, ambos actos, lo que persiguen son las determinadas facultades de explotación económica de la obra.

La cesión de derecho de autor es el acto por lo cual el autor podrá ceder su facultades de explotar obra. Esta cesión se transmitirá por actos *inter vivos*, resultando limitada la cesión “*al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*”<sup>94</sup>.

La Ley de Propiedad Intelectual española de 1996 breve que la cesión deberá formalizarse por escrito. Además que la cesión podrá formularse de diferentes formas, en exclusiva o no exclusiva<sup>95</sup>.

La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente y atribuirá al cesionario, la facultad de explotar económicamente la obra. Además advierte el precepto legal que la transmisión del derecho del cesionario en exclusiva podrá transferir a otro con el consentimiento expreso del cedente<sup>96</sup>.

La cesión no exclusiva el cesionario quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión. Además señala el precepto que este derecho será intransmisible, salvo en algunos supuestos<sup>97</sup>.

Aquí más una vez debemos observar que los derechos morales como por ejemplo los derechos de transformación de la obra, podrán ser cedidos, desde que el autor de una forma expresa así lo prevea.

El ejercicio colectivo obligatorio fue la forma que encontró el legislador para lograr el efectivo cumplimiento de determinados aspectos de los derechos de autor. Las gestiones colectivas de derechos de autor, son las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter

---

<sup>94</sup> Vid. el artículo 43. 1. del TRLPI.

<sup>95</sup> Vid. el artículo 45 del TRLPI.

<sup>96</sup> Al respecto veamos el artículo 48 del TRLPI. De la misma manera CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 176. Así como el artículo 49 del TRLPI.

<sup>97</sup> Véase en este sentido el artículo 50 del TRLPI.

patrimonial. Es decir su principal objetivo es la recaudación de los rendimientos económicos de los derechos de autor<sup>98</sup>.

Por carecer de una regulación específica el TRLPI, establece en sus artículo 151 a 157, algunas obligaciones y formalidades que deben cumplir estas entidades de gestión. A parte de esto, la ley hace algunas alusiones sobre la forma de este ejercicio en algunos preceptos en que se impone la gestión colectiva.

Debemos observar que la naturaleza de estas entidades es doble. Por un lado se constituyen como una Asociación de derecho privado, sin ánimo de lucro. Y por otro lado, necesitan una autorización del Ministerio de Cultura con objetivo de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual, cuya tutela y control están sometidos<sup>99</sup>.

Ambas formas de explotación económicas de la obra, o a través de las cesiones de derechos o a través de de las gestiones colectivas tienen como objetivo asegurar que la obra sea adecuadamente explotada y que el autor o el titular de derechos tenga el retorno esperado de la misma. Lo que ahora veremos más detalladamente.

---

<sup>98</sup> Según el artículo 157 del TRLPI, algunas obligaciones a las entidades de gestión colectivas. En especial advierte en su punto cuarto: “*Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.*” Para algunos autores este ejercicio viene de la imposibilidad de lograr de forma aislada la recaudación económica de los derechos de autor. De la misma manera sentido MARTÍN VILLAREJO, Abel, “El ejercicio de los derechos...”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Nuevas Tecnologías...*, op. cit., pp. 146.

<sup>99</sup> De igual manera refleja el artículo 147 del TRLPI que señala: “*Las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado. Estas entidades, a fin de garantizar la protección de la propiedad intelectual, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen.*” Véase también MARTÍN VILLAREJO, Abel, “El ejercicio de los derechos...”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Nuevas Tecnologías...*, op. cit., pp. 151-152.

### 3.1 La cesión de derecho de autor de los periodistas y las obras colectivas.

El autor periodista, en los últimos tiempos, ha cedido la gran parte de sus derechos de explotación a los editoriales. En general, las cesiones de los derechos de autor originan de las relaciones laborales, lo que podemos llamarlos de periodistas asalariados. Pero también estas relaciones pueden ser pactadas en un contrato, como podemos observar en muchos casos en internet, en los llamados contratos free lance. En ambos casos, lo que siempre debemos observar es que esta cesión deberá formalizarse por escrito<sup>100</sup>.

Podemos afirmar, que en ambas relaciones o laborales o contractuales lo que deberá prevalecer es lo principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, las partes deberán decidir a quién ceder, el contenido de la cesión, cómo hacerla, y sobre todas las demás modalidades y clausulas, de esta relación jurídica. Por lo tanto, es el periodista quien decide o que será objeto de la cesión. Y todo lo que no conste expresamente en esta cesión de derechos continua en disposición del periodista autor<sup>101</sup>.

Confirmando lo anteriormente dicho, el artículo 51. 1. de la TRLPI/2006, señala que los derechos de los autores asalariados, que transmiten sus derechos de explotación a los empresarios, se regirá por lo pactado en contrato y este deberá formalizarse por escrito. Además complementa en el punto 2 del mismo precepto que en la falta de pacto escrito: *“se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el*

---

<sup>100</sup> Los periodistas están en desventajas en las cesiones de los contratos por las presiones de los grandes editoriales. Las relaciones pueden ser pactadas en un contrato o en un contrato anexo, o en convenio colectivo o bien por disposición legal. Aún referente a materia debemos observar el artículo 45 del TRLPI, que nos afirma: *“Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato.”* Sobre la materia pueden consultarse en CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 476. El autor señala que la cesión en exclusiva tiene que otorgarse expresamente y con este carácter.

<sup>101</sup> Las cesiones podrán ser en exclusivas (concesión), artículo 48 y 49 del TRPLI; y no exclusivas (simple autorización), artículo 50 del TRPLI. Además en el artículo 51 del TRLPI, encontramos las transmisiones de los autores asalariados. En estos términos véase ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, op. cit., pp. 75. Veamos el artículo 43. 2. del TRLPI, que nos afirma: *“(…) Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.”*

*momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.”* Y en el punto 3, señala que en ningún caso podrá disponer de la obra para fines distintos de los pactados<sup>102</sup>.

Lo que percibimos en estos preceptos legales es que nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 1996, en materia de cesión de derechos, tiene una interpretación restrictiva de esta cesión e intenta incansablemente proteger los autores. Observamos que son los autores periodistas que tienen la facultad de decidir el tenor de la cesión de sus derechos, ya que las divisiones de los derechos patrimoniales de autor, podemos decir que son ilimitadas<sup>103</sup>.

Ahora bien, un periódico es un conjunto de obras protegidas por los derechos de los autores, lo que calificaremos como una obra colectiva. Está criado por la iniciativa y bajo la condenación de un editor, que edita y divulga en su nombre. Y en su contenido rezan las aportaciones de diferentes autores (periodistas en general), y su resultado es una obra única y autónoma<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Algunos autores demuestran inquietud referente a los conceptos de actividad habitual y alcance necesario. Nos comentan que en el primero, debemos recurrir al criterio del objeto social y práctica habitual, y en segundo, a una interpretación finalista, de indispensabilidad. En el mismo sentido véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, *op. cit.*, pp. 182. Véase también GARCÍA SANZ, Rosa María, *El derecho de autor en internet*, Madrid, Colex, 2005, pp. 54. Para la autora en las relaciones de trabajo, debe primar el principio *in dubio pro autor*, o *in dubio pro operario*, que supondrá mejores condiciones para el deudor del trabajo.

<sup>103</sup> Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *op. cit.*, pp. 406-407 y 422. De la misma manera véase el art. 43 del TRLPI, referente a las transmisiones *inter vivos*. Sobre la cuestión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, *op. cit.*, pp. 173. Debemos observar también la sentencia STS, de 16 de marzo de 2005, Sala de lo Civil, proc. núm. 184/2005. La sentencia admite los pactos en exclusiva, siempre que acuerden expresamente las partes, dejando siempre a salvo el derecho de ejercer la acción de revisión por remuneración no equitativa.

<sup>104</sup> Debemos señalar que la obra colectiva no se desvirtúa porque alguna de sus partes integrantes quiera usarla separadamente. Sobre la materia pueden consultarse la sentencia de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 47867). Además debemos resaltar que el cómputo básico de protección, conforme el art. 26 o 28.1 del TRPLI, es de la vida del autor o del último coautor superviviente. De la misma forma RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 272. Vid. el artículo 59. 3. del TRLPI referente a los contrato de edición. Excluyendo la publicación periódica, salvo se las partes así lo elijan. En este sentido véase el comentario de ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 89. En virtud de los contratos entre los autores y con quien se encargo y tuvo la iniciativa, solo podrán retirar su obra, en las condiciones que establece la ley. Véase el artículo 14. 6. del TRLPI, que nos afirma que corresponde el autor retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. A demás podemos encontrar sobre la materia en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 111. El artículo 52 del TRLPI, establece que los autores de publicaciones periódicas, conservan su derecho de explorarlas, desde que no perjudique la normal publicación de la obra. Además lo prevé

Las funciones que rezan los editores son la de supervisión de los artículos, corrección, organización, entre otras, la elaboración del periódico<sup>105</sup>. El editor posee un derecho de explotación, salvo pacto contrario, sobre el periódico. Pero siempre, nos cumple resaltar, sin el perjuicio de los derechos de los periodistas sobre sus aportaciones<sup>106</sup>.

El editor goza de los derechos de reproducción y distribución de los artículos incorporados en el periódico. En la prensa de papel, el editor gozaba solamente de los derechos de la primera publicación, necesitando para las siguientes una nueva autorización del autor. En internet, la digitalización de una obra, genera una nueva forma de explotación, necesitando como habíamos visto, la autorización del autor.

Estas relaciones de los periodistas y periódicos, como hemos dicho anteriormente, se realizan a través de las cesiones de derechos de los autores de artículos periodísticos. El artículo 43 del TRLPI, señala que los derechos de explotación de los autores pueden ser cedidos por acto inter vivos, estando limitada la cesión a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. El mismo precepto legal en su punto 5, esclarece que esta cesión de estos derechos, no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos en el tiempo de la cesión<sup>107</sup>.

---

que podrá explorarlas libremente dentro de 1 mes para las publicaciones diarias y 6 meses, para las restantes, salvo claro, pacto contrario. de igual manera véase el artículo 8 del TRLPI, que señala: “Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.” Véase también, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 112; LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, Madrid, Reus, 2000, pp. 87 y ss.

<sup>105</sup> En estos términos GARCÍA SANZ, Rosa María, *El derecho de autor...*, op. cit., pp. 58.

<sup>106</sup> Sobre la materia pueden consultarse el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en su artículo 2. 5. referente a las colecciones: “Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.”

<sup>107</sup> Para un estudio detallado ver CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 475 y ss.

Lo que nos pretende aclarar el precepto legal, es las diversas discusiones referente a la introducción de una obra en internet. Una empresa periodística que publica un artículo en internet, antes de publicarlo deberá recurrir al contrato de cesión de derechos de autor, para verificar se está aún posee el derecho de explotación sobre la obra. En caso de que el contrato no prevea la modalidad de explotación en internet, o si en este momento no existiera la misma, tendrá que requerir una nueva autorización al autor y una nueva remuneración equitativa para el mismo. Mismo que la internet existiera, pero las partes ignoraban o nada mencionaran al respecto<sup>108</sup>.

Concluimos por lo tanto, según los principios básicos de los contratos, como hemos visto, las cesiones no podrán estar implícitas, la cesión tendrá que siempre ser previsible. Los contratos de cesión deben contener todas las voluntades de las partes, el autor periodista deberá indicar expresamente la autorización para la explotación de la obra en la red. Y en caso de que en el momento de la cesión no existiera internet, la introducción de la obra en la red, dependería de autorización y consecuentemente una nueva remuneración por esta nueva explotación de su obra, distinta de la que se fijó en contrato<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Véase SANTÍN DURÁN, Marina, en GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *op. cit.*, pp. 358. La autora señala que: “(...) Sobre esta cuestión los tribunales han estipulado que los contratos de adición de las obras literarias deben contemplar expresamente esa posibilidad y que, de no ser de este modo, los derechos de edición electrónica pertenecen al autor.” Debemos observar que la cesión tiene que compensarse con una parte proporcional a los ingresos de la explotación con la excepción de los casos tasados en los artículo 46 (Remuneración proporcional y a tanto alzado) y 47 (Acción de revisión por remuneración no equitativa) del TRLPI. Al respecto a materia véase CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 476 y ss.

<sup>109</sup> Los efectos de estos contratos, deberán determinar el cedente y el cesionario. Para un estudio completo véase RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 309. Referente a este tema, debemos observar la famosa sentencia del caso de Jonathan Tasini y otros. contra The New York Times. Los hecho son que Jonathan Tasini y otros, eran periodistas *freelance*, con contratos de cesión de derechos para la prensa de papel. El problema es que The New York Times venía utilizando sus obras para difundirlas en internet. En un principio el juez decidió a favor de New York Times, pero años más tarde la misma sentencia fue revocada por la Suprema Corte de estado de NY a favor de los periodistas *freelance*, por entender que la introducción de la obra en internet, era una nueva forma de explotación y necesitaba de una nueva autorización de los periodistas. Véase la sentencia en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/00-201P.ZS>, (consultado en 03 de abril de 2012). Difícil será establecer la remuneración con base en las futuras posibilidades de copias, visto que en internet este cálculo es imprevisible. En este sentido, debemos observar el art. 46. 2. a), del TRLPI, donde se podrá establecer un tanto alzado para el autor en el caso, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible.

Lo mismo ocurrirá con el periodista asalariado, pero además el art. 51. 3., del TRLPI menciona que en ningún caso el empresario podrá disponer de la obra para un sentido o fines distintos de lo pactado<sup>110</sup>.

Relacionado con el tema es oportuno mencionar, que los autores conservan el derecho de colección, salvo pacto contrario. Es decir, el autor podrá recopilar su obra y publicarla en una colección o antología. No obstante tendrá que analizar el primero contrato de la obra, para observar se en este, hay alguna prohibición sobre modalidad de explotación. A parte de esto el autor periodista no podrá hacer competencia al titular de derecho de la obra<sup>111</sup>.

### **3.2 Las gestiones colectivas de derecho de autor, en especial de los periodistas.**

El ministerio de cultura, lo define como: “*organizaciones privadas de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedican en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial por cuenta de sus legítimos titulares*”<sup>112</sup>.

La gestión colectiva es fruto de una supuesta imposibilidad de las gestiones individuales de los derechos de autores. En este nuevo entorno digital, con las inúmeras posibilidades de difusión y copias de las obras, los autores periodistas se encuentran con una gran dificultad de control, a cada uno de los usos de sus obras. Además en internet, ven una cierta imposibilidad de dar permisos para al uso de sus obras, a cada usuario que lo necesite. Es de ahí, que nacen estas organizaciones. Para facilitar la explotación

---

<sup>110</sup> Como habíamos mencionado anteriormente, pero debemos señalar el art. 51.2. del TRLPI: “*A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.*”

<sup>111</sup> Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, op. cit., pp. 171. El autor advierte que el derecho de colección son inalienables, incluso en caso de cesión en exclusiva. Veamos también DÍAZ NOCI, Javier, op. cit., pp. 7.

<sup>112</sup> En muchas ocasiones la jurisprudencia se ha referido a entidades de naturaleza mixta, pública y privada. En estos términos ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, op. cit., pp.175.

patrimonial de la obra, y la administración de estos derechos, administrativamente y judicialmente<sup>113</sup>.

Sus funciones, en general, son de administrar los derechos de propiedad intelectual cedidos, perseguir violaciones, proteger y defender contra eventuales infracciones contra la propiedad intelectual. Como también determinar una base económica, para la utilización de las obras, y la concesión de autorización no exclusiva de los derechos de autor<sup>114</sup>. Además estas organizaciones, prestan asistencia y promoción a los autores, así como concretizan contratos.

En general, los derechos morales no son objetos de protección de las gestiones colectivas, pero a pedido del autor, estos derechos también podrán ser protegibles. Los importes económicos recaudados por las gestiones de derechos, se quedan provisionalmente guardados por la organización. Para que de forma proporcional sean distribuidas a los titulares de derechos<sup>115</sup>.

Una situación interesante ocurrió en España en el año de 2002, cuando los principales grupos de prensa firmaron un acuerdo, para la constitución de una sociedad mercantil, llamada Gedeprensa. Esta misma sociedad tenía como objeto social la gestión de los derechos de propiedad intelectual a respecto de los resúmenes de prensa o de

---

<sup>113</sup> Vid. SALELLES, José R., en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *op. cit.*, pp. 226-227, y pp. 231, que nos comenta la imposibilidad de la gestión individual, que en la práctica no es rentable. Sobre la cuestión podemos encontrar en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 505. Véase también LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús, “La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de Autor”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

<sup>114</sup> En estos términos DIETZ, Adolf, *op. cit.*, pp. 173. De igual manera lo refleja la sentencia del Ayuntamiento de León contra Sociedad General de Autores y Editores. La sentencia admite la legitimación de SGAE para representar sus miembros, no siendo necesario acreditar la representación a cada uno de ellos. Véase STS, de 24 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil. Proc. núm. 5365/1999, resol. núm. 1191/2006.

<sup>115</sup> Sobre la cuestión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad...*, *op. cit.*, pp. 274. Veamos también ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 176. Debemos observar artículo 154. 2. del TRLPI, que señala: “Las entidades de gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras.” Véase también UREÑA SALCEDO, Juan Antonio, *Régimen Público de la Gestión Colectiva de derecho de Autor*, Madrid, iustel, 2011, pp. 59 y ss. El autor señala que hay una autonomía tarifaria a favor de las entidades de gestión. Además estas deberán meramente comunicar a la administración sobre sus tarifas. No obstante advierte que estas tarifas pueden ser controladas a *posteriori* por los órganos de defensa de competencia, para que se evite abusos. De la misma manera la sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de diciembre de 2008, asunto c-52/07.

noticias divulgados por cualquier medio o procedimiento, que correspondan a título originario o derivado, a los editores de prensa y a demás medios de comunicación impresa, sonora y audiovisual de los grupos que la forman<sup>116</sup>.

Esta sociedad fue muy criticada por algunos autores de la prensa. Primero, porque sus fundadores son los principales grupos de prensa de España. Y segundo, porque ocasionaba un monopolio en la defensa de los derechos de los autores. Gedeprensa tanto fue criticada, que en un principio fracasó<sup>117</sup>.

El tribunal de defensa de la competencia decidió en la resolución núm. 334/2003 de 10 de mayo de 2004, a no autorizar la continuidad de Gedeprensa. Considero que el Contrato presentando por Gedeprensa no era susceptible de beneficiarse de la autorización solicitada y señalo que: *“ofrece una solución muy rígida desde el punto de vista tecnológico, teniendo en cuenta que se trata de contenidos informativos ya publicados; observa, además, una falta de confianza efectiva en las posibilidades de una solución negociada más abierta y estable”*<sup>118</sup>.

Para algunos, los derechos que se acogían los editores eran dudosos. Que lo pretendía este acuerdo era regular monopolísticamente el sector periodístico. Después de un accidentado periplo judicial, la sentencia de 8 de febrero de 2008, la 6ª sala de la audiencia nacional (RJCA 2008, 146), decide por la validez de Gedeprensa. Acto

---

<sup>116</sup> Los principales grupo de prensa de España firmantes del contrato de Gedeprensa eran, entre otros: Corporación de Medios de Nuevas Tecnologías, S.L.U., que pertenece al Grupo Correo Prensa Española, integrado por 95 sociedades, que editan entre otras las siguientes cabeceras ABC, El Correo, El Diario Vasco, El Diario Montañés, La Rioja, El Comercio, La Verdad, Ideal, Hoy, El Sur, El Norte de Castilla, El Semanal, Mujer de Hoy, El Semanal de TV e Inversión y Capital; Prisacom, SA, que forma parte del Grupo Prisa, al que pertenecen 202 sociedades, que editan entre otros, los siguientes medios de comunicación El País, As, Cinco Días, El Correo de Andalucía, El Diario de Sevilla, Odiel, Jaén, El Día de Valladolid y Rolling Stone; Unidad Editorial, que participa en 25 sociedades, cuya principal cabecera es El Mundo; Recoletos, Grupo de Comunicaciones, SA, perteneciente al Grupo Recoletos, que participa en 25 sociedades, que editan Expansión, Actualidad Económica, Marca, Diario Médico y Telva; y Grupo Godó de Comunicaciones, matriz del Grupo Godó, al que pertenecen 24 sociedades, que editan La Vanguardia y El Mundo Deportivo. Referente al tema vamos la sentencia núm. 230/2011, de 6 junio (JUR 2011/300078), de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª).

<sup>117</sup> Véase DÍAZ NOCI, Javier, *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>118</sup> Podemos consultar la resolución Expte. A 334/03, del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2004, en [http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act\\_cyb/competencia/competencia014.html](http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act_cyb/competencia/competencia014.html), (consultado en 03 de abril de 2012).

seguido se confirma por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 mayo de 2011 (RJ 2011/4430)<sup>119</sup>.

Otra organización que se ocupa de los derechos de propiedad intelectual de los periodistas en España, es CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos que cuida de los derechos de autores, editores de libros, revistas y otras publicaciones)<sup>120</sup>. Además gestiona los derechos de sus socios en otros países. Sus funciones como las demás gestiones colectivas de derechos de autor, son el reparto entre autores y editores de las cantidades que les corresponden por la utilización de contenidos de sus obras, la concesión de autorizaciones o licencias para la utilización de contenidos de las obras, la gestión colectiva de la compensación equitativa por copia privada, suprimida por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, entre otras actividades propias de las sociedades de gestión<sup>121</sup>.

No obstante para algunos autores estas entidades de gestión colectiva explotan abusivamente los derechos de propiedad intelectual de sus autores. Para ellos muchas veces estas entidades vulneran normas sobre el abuso de posición dominante al aplicar

---

<sup>119</sup> En estos términos PEDREÑO, Eduardo, “Gedeprensa y Periodista Digital”, *Revista Libertad Digital*, 2005, en <http://www.libertaddigital.com/opinion/eduardo-pedreno/gedeprensa-y-periodista-digital-24505/>, (consultado en 03 de abril de 2012). Es importante subrayar que anteriormente el Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 noviembre de 1997, núm. 196/1997, ya admite la posibilidad de que una entidad mismo que no tenga la autorización, a que se refiere el art. 147 del TRLPI, gestione derechos de propiedad intelectual. En su fundamento sexto nos menciona: “*La opción por las entidades de gestión, como cauce especialmente creado por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos, no excluye, como señala el Abogado del Estado, la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero, ni que la gestión de los derechos de propiedad intelectual de varios titulares sea encomendada a entes distintos de las entidades de gestión reguladas en el Título IV del Libro III de la LPI, los cuales, al no gozar de la cualidad de entidad de gestión, se regirán por las normas particulares del tipo de ente, no siéndoles aplicables el régimen jurídico específico y privilegiado que disciplinan los arts. 132 a 144 de la LPI*”. Referente al tema veamos RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 300-301.

<sup>120</sup> Véase en <http://www.cedro.org/>, (consultado en 03 de abril de 2012).

<sup>121</sup> Sobre la cuestión se puede consultar en <http://ifro.org/>, (consultado en 03 de abril de 2012). De la misma manera en <http://www.cedro.org/nosotros/funciones>, (consultado en 03 de abril de 2012).

la imposición de tarifas a establecimientos, como las peluquerías u hoteles, sin una previa negociación y muchas veces no equitativa<sup>122</sup>.

Lo cierto es que estas entidades de gestión establecen sus tarifas de forma unilateral, y su única obligación es el registro de los valores de estas tarifas, ocasionando para muchos un abuso de posición, que deberá ser solucionado por los tribunales, y que podrá tardar años porque como sabemos nuestros tribunales están cargados de procesos.

En nuestra opinión, una negociación previa a la publicación de los valores de las tarifas, con los establecimientos envueltos, sería la mejor solución para la resolución de estos problemas y aparte de esto, prevendría los conflictos judiciales.

---

<sup>122</sup> En este sentido véase la sentencia STS, de 18 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Adm. Proc. núm. 2234/2004. La sentencia estima la resolución del Tribunal de defensa de Competencia, por entender que las determinadas empresas (EGEDA, AISGE y AIE) habían explotado abusivamente los derechos de propiedad intelectual. El mismo tribunal determina que se habían vulnerado las normas sobre el abuso de posición dominante al aplicar la imposición de tarifas a establecimiento hoteleros sin negociación y no equitativa.

## **CAPITULO II: EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS, EN ESPECIAL INTERNET, EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN.**

### **4. Los ilícitos civiles en internet: La intromisión en el honor, en la intimidad personal y familiar y la propia imagen.**

Actualmente en nuestra sociedad, no podemos imaginar las comunicaciones y informaciones, sin la utilización de las nuevas tecnologías. Sabemos de todas las mejoras significativas y sustanciales y las ventajas de una comunicación e información libre y sin fronteras, sin embargo no impiden la existencia de situaciones de riesgos en la utilización de las nuevas tecnologías, en especial internet. Las legislaciones caminan en el sentido del desarrollo y uso generalizado de las Tecnologías de la Información y Comunicación, como un instrumento imprescindible para mejorar las condiciones de vida y económicas de las personas. No obstante, las actividades realizadas a través de las nuevas tecnologías, nos obligan a tomar determinadas cautelas adicionales para impedir que internet sea utilizada como soporte para la comisión de delitos<sup>123</sup>.

---

123 Vid. ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales, Revista de Derecho UNED - Núm. 10, Enero 2012, Id. vLex: VLEX-420104466 <http://vlex.com/vid/420104466>. (Consultado en 24/10/2013); Antoni ROIG, "El anonimato en Internet y la libertad de expresión" en Lorenzo Cotino (Ed.), Libertades en Internet. La red y las libertades de expresión e información, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 321-353; RIBAS, Javier, Las obligaciones de control de contenidos, Circulares Landwell (2002), en [www.vlex.es](http://www.vlex.es) (consultado en 26/10/2013); CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, La protección del honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 19 y ss.; CABALLERO GEA, José Alfredo, Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Derecho de rectificación. Calumnia a injuria. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, 2º ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 21 y ss.; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2010, Pamplona, 2010, PADILLA RUIZ, Pedro, El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2011, Aranzadi, Pamplona, 2011; RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet, *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático* Núm. 29, diciembre 2000, [www.vlex.com](http://www.vlex.com), (Consultado en 24/10/2013); GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Fue en el año de 1948 que por primera vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la protección al honor, intimidad y la propia imagen. En España, con treinta años de retraso, fue la Constitución Española de 1978 que reconoció este derecho fundamental del individuo. Exactamente en su artículo 18 podemos encontrar la protección de estos derechos, así como en el mismo artículo el legislador español ya nos advertía la protección de estos derechos contra las incidencias del uso de la información<sup>124</sup>.

En efecto, todos sabemos que los mayores riesgos actualmente al ataque y vulneración de estos derechos se producen a través de las nuevas tecnologías, en especial internet. La visibilidad masiva, la rápida difusión por la red, la dificultad de su persecución y la exigencia de responsabilidades, son algunos de los muchos retos que debemos superar<sup>125</sup>.

No obstante, no podemos dejar de observar que es también mediante el uso de las nuevas tecnologías que inciden con mayor fuerza las libertades comunicativas de todo individuo, es decir, la libertad de expresión y libertad de información. Con esta cantidad de derechos y libertades envueltos en el uso de las nuevas tecnologías, es común depararnos con algún problema de límites en el ejercicio de estos derechos, como también problemas en la resolución de estos conflictos<sup>126</sup>.

Internet nació para una comunicación libre, sin controles administrativos, sin fronteras en la comunicación, un espacio abierto y libre de trabas burocráticas. Consiguió los niveles más altos de información, unió muchas culturas y diversidades.

---

<sup>124</sup> Relacionado con el uso de la informática, observamos el artículo 18. 4 de la Constitución Española de 1978, que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*. Véase también CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.; CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>125</sup> Véase de la misma forma STS núm. 947/2009 de 2 de octubre de 2009 (JUR 2009, 451518), así como DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010*, Pamplona, 2010.

<sup>126</sup> Referente al tema DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010*, Pamplona, 2010, señala que efectivamente, no hay dudas que el exponente clave actual y novedoso, es la aparición de internet, que en esta nueva realidad modifica sustancialmente el panorama.

No obstante esta internacionalización de la comunicación tiene riesgos y dificultades derivados de su uso<sup>127</sup>.

En este capítulo examinaremos las intromisiones ilegítimas en los derechos a la personalidad, derechos necesarios para el desarrollo del individuo, entre los cuales se hallan los derechos a la honra, la intimidad personal y la propia imagen. Analizaremos los conflictos de intereses y los problemas relacionados con los derechos fundamentales, realizados a través del uso de internet.

#### **4.1 El derecho al honor en internet.**

Su concepto es de difícil definición, no obstante podemos asociar lo a la buena reputación de la persona. El Diccionario de la Real Academia Española así lo define, señala que es la buena reputación o la gloria que sigue a la virtud, al mérito o acciones heroicas, a cual extiende a la familia, personas y acciones de quien se la obtiene. Algunos autores advierten la dificultad de definición del derecho al honor y observan que ni mismo el propio Tribunal Constitucional encontró una definición exacta del honor, dejando que las normas precisen los valores e ideas sociales de cada momento<sup>128</sup>.

Debemos observar que el derecho al honor posee un doble aspecto, uno subjetivo que es lo que cada uno aprecia sobre sí mismo, y otro aspecto objetivo, que está relacionado con la consideración que los demás tienen de una persona. El derecho

---

<sup>127</sup> Para DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*, nadie puede cuestionar el aporte de información y comunicación interpersonal de internet. No obstante, la misma tiene riesgos y interrogantes manifiestos, que no se puede olvidar en la hora de valorar situaciones y decidir consecuencias. Como por ejemplo la dificultad de localización y problemas de *control sobre lo que nació para ser libre y funcionar sin controles*.

<sup>128</sup> En este sentido CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 19; VERA SANTOS, José Manuel, *Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 181.

De todas maneras debemos observar que la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2007 de 15 de enero, señala el derecho al honor como la buena reputación de cada persona. Así como CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad...*, *op. cit.*, pp. 21, señala que el honor es el patrimonio moral de cada persona, su propia estimación, su reputación. Véase la definición encontrada en 22 ed. de la Real Academia Española de la Lengua, que señala que el honor es la “*gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea*”. En el mismo sentido, PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...*, *op. cit.*, 2011. Relacionado con el tema véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 116-117.

al honor está directamente relacionado con la dignidad humana y la falta de veracidad, o informaciones insultantes u ofensivas, el gratuito desmerecimiento o descrédito social, mediante expresiones vejatorias encontradas en internet, suponen una vulneración de este consagrado derecho<sup>129</sup>.

La ley Orgánica 1/1982, sobre la protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que el derecho al honor es irrenunciable, imprescriptible, inembargable e inalienable, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento. La protección de este derecho quedará delimitada por las leyes, así como por los usos sociales encontrados en cada momento<sup>130</sup>.

Por lo tanto, para nosotros sin intentar definir con exactitud en el significado del honor, podemos decir que el honor es el patrimonio moral de un individuo, su propio aprecio, es la reputación que uno tiene de sí mismo, así como la consideración que los demás poseen de esta persona, el prestigio frente a terceros. El honor desprende de las actitudes del individuo, del grado de publicidad, de los valores e ideas sociales de un determinado momento. El honor es el derecho que cada uno tiene al respecto de los demás<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> De la misma forma véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*, así como FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 116-117. Para esta última autora el honor en nuestro ordenamiento constitucional tiene un significado personalista. En este mismo sentido véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/88, de 8 de junio.

<sup>130</sup> En este sentido véase el artículo 1.3 e 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE de 14 de Mayo de 1982.

<sup>131</sup> De la misma forma CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 20. Así como CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor...*, *op. cit.*, pp. 17; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.* Así como PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...*, *op. cit.*, 2011. Para el autor el derecho al honor es un derecho de la personalidad y se desprende directamente de las personas físicas. Además señala que la Constitución asegura la protección de del honor a todas las personas, pero no a todas por igual. Es decir, para el autor el Tribunal Constitucional interpreta que un personaje público o de relevancia social, que por su cargo o trabajo tiene una proyección al exterior o es objeto de las miradas de la comunidad, debe soportar un nivel mayor de intromisión en su intimidad, imagen y honor, que un particular. En este mismo sentido véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1993 de 21 de enero, que advierte que las personas publica que optaran libremente para esta condición, optan también por soportar por una mayor intromisión en sus derechos de personalidad que las personas privadas que pueden de forma circunstancial constituir noticia en relación a determinados hechos. Véase no obstante la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 190/1992 de 16 de noviembre, que señala que los personajes públicos, por el simple hecho de ser políticos no dejan de ser titulares del derecho al honor. Además

## 4.2 El derecho a la intimidad en internet.

El derecho a la intimidad juntamente con el derecho al honor, podemos encontrar consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución. Este derecho fundamental, extremadamente vinculado con la dignidad de la persona impone a terceros el deber de abstenerse de intromisiones desproporcionadas a la esfera íntima de cada uno, como también de otras personas con quien posee relación<sup>132</sup>.

El derecho a la intimidad es el atributo que cada uno tiene en proteger con todas las fuerzas aquel aspecto de la vida más oculto, íntimo, personal y familiar. En internet de la misma forma, es la persona que tiene el derecho de decidir sobre la divulgación de los aspectos más íntimos de su vida. En este derecho la comunicación no es marcada por pautas de veracidad de la información, sino que por relevancia o interés público de la misma<sup>133</sup>.

Con la aparición de las Nuevas Tecnologías, en especial internet, el derecho a la intimidad ha marcado nuevas reglas en este nuevo medio de comunicación. A parte de su tradicional protección sobre la no divulgación de los aspectos más íntimos de la persona, debemos señalar la protección de los datos personales en internet, así como la protección del anonimato en la red. Los datos personales en internet, protegido por el derecho a la intimidad, se tornaran materia de especial relevancia en la comunidad europea y en las legislaciones de los estados miembros. No obstante, referente a este

---

señala PADILLA RUIZ, Pedro, *op. cit.*, que cuando la persona fallece, no deja de estar protegido su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por protección de la memoria del difunto que propugna el artículo 10.1 de la Constitución. Ni tampoco una persona jurídica si debe excluir su ámbito de protección a estos derechos. En este mismo sentido véase las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 139/1995, de 26 de septiembre, y 183/1995, de 11 de diciembre.

<sup>132</sup> Igualmente podemos encontrar en CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 21-22. Para la autora el derecho a la intimidad no solo protege al individuo de la obtención ilegítima por parte de terceros, sino que también de la revelación, difusión o publicidad no consentida, y del uso o explotación de estos datos sin la autorización de su titular. Véase también FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 117. Así como la Sentencia de Tribunal Constitucional núm. 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>133</sup> Véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2010, *op. cit.*, así como FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 118. Para la autora la doctrina define la intimidad en su doble vertiente, una de la defensa de la persona y otra del control de las informaciones que le afecten. Véase también VERA SANTOS, José Manuel, *Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 182. El autor señala que el derecho a la intimidad es un derecho de contenido negativo, es decir, el derecho de estar solo, de no ser molestado.

tema no entraremos en este capítulo, ya que hemos hablado en el capítulo anterior en el secreto de las comunicaciones y la protección de datos en internet<sup>134</sup>.

### 4.3 El derecho a la propia imagen en internet.

Juntamente con los derechos fundamentales del artículo 18 de la constitución española, a la honra, la intimidad personal y familiar, está el derecho a la propia imagen. Formando parte por así decir de los derechos de la personalidad derivado de la dignidad humana<sup>135</sup>.

El Tribunal Constitucional señala que el derecho a la propia imagen son los atributos o aspectos físicos, la voz, o el nombre. Son las cualidades que definen y que se atribuyen a una determinada persona, haciéndola reconocible a los demás. Este derecho está dirigido a limitar la intervención de terceros no autorizados en la vida privada de una determinada persona, a proteger la moral de las personas<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> De la misma forma DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*, señala su preocupación con las nuevas tecnologías, en especial el anonimato en internet y el derecho a la intimidad. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2001, de 18 junio de 2001 que caracterizo el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo.

<sup>135</sup> Debemos observar VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 183. El autor señala que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, ya que se diferencia por su carácter externo.

<sup>136</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 117/1994, de 25 de abril. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/2001, de 26 de marzo, que señala que en el ámbito constitucional, el derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución se consagra como un derecho a la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a la protección moral de las personas, que atribuye a cada uno de su titular un derecho a determinar la información gráfica de sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. Esta facultad derivada de este derecho fundamental consiste en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de terceros no autorizados, independiente de su finalidad, ya sea informativa, comercial, científica o cultural, perseguida por quien la capta o difunde. Así como CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 25-26, que advierte que el derecho a la propia imagen también posee una vertiente patrimonial, formando parte del derecho de propiedad, que es cuando mediante autorización de su titular utiliza o explota económicamente la imagen. El Auto del Tribunal Constitucional 28/2004, Sec. 1ª, 6 de febrero de 2004 advierte que los derechos del artículo 18.1 CE, a pesar de la estrecha relación con los derechos de la personalidad, tienen un contenido propio y específico. En lo que se refiere a específico frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección de reproducciones de la imagen que afecta a la esfera personal de su titular. No obstante, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. Pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo. Señala DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*, que la propia imagen se justifica por la *relevancia del personaje, de sus actos y porque la imagen se obtenga en un espacio público.*

Debemos observar que muchas veces se pueden utilizar fotos con un grupo de personas, o con ánimo informativo, o sin la intención de utilizar determinada imagen, estas imágenes, siempre que no se utilicen con ánimo económico o publicitario, no afectan el derecho a la propia imagen<sup>137</sup>.

Efectivamente la Ley 1/1982 advierte que tendrán consideración de intromisiones ilegítimas la captación, reproducción o publicación por *fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*. Así como el uso del nombre, de la voz o de la imagen de alguien para fines *publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*. En efectiva, la protección del derecho a la propia imagen posee un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Atribuyendo al titular la opción de la difusión incondicionada de su aspecto físico.

En este sentido las jurisprudencias del Tribunal Constitucional señalan que el alcance del derecho de la propia imagen alcanza a las informaciones gráficas que permiten que con los rasgos físicos existentes en ella, permitan identificar determinada persona sin su consentimiento o autorización. No obstante, en el caso de los personajes públicos este derecho es distinto en relación a los particulares, podríamos decir que es más maleable en relación a las intromisiones ilegítimas. Veamos el artículo 8 de la Ley 1/1982 que advierte dos salvedades claras en el caso de los personajes públicos, establece que el derecho a la propia imagen no impedirá la captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. Así como no impedirá la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. Además el derecho a la

---

<sup>137</sup> De la misma forma DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.* Véase también ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.*, señala su preocupación de la habitual utilización de imágenes en internet con fines de pretendido periodismo ciudadano, no obstante sin respetar los límites que el ejercicio del derecho a la información impone en muchos casos. Advierte que hay muchos problemas relacionados con los derechos fundamentales de la personalidad de los usuarios afectados con el de la protección de datos de imágenes. Por este motivo viene siendo objeto de estudio por el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/ CE. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto Bodil Lindqvist trata de establecer con claridad criterios a aplicar sobre la protección de datos personales en Internet, y la aplicación también a las fotografía e imágenes.

propia imagen no imposibilitará la información gráfica sobre un suceso o hecho público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio<sup>138</sup>.

En definitiva, el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana. Está dirigido a proteger el aspecto físico, como un instrumento básico de identificación y proyección exterior y elemento indispensable para el propio reconocimiento como individuo. Constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, así como la protección de la dimensión moral de las personas. Atribuye a su titular un derecho o facultad a determinar la información gráfica generada por sus características físicas que pueden tener una dimensión pública. Esta potestad sobre el derecho a la imagen, consiste en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, independiente de cuál sea la finalidad perseguida, ya sea informativa, comercial, cultural, etc<sup>139</sup>.

#### **4.4 Los límites del honor, la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información.**

Debemos observar que el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen a demás de ser derechos fundamentales encontrados en la constitución son límites de otros derechos fundamentales encontrados en el artículo 20.1, que son los derechos a la libertad de expresión y de información. Es común encontrar que estos derechos entren en conflicto, y que es a través de del ejercicio de la libertad de expresión e información

---

<sup>138</sup> En relación a personajes públicos véase la Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de julio de 2009 (RJ 2009/4452) señala que la imagen de la autora de la demanda, mismo que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública, no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa. Advierte que se producido la intromisión ilegítima ya que la imagen no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer. Referente a las imágenes accesorias véase la STS, 1ª, 18 de mayo de 2007 (RJ 2007/2325). Así como la STS, 1ª, de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007/1518) que señala que las imágenes en que aparecen personas públicas hechas en sitios públicos, pero con relación a otras personas y con finalidad de obtener pruebas en otro proceso, sin la difusión masiva, es considerada una imagen accesorio, meramente accidental o casual.

<sup>139</sup> En este sentido véase las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 81/2001, de 26 de marzo de 2001, Sala 2ª; núm. 156/2001, de 2 de julio de 2001 y núm. 99/1994, de 11 de abril de 1994.

que surgen los grandes riesgos al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen<sup>140</sup>.

En el artículo 20 de la Constitución encontramos consagrado el derecho a la libertad de expresión que reconoce el derecho a expresar y difundir con la libertad los pensamientos, ideas y opiniones, independiente del medio de reproducción y sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos. La libertad de expresión es la base de las sociedades democráticas, así como corrobora en el desarrollo de individuo<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Véase el artículo 20.1 de la Constitución española que señala que *se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.* Así como véase CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 27. Para la autora de mas o menos justa reciprocidad los derechos a personalidad, como el derecho a la intimidad y la propia imagen se encuentra limitado por el derecho a la comunicación de información y las libertades de expresión y artísticas. Además señala que el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información son los mayores riesgos en el ámbito civil, para el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 23/2010, de 27 de abril. que advierte que de la misma forma ocurre con los demás derechos fundamentales, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está sometido a determinados límites constitucionales. Al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin la pretensión de afirmar hechos o datos objetivos, sin estar condicionada por la veracidad que se exige para la libertad de información, su campo de acción ha de venir delimitado por la ausencia de frases y expresiones ultrajantes y ofensivas, e innecesarias a este propósito. De la misma forma la libertad de expresión encuentra también su límite en el contenido normativo de otros derechos fundamentales, en que su afectación no resulta imprescindible para la realización constitucional del derecho. El deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto y frecuentemente su delimitación de protección se debe hacer a partir de la de otros derechos fundamentales, mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político. Por este motivo señala la sentencia de la relevancia de los derechos que la Constitución sitúa específicamente como límites, y que el contenido esencial, define un espacio para la libre expresión. En concreto, el propio artículo 20.4 de la Constitución dispone que todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen la denominada “función limitadora” en relación con dichas libertades. En definitiva, advierte que más allá de esos topes constitucionalmente establecidos de la libertad de expresión, ha de reconocer el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en forma de garantía esencial del Estado democrático, que impide someterlo a bienes o valores de rango infra constitucional.

<sup>141</sup> Como viene señalando Tribunal Constitucional, véase la sentencia núm. 23/2010, de 27 de abril, que afirma que el derecho a la libertad de expresión es el derecho en el que ha de incardinarse la emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin la pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos. Véase también CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 28, que señala que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, ya que en la libertad de expresión no opera el requisito de veracidad encontrado en la libertad de información. Así como la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007 de 7 de noviembre, afirma que el artículo 20 de Constitución garantiza una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real

Como advierte algunos autores, una sociedad que priva el hombre de una comunicación libre y sin barreras, acaba por lesionar gravemente la dignidad de sus ciudadanos y les condena a un empobrecimiento intelectual, cultural y moral<sup>142</sup>.

Por otro lado el artículo 20.1 asegura el derecho a la libertad de información que es el derecho de comunicar o recibir con libertad, informaciones veraces de interés general o relevancia pública, por cualquier medio de difusión<sup>143</sup>.

---

otros derechos que la Constitución consagra, reducidas las instituciones representativas y falseado el principio de legitimidad democrática encontrado en el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay una sociedad libre ni tampoco una, soberanía popular, exige la protección de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder. Advierte la Sentencia, que en sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, insiste que la libertad de expresión es la garantía de uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. Efectivamente la libertad de expresión no es solamente una libertad individual básica, pero si un elemento conformador del sistema político democrático. Reitera que de esta manera las libertades del artículo 20 de la Constitución, además de garantías fundamentales, como es el derecho de expresarse, a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional de los estados que es la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, y apareciendo como uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. De esta forma el ciudadano posee la oportunidad de formar libremente sus opiniones y participar en los asuntos públicos, y de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones y contrapuestas. Referente al tema véase PADILLA RUIZ, Pedro, El conflicto entre el derecho al honor..., *op. cit.*, El autor señala que ambas libertades del artículo 20 de Constitución, la de expresión y de información vienen de mano, de tal manera que en muchas ocasiones se mezclan y es difícil deslindar una de otra. Señala que la propia Constitución define la libertad de expresión como el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Debemos observar también el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que advierte: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”. Véase también el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”. Para FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss., el régimen jurídico de las libertades del artículo 20 de la Constitución, debe entenderse teniendo en cuenta algunos aspectos esenciales. Primero, su dimensión individual y su significado político, e segundo su aspecto institucional. Ligas estos derechos a la dignidad de las personas, así como al principio democrático. Véase también VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>142</sup> De la misma manera véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>143</sup> En este mismo sentido señala CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 29, el doble carácter del derecho a la información, ya que para la autora está la condición del derecho fundamental por un lado y por otro la garantía de una institución pública

Procede recordar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que la Constitución consagra por separado las libertades de expresión e información, acogiendo una concepción dual de estos derechos, normativizando a nivel constitucional la autonomía que entre ambas libertades. No obstante, cabe señalar que estas libertades mantienen íntima conexión, así como conservan elementos comunes. La libertad de expresión tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, creencias y juicios de valor y la libertad de información tiene por objeto el derecho de todos los ciudadanos en comunicar y recibir libremente información sobre hechos que puedan considerarse noticiables<sup>144</sup>.

En la libertad de información diferentemente que la libertad de expresión, hay el requisito de veracidad, justificado por ser a través de la libertad de información que los ciudadanos puedan formar sus opiniones y participaciones en los asuntos públicos y de interés general. El derecho de información corresponde a todos, sin ninguna distinción, no obstante, el derecho de informar gana mucho más fuerza cuando ejercido por profesionales de los medios de comunicación, que tienen el deber de hacernos llegar informaciones diligentemente contrastada<sup>145</sup>.

---

fundamental, la opinión pública libre. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1983 de 23 de noviembre, que observa que la libertad de información es: “(...) un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz. El objeto de este derecho es por consiguiente el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión.”

<sup>144</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1988, de 8 de junio, así como VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 204. Para el autor la diferenciación de las dos libertades se observa tanto en el contenido, como en su limitación en la hora de ponderar un posible conflicto con los derechos del artículo 18. Véase también FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, op. cit., pp. 41. La autora señala la doble vertiente del derecho de información, una de transmitir la información y otra de recibir la misma.

<sup>145</sup> Véase en CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 30. Así como la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/1987 de 27 de octubre, que observa que la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la comunicación a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa. No obstante señala que no significa que la libertad de información no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional. Advierte que los derechos de la

Como hemos señalado el requisito de veracidad de la información, además de ser un derecho de todo ciudadano, es un deber de los profesionales de la información. Esto no significa que toda la información publicada resulte verdadera, no obstante el profesional de la información deberá diligentemente contrastar los datos objetivos de la información. Es decir, previamente a la publicación o difusión de la noticia, el profesional de la información deberá realizar una labor de averiguación de los hechos que rodean la noticia, una diligente búsqueda de la verdad, a fin de contratar efectivamente la información<sup>146</sup>.

---

personalidad pertenecen a todos, y no están subordinados a características personales de las personas que los ejerce, sino que al contenido del propio ejercicio. Advierte la sentencia que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio se realiza a través de medios, tan anormales e irregulares, que debe entenderse, que la relación *de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste*. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 50/2010 de 4 de octubre, reitera que la protección del derechos de información alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. En el mismo sentido FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 45. Así como PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor...*, *op. cit.*.

<sup>146</sup> De la misma manera FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 43, la autora observa que el ordenamiento protege la información contrastada. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 31-32, advierte que el recíproco derecho de los ciudadanos en recibir la información es el rechace a la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones, así como noticias infundadas. Véase también PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor...*, *op. cit.*, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/1987 de 27 de octubre, que observa: *“A todo ello procede añadir que la libertad de información, al menos la que coincide en el honor de personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio.”* En este mismo sentido advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2007 de 4 de junio, que la libertad de expresión no tiene por objetivo sentar hechos o afirmar datos objetivos, pero si formular juicios y opiniones. En su campo de actuación no entran expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que además resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Señala que cuando lo que se persigue es la información sobre hechos que se pretenden ciertos, estaríamos ante la libertad de información, en que la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz. Además advierte la sentencia que muchas veces es difícil o imposible separar, en una misma exposición, los elementos que pretenden informar de los dirigidos a valorar. Reitera que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que se puede concluir que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está privando de de su protección a las informaciones que puedan resultar erróneas. Por este motivo es que la Constitución ha estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien exige que las informaciones tengan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. Es decir el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en los casos en los que el informador haya realizado previamente una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información.

Lo que podemos observar, es que con la utilización de las nuevas tecnologías y sus particulares características, este requisito exigido de veracidad de la información, está cada vez más lejos de cumplirse. Con la rapidez de internet, la cantidad de información existente en ella, la labor de los profesionales de la comunicación es cada vez más difícil de concretizarse. La necesidad de la diligencia en información puede tornarla una información ultrapasada, no novedosa, sin más interés. Sin embargo, los ciudadanos esperan y confían que la información transmitida por estos profesionales sea debidamente contrastada.

El Tribunal Constitucional viene señalando que las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades. Las libertades de expresión e información además de ser derechos fundamentales del individuo, significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, al pluralismo político, y al Estado democrático. No obstante hay una distinción entre ambas libertades, los pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro. Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se procura a una manifestación de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia. En consiguiente podemos afirmar que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar el requisito de veracidad, ya que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1988, de 8 de junio. Así como FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 33-41, que observa las libertades de expresión e información resulta una conexión no solamente con la dignidad de la persona, pero también relación con el principio democrático. Señala la autora que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, ya que esta última se refiere a hechos noticiables que tengan apariencia de veracidad, mientras la libertad de expresión se refiere a los pensamientos o ideas, juicios de valor, creencias y opiniones. Además En el mismo sentido PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor...*, *op. cit.*,. De la misma forma debemos observar la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 50/2010, de 4 de octubre, que observa que mientras que los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza, no se exige a una demostración de exactitud, de esta forma en la libertad de expresión no se exige la prueba de la verdad o una previa diligencia en su averiguación, como es exigible constitucionalmente al derecho de información.

Otro de los requisitos de la libertad de información, es el del interés y relevancia de la información. La información deberá tener un interés general de los hechos en que versa, como también deberá tener relevancia pública. El profesional de la información deberá previamente verificar el interés y relevancia del contenido social de la información, a fin de contribuir el debate en una sociedad democrática<sup>148</sup>.

Y por último, la libertad de información tiene que satisfacer el requisito de corrección de formas, que es la utilización adecuada de términos y expresiones al transmitir la información. Las expresiones insultantes, afirmaciones claramente vejatorias, insinuaciones insidiosas e innecesarias no contribuyen con la formación de una opinión pública bien informada, ni tampoco fomenta el debate en una sociedad democrática. El no cumplimiento de este requisito puede indudablemente entrar en colisión y vulnerar el derecho al honor de la persona, además de no contribuir para una sociedad libre y democrática<sup>149</sup>.

Efectivamente ya sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que coexisten entre sí, así como coexisten con otros derechos constitucionales. No

---

Efectivamente este tribunal viene reiterando que lo que la Constitución protege es la transmisión de información veraz, y que tenga interés general o relevancia pública. De esta forma ha de concurrir, los requisitos. Primero que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y segundo que la información sobre estos hechos sea veraz. Así el derecho de información es en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia. Además señala que *es esta garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas*. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 121/1989, de 3 de julio, que advierte el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que las libertades de expresión e información no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada al pluralismo político, valor básico del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que sobrepasa a la común y propia de los demás derechos fundamentales.

<sup>148</sup> Para CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 33, la información tiene el interés general y relevancia cuando más allá de satisfacer el interés individual de una persona, pueda contribuir para el debate en una sociedad democrática. Referente al tema reitera PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor...*, *op. cit.*, que en el caso de la libertad de información es exigible que los hechos o expresiones tengan un particular interés público y que sean relevantes para la comunidad, además de concurrir el requisito de veracidad. Advierte que este requisito de veracidad no es sinónimo de verdad, sino de verosimilitud razonablemente indagada y diligentemente contrastada. De esta forma aunque la información resulte no ser verdad, estará protegida.

<sup>149</sup> En este mismo sentido CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 33-34. Para el autor, este requisito unido a la veracidad y relevancia de la información, por ser una garantía institucional de una opinión pública bien informada, debe prevalecer sobre cualquier otro derecho que entre en conflicto.

obstante tienen un depósito legal, que no pueden, delimitar su contenido básico o esencial de estos derechos. Por este motivo los límites de ellos tienen que coexistir entre sí, no pueden sobrepasar el derecho de los demás. Hay dificultades en separar las delimitaciones entre los derechos a la libertad de información y expresión y el derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen. Como por ejemplo separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, garantizado por el derecho a la libertad de expresión, de la narración de unos hechos, protegido por el derecho a la libertad de información. Muchas veces la expresión de pensamientos necesita apoyarse en la narración de hechos y la comunicación de hechos o noticias puede incluir algún elemento valorativo o una disposición a la formación de una opinión<sup>150</sup>.

En este sentido es indiscutible que el ejercicio de uno u otro derecho pueden entrar en conflicto, y que la solución puede de una forma u otra favorecer o afectar algún de estos derechos. Por este motivo es exigible que los legisladores y las jurisprudencias caminen en el sentido de establecer una justa medida para los derechos y libertades envueltos. La Constitución no favorece uno derecho en detrimento de otro derecho, es más lo pone en un mismo nivel de igualdad cuando la considera como derechos fundamentales de todos los individuos<sup>151</sup>.

#### **4.5 El derecho de rectificación y su aplicabilidad en internet.**

Con el objetivo de garantizar la veracidad de la información, encontramos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, el derecho de rectificación, que es el derecho de toda persona natural o jurídica, a rectificar la información difundida, por cualquier

---

<sup>150</sup> Véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*; PADILLA RUIZ, Pedro, El conflicto entre el derecho al honor..., *op. cit.*, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/2009, de 23 de marzo.

<sup>151</sup> Para PADILLA RUIZ, Pedro, El conflicto entre el derecho al honor..., *op. cit.*, la Constitución no impone un nivel de igualdad entre los derechos fundamentales, y menos entre honor y libertades de expresión e información. Señala el autor que el propio Tribunal Constitucional, ha establecido que en el conflicto de estos derechos hay que atender a los usos sociales de cada momento. Para el autor es la Jurisprudencia, que en el ámbito de los derechos fundamentales ha establecido la doctrina que rige en nuestro ordenamiento.

medio de comunicación, de los hechos que le indiquen, que considere erróneos y cuya divulgación pueda causarle daño<sup>152</sup>.

El derecho de rectificación aparece como un instrumento de defensa o protección las informaciones erróneas que difunden los medios de comunicaciones y como consecuencia pueden de alguna forma afectar la integridad moral, la reputación o el prestigio de una persona natural o jurídica.

Aunque no encontramos el derecho de rectificación en la constitución española, es común considerarlo un derecho fundamental, ya que se trata de un derecho que complementa y desarrolla el derecho de información. Debemos observar que el derecho de rectificación se ejerce en relación a hechos o juicios de valor atribuido a tercero, no obstante las opiniones personales de los informadores, no están exentas de las respectivas responsabilidades<sup>153</sup>.

En internet no podría dejar de ser lo mismo el ejercicio de este derecho, con la diferencia de que el derecho de información en la red es mucho más amplio, la información no es exclusiva de los profesionales de este ramo, pero si pertenece a todos los ciudadanos. Estos mismos son sujetos interactivos, formadores de opinión, creadores de informaciones en la red, por lo tanto, pueden ser objeto del derecho de rectificación, siempre que las informaciones no sean meras opiniones personales<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> De la misma manera véase el artículo 1º de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, BOE de 27 de Marzo de 1984. Referente al tema véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, op. cit., pp. 120-121. Así como VERA SANTOS, José Manuel, *Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 185 y ss.

<sup>153</sup> En este sentido CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 35-38. El autor señala que el derecho de rectificación tiene un doble carácter, por un lado aparece como un instrumento previo al ejercicio a defensa del honor y la intimidad de la persona, y por otro lado, aparece como un complemento de la garantía de la libre opinión pública.

<sup>154</sup> Debemos observar que la Sentencia de la Audiencia Provisional de León núm. 302/2005 de 19 de diciembre (JUR 2006, 27518) desestima la rectificación solicitada con los siguientes argumento: "Por otro lado, la FUNDACIÓN VILLALAR no es un "medio de comunicación social" al que hacen referencia expresa la mayor parte de los artículos de la Ley Orgánica 2/1.984, de 26 de marzo, en concreto seis de los ocho artículos que contiene. En efecto, la página de internet de la Fundación demandada no es un instrumento dirigido a transmitir información de todo tipo a un público numeroso y heterogéneo, ni se trata de un medio al que se pueda exigir una comprobación de veracidad, mediante la investigación diligente y contrastada de la información que ofrece, en el marco del derecho constitucional a comunicar y difundir libremente información veraz (art. 20 CE), del que el derecho de

Como hemos señalado la constitución protege los derechos al honor, la intimidad personal y familiar, imagen personal y el pleno ejercicio de los mismos, frente al uso de la informática. No obstante en el ámbito específico de internet, la constitución no sólo garantiza específicamente estos derechos, sino que además se remite, al los demás derechos que pueden verse afectados por un uso inadecuado de la informática<sup>155</sup>.

### **5. La protección civil de los derechos a la honra, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.**

La protección civil de los atentados a los derechos a la honra, la intimidad personal y familiar y la propia imagen a través de internet, no se diferencia en principio de la protección general de los medios tradicionales en estos casos. No obstante, tiene algunas particularidades. Tradicionalmente encontramos en la Constitución la protección a los derecho a la honra, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, en la Ley Orgánica 1/1982 y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Estas normativas regulan la esfera de protección civil de estos derechos, sin embargo, podemos encontrar en otras normativas determinadas protecciones a los mismos derechos<sup>156</sup>.

En efecto, la LO 1/1982 observa que además de las delimitaciones contenidas en esta ley, los usos sociales, las ideas de cada momento en la sociedad y los conceptos que cada uno tiene de sus actos, pueden delimitar el ámbito de aplicación de estos derechos.

---

*rectificación es instrumental. Por el contrario, dicha página constituye un instrumento que no persigue, como fin último y específico, transmitir información de relevancia social, sino que sirve a la Fundación para darse a conocer y mostrar, entre otras cosas que puedan servir a sus propios fines, una visión de un devenir histórico que no tiene porque ser necesariamente el más acertado, ni el más completo ni el más objetivo, por no tratarse, como hemos señalado, de un medio de comunicación social.”* No obstante señala CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 44, que a la vista de la actual legislación referente a la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet, quizás el derecho de rectificación sea una de las medidas más fáciles en la protección al derecho al honor, intimidad personal y familiar y el derecho a imagen en internet.

<sup>155</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*

<sup>156</sup> *Vid.* Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE de 14 de Mayo de 1982. Y Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014), BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000. En caso de menores de edad debemos observar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, BOE de 17 de enero de 1996. Véase también DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.*

A parte de esto, la esfera de protección debe ser determinada en cada caso concreto, variables según el tiempo y las personas, admitiendo que imperativos de interés públicos autorizados a través de ley determinan entradas en el ámbito de la intimidad<sup>157</sup>.

### **5.1 Las intromisiones ilegítimas al derecho al honor en internet.**

Podemos encontrar en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 una enumeración de las conductas consideradas ilegítimas, siempre de acuerdo con la costumbre y los usos que se impere en la sociedad en aquel tiempo. En el apartado 3 del mismo artículo señala como ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Encontramos en el artículo 8.1 las intromisiones ilegítimas al honor, que considera que no se reputarán las intromisiones ilegítimas de las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. La propia Ley Orgánica reconoce que estos derechos no pueden considerarse absolutamente ilimitados, no se debe interpretar de forma restrictiva, y en los casos de similitudes alcanza abarcar otras hipótesis. En su exposición de motivos advierte que los imperativos del interés público permiten que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad. De la misma forma prevé los casos de consentimiento del interesado<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> En este mismo sentido véase CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 84-85. Véase también el artículo 1. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo que señala que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Así como el artículo 2 de la misma ley que advierte: “1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. 2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, (...)”

<sup>158</sup> De la misma forma señala CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 93-94, que las intromisiones ilegítimas del artículo 7 no constituyen “*numerus clausus*”. Véase el artículo 7 de la LO 1/1982, que advierte que: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: (...) 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de

En este sentido el Tribunal Supremo señala que es necesario que la expresión difamante atentadora de la moral sea difundida y produzca un desmerecimiento en la consideración que los demás tiene de la persona. Además advierte que el honor deriva de la dignidad humana, del merecimiento de no ser humillado cuya cualquier expresión proferida o cualidad a una determinada persona, la haga desmerecer en su propia estimación o en el público aprecio. El ataque se despliega tanto internamente a la persona como externamente en el ámbito social. Los hechos que afectan el honor tienen origen en los propios conceptos que cada uno fije sobre si, delimitado por ley y por los usos sociales, atendiendo al ámbito de los propios actos. La protección jurisprudencial debe hacer una aceptación de las características y circunstancias a cada caso en concreto<sup>159</sup>.

## **5.2 Las intromisiones ilegítimas a la intimidad personal y familiar.**

Encontramos en el artículo 7, apartados 1, 2, 3, y 4, de la LO 1/1982, en capítulo de la Protección civil del honor, de la intimidad, y de la propia imagen, las intromisiones ilegítimas a la intimidad. El mencionado artículo señala que asumirán la consideración de intromisiones ilegítimas, delimitado por el artículo 2 de esta ley, la colocación, en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio capaz para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Así como cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. Además se considerara intromisión ilegítima la divulgación de hechos referentes a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, de la misma forma la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. Como también la revelación de datos privados de una determinada

---

*carácter íntimo. (...) 7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. 8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas. Así como referente al tema debemos observar PADILLA RUIZ, Pedro, El conflicto entre el derecho al honor..., *op. cit.**

<sup>159</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2000, de 27 de junio, FJ 2º (RJ 2000, 5908).

persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela<sup>160</sup>.

### **5.3 Las intromisiones ilegítimas a la imagen.**

Ya en los apartados 5 y 6 del artículo 7 de la LO 1/1982, encontramos las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección a el derecho a la imagen, siempre cuando no autorizadas por los supuestos del artículo 2 de esta misma ley. El artículo nos revela que tendrán la consideración de intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, con la excepción de que su captación, reproducción o publicación se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, o que en los casos de caricatura de dichas personas, que la misma sea de acuerdo con el uso social, por último que la información gráfica sobre un suceso o hecho público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Señala el mismo precepto que también se considerara intromisión ilegítima el uso del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, sin la correspondiente autorización<sup>161</sup>.

### **5.4 Los requisitos de antijuricidad, perjuicio y culpabilidad. Y la reparación de la intromisión.**

Para que se considere una intromisión ilegítima es preciso que la conducta del demandado sea antijurídica, que sea considerada culpable, ya sea por dolo, o por culpa.

---

<sup>160</sup> Vid. artículo 7 de la LO 1/1982, apartados 1, 2, 3, y 4. Así como debemos observar el artículo 2 de la misma ley que señala que: “1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. 2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. (...)”

<sup>161</sup> Vid. Artículo 7 y 8.2 de la LO 1/1982.

Además, deberá concurrir el requisito de que la conducta cause un perjuicio para el titular del derecho con la efectiva lesión<sup>162</sup>.

La reparación del daño frente a las intromisiones ilegítimas deberá darse mediante la tutela judicial, que se concebirá por la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, así como, las medidas necesarias para lo restablecimiento del afectado, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En los supuestos de intromisión en el derecho al honor, el derecho violado deberá incluir, sin perjuicio del derecho de réplica, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria, con la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. La tutela judicial también deberá prevenir las intromisiones ilegítimas, así como establecer la indemnización de los daños y perjuicios causados y tomar las medidas necesarias para la retención por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos<sup>163</sup>.

## **6. La imputación de la responsabilidad civil por las intromisiones ilegítimas realizadas por medio de internet.**

Internet se ha convertido en la manera más fácil y rápida de comunicarnos. Es a través de la misma que podemos participar de forma democrática e efectiva en nuestra sociedad. Podemos expresar nuestras ideas, creencias, opiniones, así como tenemos el acceso a inúmeras informaciones. Por este motivo y sabiendo de todos los riesgos ocasionados por el uso de internet y los derechos fundamentales, la Constitución en su artículo 18.4 exige que la ley limite el uso de la informática para preservarlos, e esto incluye internet<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> En este sentido véase CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>163</sup> *Vid.* artículo 9.2 de la LO 01/1982, así como CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 99.

<sup>164</sup> En el mismo sentido advierte PADILLA RUIZ, Pedro, *El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...*, *op. cit.*, 2011, que la protección del honor actualmente ha ido decayendo. La internet ha facilitado en este sentido, amparándose incluso en el anonimato. Hemos visto últimamente graves ataques e insultos a personajes públicos. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 104/1986, considera que ante un conflicto de derechos fundamentales debe aplicarse el principio de una concordancia práctica, que

La responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas en internet corresponde al autor de la misma, a su responsable directo, es decir, el autor responderá por sus propios actos. En este sentido el artículo 1902 del Código Civil Español señala que quien por acción u omisión causa daño a un tercero, ya sea por culpa o por negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Esta obligación de reparar el daño es exigible, no sólo por sus actos u omisiones, sino que también por los actos de aquellas personas de quienes se debe responder<sup>165</sup>.

No obstante debemos observar que la responsabilidad derivada de los medios de comunicación, es extendida a los responsables de dichos medios. Por lo tanto la responsabilidad por las intromisiones ilegítimas contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, podrá ocurrir entre otras formas, por la vía extracontractual contra el autor material de la intromisión o por la Ley de Prensa e imprenta, que también podrá dirigirse a los responsable de los medios de comunicación<sup>166</sup>.

La responsabilidad solidaria de los responsables de los medios de comunicación deriva de un deber de control de contenidos, del descuido de la información publicada,

---

supone la aplicación de una necesaria y casuística ponderación. En especial este principio se aplica en el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Debemos observar que el CEDH (RCL 1999, 1190) señala que: “*El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

<sup>165</sup> Véase los artículos 1902 y 1903 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). Así como VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 185 y ss.

<sup>166</sup> Véase en este sentido el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta. BOE núm. 67 de 19 de Marzo de 1966, que advierte que: “*La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.*” Para GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, op. cit., pp. 69, la aplicación del artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta no plantea ningún problema en el ámbito de internet, dado que reúne las mismas características que la prensa de papel. Es decir, es un medio organizado para la expresión de opinión y divulgación de informaciones. No obstante señala FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, op. cit., pp. 92, que en los medios de comunicaciones tradicionales es mucho más fácil de identificar un emisor de una información que vulnera algún derecho, facilitando de esta forma la atribución de responsabilidad.

por culpa *in eligiendo o in vigilando*, por el deber de vigilancia en relación a quien escribe las informaciones, así como la facultad de prohibir, editar o de simplemente de dar instrucciones<sup>167</sup>.

Debemos observar que de la misma forma la responsabilidad civil encontrada en la Ley de Prensa e Imprenta, deberá ser aplicada en relación a las informaciones de los medios de comunicación encontradas en internet. Ya anteriormente con la aparición de la radiodifusión y la televisión los Tribunales aplicaban por analogía las normas encontradas en la Ley de Prensa e Imprenta<sup>168</sup>.

Debemos recordar que los programas en directo, de la misma manera no exigen de responsabilidades a los garantes del programa. Debemos observar que en este tipo de programas no existe la posibilidad de controlar las palabras, afirmaciones o juicios de valor y hechos de sus participantes, mismo que el programa cuente con un guion previo. No obstante nuestros tribunales ya se manifestaran confirmando la responsabilidad solidaria de los medios de comunicación, ya que ellos cuando organizan la programación que van emitir, ordenan y aceptan el contenido de la emisión, debiendo por lo tanto responder solidariamente por las intromisiones ilegítimas de sus participantes<sup>169</sup>.

Sin embargo a las cartas al director publicadas en la prensa, la doctrina es unánime en afirmar que no existe responsabilidades del periódico, siempre que el

---

<sup>167</sup> En relación al tema FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 92. Señala GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp. 41-44, que la responsabilidad solidaria de los directores deriva del deber de veto del mismo, ya que debe velar por lo publicado. Además es cierto que muchas veces un director de un periódico puede no conocer los límites de los derechos a libertades de expresión e información. No obstante, está ahí su responsabilidad en aceptar este cargo. Véase las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 176/1995, de 11 de diciembre y 187/1999, de 25 de octubre, que rechazan que la responsabilidad solidaria de los autores, directores, etc., deriva de una censura previa. En efecto véase el artículo 37 de la Ley de Prensa e Imprenta 14/1966, que advierte que el Director tiene el derecho de veto sobre el contenido del periódico, tanto de redacción como de administración y publicidad, sin perjuicio de comunicaciones y noticias de interés general que la Administración y las Entidades públicas consideren necesario divulgar.

<sup>168</sup> De la misma forma véase en CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 122-123; GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

<sup>169</sup> En este mismo sentido véase CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 124-125, así como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/2004 de 8 de julio, FJ 4º (RJ 2004, 4861).

mismo actué con las diligencias necesarias para la identificación del autor de carta, en los casos en que este vulnere algún derecho de terceras personas. Es común que los periódicos soliciten fotocopias de la identidad del autor de la carta para facilitar la localización del mismo en los supuestos en que vulneren los derechos de terceros. Debemos observar que en los casos en que el autor de estas cartas falsifique la identidad o suplante la identidad de otras personas, el criterio admitido por la jurisprudencia es de no exigir la responsabilidad al director o al medio de comunicación. Siempre cabiendo la posibilidad de exigir al periódico el cumplimiento del derecho de rectificación<sup>170</sup>.

Otra forma del medio de comunicación no caer en responsabilidad es a través de los reportajes neutrales. Estos reportajes son la simple narración de las informaciones de forma que el medio de comunicación es el mero transmisor de la misma, no hay manipulación de la información, no hay juicios de valores en la información. En el caso de participaciones o declaraciones de terceros, el medio de comunicación se limita a transcribir las mismas, determinando e identificando de quien es cada declaración<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 336/1993 de 15 de noviembre. FJ 7º (RTC 1993, 336), SAP Cantabria núm. 48/2005 de 16 de febrero FJ 2º (AC 2005, 569). Así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 13 de enero, segunda sala, que advierte que la no identificación del autor de la carta, ha de entenderse que el medio de comunicación asumió su contenido. Véase también CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 125-127. Y GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp. 62-65. Para este último autor, la diligencia en la identificación de las cartas deriva de necesidad de evitar espacios inmunes a posibles vulneraciones al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Además, el periódico debería tener un deber de control de contenidos de posibles vulneraciones al honor, intimidad personal y familiar, exigir un mínimo de comprobación en estas cartas, no solamente el deber de diligencia en la identificación del autor.

<sup>171</sup> Referente al tema debemos observar la Sentencia de Tribunal Constitucional núm. 139/2007, de 4 de junio de 2007, FJ 11º (RTC 2007, 139). Los hechos son que los demandantes consideran que su derecho fundamental al honor ha resultado lesionado por las manifestaciones realizadas por sus cuñadas en una edición de un determinado programa de TV, emitido el día 20 de marzo de 1995 dedicado a la desaparición de ex esposa del demandante. En el referido reportaje, una de las dos hermanas de la desaparecida manifestó su indagación referente al desaparecimiento de su hermana afirmando que su cuñado no quería marcharse de un piso que le tocaba desalojar tras el acuerdo de separación con la posteriormente desaparecida, y “*entonces la mató para quedarse con el piso*”. También añadió que su cuñado “*es un asesino*”. De la misma forma los demandantes consideran que hubo una violación a su derecho de honor, también por el presentador y por la emisora de televisión, que “*por el tono de la presentación, la valoración de los datos, la calificación de los protagonistas, el contexto general y las propias afirmaciones vertidas*”. Señala la sentencia que hay un nivel de diligencia exigible al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, un descrédito de la persona a la que la información se refiere. Para el Tribunal la entrevista no se limitó a informar hechos veraces y de interés general, sino que alegó que el demandante era el asesino. Así como, sustituyó los datos existentes por sus datos personales y valorativos. Efectivamente entro en una valoración de conductas personales, lo que determina la desprotección constitucional del derecho de información. Advierte referente al reportaje

Como hemos señalado la responsabilidad civil en materia de Prensa e Imprenta derivada de actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario. No obstante cabe la posibilidad que un periódico contenga alguna actividad integrada a lo mismo, ya sea un foro de discusión, o un blog, o un espacio para comentarios, donde los usuarios puedan manifestar opiniones, incorporar informaciones, imágenes, etc. En estos casos cabe la posibilidad de aplicar en relación al periódico las reglas de responsabilidad encontradas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que veremos en seguida<sup>172</sup>.

La responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas al derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen se multiplica con la llegada de internet. Las formas de difusión de la información, quien las difunde, al alcance de la información, todo ha cambiado, y junto con todos estos cambios los riesgos, las posibilidades y oportunidades de vulneración de estos derechos aumentarán.

Aparte de todos estos riesgos, la localización e identificación de los responsables por las vulneraciones al derecho al honor, intimidad y propia imagen, así como otros

---

neutral que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: a) El objeto de la noticia (...) *han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas*. b) que el *medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (...)*. La sentencia advierte que ocurre el reportaje neutral cuando el medio de información se limita a transmitir el mensaje, a comunicar la información. En este sentido señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, 15 de julio: *“estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo trascrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”*. En suma la sentencia afirma que el tono de las intervenciones de los periodistas y su tenor literal confirman que el informador no se limitó a la presentación de hechos o una transmisión neutra de opiniones ajenas, sino que tomaron partido, divulgando al público que con claridad el demandante está relacionado con la desaparición violenta de su esposa. Véase también referente a los reportajes neutrales las Sentencias STC núm. 134/1999 de 15 de julio; STS núm. 785/2006, de 26 de julio; STC núm. 41/1994 de 15 de febrero.

<sup>172</sup> GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp. 72-74. Para el autor la prensa goza de especial protección y tiene el deber de diligencia en relación al derecho de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

derechos tornaran tarea casi imposible en relación a la responsabilidad civil. El anonimato aun es un reto a superarlo, hay defensores así como críticos de un ciberespacio libre y anónimo. Las reglas de responsabilidad tuvieron que adaptarse a este nuevo entorno, pero aun nos parece insuficientes.

### **6.1 La responsabilidad civil de las intromisiones ilegítimas en internet.**

Sabemos que en el entorno de internet la responsabilidad civil por las intromisiones ilegítimas puede no ser la misma en la veníamos aplicando tradicionalmente. En efecto, sus características son distintas del mundo tradicional, y no cabría exigir las mismas reglas, ya que en internet pueden intervenir varios agentes, como el autor material, el prestador de acceso, que es el que solo facilita la entrada en la red, o el prestador de servicios, que es quien gestiona el contenido elaborado por terceras personas.

Efectivamente la responsabilidad civil hay que recaer en el autor material de la intromisión ilegítima en internet. Sin embargo hay la posibilidad de esta responsabilidad extenderse según el modelo que adoptemos, a otros agentes que gestionan los contenidos en la red. Por lo tanto, la responsabilidad en internet, puede recaer en el autor de la información, el prestador de servicio o aun en los usuarios que reflejaran la información encontrada en la red<sup>173</sup>.

A nivel europeo fue la Directiva 2000/31/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio, sobre el comercio electrónico, que nos introduce reglas de responsabilidad referente a prestadores de servicios de internet. En España la LSSI, ley 34/2002, de 11 de julio, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, transpone la directiva, de la misma forma estableciendo reglas de responsabilidad a estos servicios.

---

<sup>173</sup> En el mismo sentido VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 186. Para el autor la responsabilidad en la red debe ir de mano con quien tiene el control de la información.

El principal objetivo de la Directiva fue de crear una armonía entre los Estados y los pueblos europeos, así como garantizar el progreso económico y social, contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Es decir eliminar barreras entre los Estados miembros. En este momento era importante suprimir algunos obstáculos sistematizando determinadas legislaciones nacionales y aclarar conceptos jurídicos a nivel comunitario, y principalmente en la medida en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior<sup>174</sup>.

Para la Directiva había una divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios, y esto dificultaba el correcto funcionamiento del mercado interior, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producía distorsiones de la competencia. Señala que los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Así como la Directiva deberá fomentar mecanismos rápidos y fiables que permitan la retirada de información ilícita e imposibilitar el acceso a dicha información. Estos mecanismos deberían se elaborar con base acuerdos voluntarios entre las partes implicadas y impulsados por los Estados miembros. Declara que lo dispuesto en la Directiva sobre responsabilidad no supone un obstáculo para que se desenvuelvan y empleen sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permite las nuevas tecnologías, siempre que dentro de los límites trazados por las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE<sup>175</sup>.

Para la Directiva Europea los servicios de la sociedad de la información son todos los servicios prestados normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un

---

<sup>174</sup> Véase en este sentido la declaración de los motivos de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, así como su artículo 1º. En la definición de servicios de la sociedad de la información la Directiva recoge a la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información y en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Observa que esta definición se refiere a *cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio*. Véase también MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, op. cit., pp. 125-126.

<sup>175</sup> Declaración de los motivos de la Directiva 2000/31/CE, op. cit.

equipo electrónico para el tratamiento y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio. Así como también, debemos considerar los servicios no remunerados por su destinatario, pero que constituyen una actividad económica para el prestador<sup>176</sup>.

Al establecer reglas de responsabilidad civil en internet, tanto la Directiva, como la LSSI se apoyan en los criterios de la posibilidad de conocimiento y la capacidad de control de contenido de un prestador. Por este motivo, para nosotros más que establecer reglas de responsabilidad civil, la Directiva y la LSSI se proponen a definir reglas de exenciones de responsabilidad en los supuestos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información sea de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva es decir, se restringe al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación, por lo cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el objetivo de una transmisión más eficiente, sin tener el conocimiento ni control de la información transmitida almacenada.

---

<sup>176</sup> De la misma forma MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, *op. cit.*, pp. 127. Véase también el considerando 17 que señala que esta definición de servicios de la sociedad de la información ya existe en el Derecho comunitario, y se recoge en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, y en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Debemos observar que este es el mismo concepto utilizado por la LSSI. Señala GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías y Libertad de expresión: Regulación, Autorregulación y Filtros en Internet*, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia y Gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006, 42, que los servicios de la sociedad de la información, son los servicios prestados a petición individual siempre que representen una actividad económica para quien lo presta.

No obstante no entraremos en detalles en las reglas de exclusión ya que tenemos un capítulo centrado exactamente sobre estas reglas<sup>177</sup>.

Lo que aquí nos cumple resaltar, es que en materia de responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, tanto la Directiva cuando la LSSI no tiene por objetivo un régimen de responsabilidad a los prestadores de servicios por la información encontrada en internet. Es decir, un régimen mínimo de responsabilidad que pudiera favorecer los potenciales perjudicados. Ambas normativas se disponen a excluir o crear una zona de exención de responsabilidad a los servicios que almacenan dichas intromisiones ilegítimas, cuando no tengan participación alguna en el contenido almacenado o transmitidos. Advierte la Directiva las exenciones de responsabilidad no imposibilitan acciones de cesación de tipos distintos, ante los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella<sup>178</sup>.

No obstante estamos ante una nueva forma de comunicarnos, mucho más rápida y de proporciones geográficas mucho mayores. Los riesgos aumentan, así como los

---

<sup>177</sup> Para MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, *op. cit.*, pp. 128, la Directiva establece ausencia de responsabilidad, es decir, la no obligación de reparar o daño. Referente al tema véase GARCIA MORALES, María Jesús, Nuevas Tecnologías y Libertad de expresión: Regulación, Autorregulación y Filtros en Internet, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia y Gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006, pp. 46. Para la autora establecer la responsabilidad en la capacidad de control y conocimiento de los contenidos, es un criterio utilizado en los medios de comunicación tradicionales. Y está debidamente justificado por garantizar que no se queden sin castigo los contenidos o conductas que no están protegidos por las libertades de la constitución. Véase también RIBAS, Javier, Las obligaciones de control..., *op. cit.*, en [www.vlex.es](http://www.vlex.es) (consultado en 26/10/2013). El autor señala que en el caso de almacenamiento de datos el prestador de servicios no será considerado responsable de los contenidos almacenados a petición del destinatario, siempre que: no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que, en cuanto tenga conocimiento, el prestador de servicios actúe con rapidez para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

<sup>178</sup> En este sentido véase CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, *op. cit.*, pp. 21-25. Señala el autor que según el artículo 13.1 de la LSSI, los prestadores de servicios *están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley*, en caso de colisión entre normativas se debe prevalecer lo dispuesto en la LSSI. Para el autor, hay que ver se la LSSI debe ceder en relación a una norma de mayor consideración constitucional, debido su condición de ley ordinaria y el principio de jerarquía normativa. Señala GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp. 41 y ss., que Ley de Prensa e Imprenta es especial y debe prevalecer en relación a la LSSI.

daños. Todos sabemos que nuestros tribunales están abarrotados de procesos, que nuestra justicia cada vez es más lenta. No podemos esperar un plazo muy largo para que retiren el contenido que violo nuestro derecho al honor, intimidad o imagen, en daño toma proporciones gigantescas y en la mayoría de las veces irreversibles. Por este motivo el sistema de responsabilidad civil tradicional no funciona en este nuevo entorno, y las normativas no facilitan la restauración del daño sufrido.

Advierte la Directiva que los prestadores de servicios que almacenan datos, habrá que actuar con urgencia para retirar los datos o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. No obstante señala que estas actuaciones habrán de llevarse a cabo con respecto a los principios de la libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. Además que los Estados miembros podrán establecer reglas específicas que deberán cumplirse con rapidez antes de la retirada de los datos de que se trate o se imposibilite el acceso a los mismos<sup>179</sup>.

Sin embargo debemos observar que un mismo prestador puede desarrollar distintas actividades. Por un lado puede de forma pasiva desarrollar la actividad de intermediación de información, y por otra, de provisionar informaciones. Por tanto el régimen de responsabilidad es distinto de acuerdo con su actividad. Las exenciones de responsabilidad encontradas en la Directiva y la LSSI sólo se aplican en los casos en que la actividad del prestador de servicios se restringe al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación, en que la información proporcionada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente. Por su parte esa actividad es meramente técnica, automática y pasiva, y el prestador de servicios no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada. De lo contrario los prestadores de servicios deberán responder sí por la responsabilidad civil de los contenidos ilícitos encontrados en la red<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Véase en este sentido el considerando 46 y el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *op. cit.*

<sup>180</sup> Véase el considerando 42 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *op. cit.* así como el artículo 13.2 de la LSSI y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, *op. cit.*, pp. 19-20. Véase también VERA SANTOS, José Manuel,

## 6.2 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por las intromisiones ilegítimas en internet.

Como el objetivo del cese de la intromisión ilegítima y como una forma de compensación económica del daño sufrido, encontramos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, el precepto legal para la indemnización por daños y perjuicios. El artículo señala que entre los criterios que determinan la indemnización se encuentra la existencia de *perjuicio que se presumirá siempre que se confirme la intromisión ilegítima. De la misma manera la indemnización se ampliará al daño moral, que deberá valorarse atendiendo a las circunstancias del caso en concreto, así como la gravedad de la lesión producida, teniendo en cuenta, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*<sup>181</sup>.

Como hemos advertido, debemos observar que los daños y perjuicios se extiende no solamente a los daños materiales, sino que a los daños morales también, en que se valorará teniendo en cuenta a las circunstancias a cada caso en concreto<sup>182</sup>.

---

Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 187. El autor señala la responsabilidad en internet debe venir vinculado con el efectivo control de los contenidos.

<sup>181</sup> Referente al tema véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, op. cit., pp. 121 y ss.

<sup>182</sup> De la misma manera encontramos CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 100-103. Así como debemos observar el caso de *Isabel Preysler v. Revista Lecturas*, cuando esta última decide publicar una serie de reportajes titulados “la cara oculta de Isabel Preysler”. En los reportajes, una niñera de la hija de Isabel, contaba aspectos íntimos de la vida de Isabel. Como por ejemplo de que Isabel tenía problemas con la aparición de granos en la cara, así como utilización de pelucas y entre otras cosas, sus relaciones con su marido. En 20 de julio de 1989 Isabel presenta en los juzgados de Barcelona una demanda civil contra la el director de la revista. En la sentencia de los juzgados de Barcelona la revista sale condenada a pagar a la autora una indemnización de daños y perjuicios de cinco millones de pesetas. Recurrída la sentencia, la misma es anulada por el Tribunal Supremo (STS núm. 1157/1996 de 31 de diciembre FJ 1º (RJ 1996, 9226), porque el contenido del reportaje no atentaba gravemente al derecho a la intimidad de Isabel. El conflicto judicial no para por ahí, porque Isabel presento un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando violación del artículo 18 de la Constitución Española. El Tribunal admite el recurso de amparo afirmando que si hubo la violación al artículo 18 de la Constitución (STC núm. 115/2000 de 5 de mayo (RTC 2000, 115). Otra vez en manos del Tribunal Supremo el mismo substituye la sentencia anulada y proferí una indemnización de un valor 400 veces menor que la establecida en la audiencia de Barcelona (STS núm. 776/2000 de 20 de julio FJ 2º (RJ 2000/6184)). Mas una vez Isabel presento el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en Sentencia (STC núm. 186/2001 de 17 de septiembre (RTC 2001/186)) señala *El Tribunal Supremo valora la cuantía de la indemnización con base en el carácter “insignificante” de determinadas frases del reportaje (“granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...”)*, argumento que ya utilizó en su primera Sentencia de casación, en la que declaró que tales datos, calificados de “chismes de escasa entidad”, no podían

El tema de las indemnizaciones es una cuestión de interés y se trata de una materia de gran importancia, que acompaña a toda resolución en la que se decreta una previa infracción causante de un daño o perjuicio para terceros. Es un tema típico de ejercicio de la discrecionalidad judicial, la cual debe alejarse tanto de excesos como de mezquindades, en ambos casos, inaceptables.

En efecto, lo que se exige es un particular esfuerzo en el momento de motivar la cualificación de las indemnizaciones, tarea en la que la solicitud de la parte interesada y la prueba de los daños, en la medida de lo posible, constituyen base y pieza fundamental de la decisión.

Por esto motivo hay algunos aspectos generales que se debe tener en cuenta en la hora de valorar la indemnización por el daño sufrido. Como por ejemplo el de situar el actual nivel de vida o económico del país y la concreta realidad económica de las personas afectadas. Algunos autores señalan la necesidad de una lista, que estableciera la aplicación de las cuantías indemnizatorias de la actividad a que se refiera el asunto. Y en el caso de que no existiera determinada actividad en esta lista, sería de aplicación analógica. Y si no hubiera la actividad en la lista, reaparecería el arbitrio judicial, con mayor capacidad de libertad de decisión<sup>183</sup>.

No obstante para nosotros una lista que estableciera las cuantías de las indemnizaciones no nos parece eficiente. Efectivamente para establecer de forma

---

*reputarse como gravemente atentatorios a la intimidad. (...) Para el Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo está lejos de reparar el derecho vulnerado, lesiona de nuevo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva. Así señala que el Tribunal valora la cuantía de la indemnización con base en el carácter “insignificante” de determinadas frases del reportaje granos que le salen en la cara, determinada agenda de piel de cocodrilo, ropa que posee. Para el Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo reviso la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial no valorando datos determinantes del alcance de las lesiones, omitiendo os hechos, principalmente en relación con la difusión de la revista, criterio muy importante de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Organica 1/1982. El juzgador tiene el deber de valorar todas las circunstancia del daño moral producido por la intromisión ilegítima, especialmente el referente a la difusión o audiencia del medio a través del cual aquélla se haya producido. Por este motivo el Tribunal Constitucional procede declarar la nulidad de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en consecuencia declarar nulo el quantum indemnizatorio. El quantum indemnizatorio establecido es la cantidad acordada en concepto de indemnización por el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 1993.*

<sup>183</sup> En este sentido véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, Pamplona, 2010.

correcta la cuantía indemnizatoria de los daños y perjuicios es necesario hacer un exhaustivo estudio de las circunstancias de cada caso en concreto. Hay que analizar la gravedad y veracidad de la información que vulnera el honor, la intimidad personal y familiar y la imagen personal, así como la realidad económica del afectado, y del país que se ha producido el daño. Hay que colocar en la balanza los aspectos personales de la persona afectada, como por ejemplo la edad, actividad profesional, y posición social, etc., así como es común, ponderar las alegaciones de la solicitud económica expresada, y la prueba aportada para acreditar los daños efectivamente producidos. Por último tendríamos que analizar la capacidad económica de infractor del daño, para que de esta forma se pueda establecer una indemnización justa por el daño producido<sup>184</sup>.

En el ámbito del daño moral, con la dificultad de su valoración, la propia normativa señala los tres requisitos que deberemos tener en cuenta. El primero es el ambiguo, que son los antecedentes de los hechos, las circunstancias de cada caso. El segundo es el subjetivo, que es la gravedad de la lesión producida. Y el tercero y último es el objetivo, que está basado en la difusión o audiencia en que se haya producido<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> En este sentido véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, *op. cit.* Referente al tema véase la Sentencia del Tribunal Superior de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3593) que condena a una determinada emisora de televisión por emitir un reportaje sobre un accidente, en que apareció en primero plano el rostro de un accidentado mientras agonizaba. Por no haber la consulta y autorización de la familia, se fija una cuantía basada en el incuestionable daño moral producido. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2002 de 14 de octubre, que fija una indemnización por revelar gratuitamente los datos identificativos de una persona que fue víctima de una violación, y que cuyo conocimiento era indiferente para el interés público.

<sup>185</sup> Véase en CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 100-102. Hay casos en que la presunción de existencia de daño producido no se puede comprobar. Como es el caso del daño moral, cuando alguna persona autoriza la utilización de su imagen o determinados aspectos de su vida privada a algunos medios de comunicación y por su vez, a otros no. En estos casos la intromisión ilegítima de los medios de comunicación no autorizados no alcanza el perjuicio moral que se haya causado. Véase también la SAP Tarragona núm. 420/2005 de 10 de octubre, que advierte que hay dificultad a la hora de valorar el daño moral principalmente por su naturaleza. En este sentido el Tribunal Supremo ha venido reiterando que deben valorarse de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, remitiendo a las circunstancias y necesidades del caso concreto, exigencias de la equidad, prudente arbitrio de los Tribunales, etc. en el daño moral la apreciación subjetiva del juzgador resulta ineludible. Por todo ello, hay que tenerse en cuenta lo que el legislador estableció en el art. 9.3, como Las circunstancias de cada caso. Señala que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de la LODH, se ha referido como circunstancias del caso a la naturaleza "vaga y compleja", como de la actividad profesional del ofendido, la captación de imagen y del desarrollo y forma de publicidad, circunstancias, tanto personales como sociales del ofendido, rectificación del periódico o del medio utilizado para la actividad ilícita, naturaleza de las afirmaciones lesivas. El mismo Tribunal señala que hay que tener en cuenta la gravedad de la lesión efectivamente producida, y difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión ilegítima. Hay que observar que estamos por

Debemos observar que en los casos de internet, además de tenerse en cuenta la difusión de la noticia, que muchas veces ocurre mundialmente, debemos tener en cuenta el tiempo que la misma estuvo en la red<sup>186</sup>.

El beneficio obtenido por el causante tras la reforma del artículo 9.3 por la LO 5/2010 de 22 de junio pasa de ser un criterio más en la hora de valorar, a formar parte de medidas autónomas adoptadas por el juez para poner fin a la intromisión<sup>187</sup>.

---

tanto ante un criterio principal (la gravedad de la lesión) y otro subordinado (la difusión del medio). Advierte que el criterio de la gravedad es generalmente recogido de forma expresa por los Tribunales, y suele hacerse de forma genérica, sin especificar de forma concreta las circunstancias que la determinan. Así como, que para apreciar la gravedad del daño causado, la jurisprudencia atiende no sólo al aspecto moral de aquél, sino que también tiene en cuenta la repercusión económica y profesional. En relación al subcriterio de la audiencia o difusión del medio, se refiere a la notoria difusión, la evidente gran difusión y audiencia del medio de publicidad implicado. Por último, el criterio que hay que tenerse en cuenta es el de beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Para el Tribunal este criterio plantea un grave problema de prueba, por tratarse de una "probatio diabólica", ya que no se puede prever que hubo aumento en la venta de un número de una revista a la publicación de la intromisión ilegítima. Señala que en los casos en que se ha considerado de manera independiente este criterio, ha sido para manifestar que no se han tenido los beneficios que ha obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

<sup>186</sup> De la misma forma CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 100-102. Así como SAP Tarragona núm. 420/2005 de 10 de octubre. FJ 3º (AC 2006, 245).

<sup>187</sup> Se modifica el artículo noveno, que tendrá la redacción siguiente: "*Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad. Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. (...)*"

### **6.3 La Responsabilidad civil de los nuevos formadores de opinión en internet: Redes sociales, bloggers, canal de noticias, chats, etc.**

Todas las cosas que hacemos, todos los rasgos que nos definen y actividades, y nos hacen interactuar con los demás, hacen que seamos determinantes en la estructura de la red que creamos, que nos sentimos a gusto y nos identificamos<sup>188</sup>.

Cada un individuo posee una identidad, y esta se relaciona con lo más íntimo de nosotros. En internet esta identidad se construye en la elección sobre los intereses comunes. No obstante estos intereses normalmente están directamente ligados a la ocupación y la posición social del individuo a cada momento<sup>189</sup>.

Las redes sociales vinculan intereses y valores comunes que conducen a la formación de una identidad en internet. Esta identidad, por lo tanto, es un agregado de los valores, que refuerza un conjunto de sentimientos, ya sea un sentimiento como individuo o un sentimiento de permanencia. Las personas en este sentido pueden tener distintas identidades en función de las varias esferas de su existencia. Las amistades, las relaciones son piezas claves en la generación de una identidad. Estas mismas redes sociales en internet, pueden ser llamadas de web corporativa en que los usuarios además de consumir la información encontrada en la red, alimentan y aportan múltiples informaciones<sup>190</sup>.

Es la identidad creada en función de las redes sociales, o identidad social, que hace con que las personas pueden ser quien realmente desea ser, y que puedan tener sus propias ideas y desenvolverse como individuos. En efecto en internet comporta un nacimiento de un universo social diferenciado, populosa de comunidades que pueden

---

<sup>188</sup> Vid. REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales y Sociedad Civil*, Centro de Investigación Sociológica, Madrid, 2008, pp. 129.

<sup>189</sup> Vid. REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 129.

<sup>190</sup> Para REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 130, la identidad es un conjunto de valores simbólico en la vida de las personas. Véase referente a las redes sociales en internet, ANTÓN GIL, Ana María, *El fenómeno de las redes sociales...*, *op. cit.*

alcanzar los más diversos grupos sociales, espacios de trabajos, incluso espacios de informaciones que no poseen límites de tiempo, ni espacio<sup>191</sup>.

Las redes sociales son la expresión precisa de esta sociedad compleja necesaria para que esta misma sociedad funcione. Es un complejo relacionado que no solamente intercambia bienes, servicios e informaciones, sino que intercambian valores, opiniones, sentimientos, formas de ser. En internet las redes sociales son los servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de intercambio de estos sentimientos, opiniones, formas de ser, y comunicaciones, es a través de de la red que los usuarios forman un perfil con sus datos personales, y con base en criterios comunes interactúan y conectan con otros usuarios<sup>192</sup>.

En efecto la comunicación en internet, permite a los usuario crearen un perfil para compartir informaciones a publico en general, creando contenidos y participando forma activa en movimientos encontrados en la red, ya sean sociales o solamente corrientes de opinión. Las redes sociales, bloggers, chats proporcionan la interconexión y contribuyen para aumentar las relaciones sociales entre los usuarios. Inciden directamente en el ámbito de esas relaciones humanas, pudiendo las personas se tornaren más individualistas y solitarias por no interactuar personalmente con otras personas, no obstante, se relacionando enormemente a través de la red<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> En este mismo sentido véase ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales, *Revista de Derecho UNED - Núm. 10*, Enero 2012, Id. vLex: VLEX-420104466 <http://vlex.com/vid/420104466>. (consultado en 24/10/2013). Así como REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 133.

<sup>192</sup> Vid. REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 136-139, así como ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.*

<sup>193</sup> De la misma manera REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 136-139, así como ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.* Para la autora desde el punto de vista jurídico el concepto de red social, se encuentra en el artículo 29 del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del 12 de junio de 2009, en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea. El artículo señala que los Servicios de las Redes Sociales pueden definirse como plataformas de comunicación en línea que permiten a los usuarios crearen redes para compartir intereses comunes. En efecto nn sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se puede encontrar en el Artículo 1, apartado 2 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Se pueden clasificar en distintos tipos: a) redes sociales de comunicación, entre otras Facebook, Tuenti, Myspace, etc. b) redes sociales especializadas, en que suele unir a colectivos con unos mismos intereses, como la de niños, mi cueva. com; virtualtourism.com para viajeros, flickr.com para compartir fotografías, Twister.com para recibir y enviar mensajes, para encontrar pareja como Meetic, etc. c) redes sociales profesionales, como LinkedIn, Xing, que permiten a los usuarios de todo el mundo

Las redes sociales afectan lo que somos y lo que podemos elegir a ser, y ganan mayor fuerza gracias a las tecnologías de la información. El uso masivo de internet ha configurado uno nuevo tipo de red, en que facilitan las relaciones en una escala global. En nuestra sociedad actual, la globalización y la sociedad de la información son dos semblantes inseparables de la misma realidad<sup>194</sup>.

Pese las infinitas cualidades de las redes sociales, grupos de chats, bloggers, en nuestra comunicación actual, ellas también son un puerta abierta para la vulneración de los derechos al honor, intimidad personal y familiar, e imagen. La sociedad de la información, esta nueva sociedad en que nos comunicamos, es representada por las personas que adoptan el uso de las nuevas tecnologías de la información, en que permite la comunicación en tiempo real, con capacidad de incorporar cualquier otra información<sup>195</sup>.

Hay una gran preocupación en la cualidad de la información, y quien la proporciona, porque una información no constatada, sin ningún tipo de referencia, debemos desconfiar de su fiabilidad. Sin embargo, cabe al usuario la decisión de creer o no en esta información<sup>196</sup>.

Algunos autores advierten que la cantidad de información, no es sinónimo de la confusión generalizada. Es importante señalar que en todo momento surgen nuevos recursos y agentes que mejoran la capacidad de manejar las informaciones encontradas en las redes sociales, grupos de noticias, chats, etc. Internet ha cambiado la escasez de informaciones y la escasez de comunicaciones, no obstante la preocupación incide en la cualidad, la autoría y veracidad de la misma, ya que en esta nueva sociedad la velocidad es pieza clave en su funcionamiento<sup>197</sup>.

---

buscar empleos, hacer networking con compañeros de trabajo, con gente del ámbito profesional.

<sup>194</sup> Véase en REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales...*, *op. cit.* pp. 141.

<sup>195</sup> En este sentido COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia y Gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006, pp. 9-10.

<sup>196</sup> Véase referente al tema COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia...*, *op. cit.*, pp. 10.

<sup>197</sup> En este sentido véase COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia...*, *op. cit.*, pp. 11. Véase también ANTÓN GIL, Ana María, *El fenómeno de las redes sociales...*, *op. cit.*, que advierte que uno de los mayores problemas que se plantean, en Internet y las redes sociales, es que unen

En efecto, podríamos decir que los foros, grupos de noticias, weblogs, redes sociales, etc., a parte de las comunicaciones interpersonales, son las versiones alternativas de la prensa tradicional *online*. Pese a la cantidad de las redes sociales en internet, muchas veces una circunstancia insignificante o banal para una persona al ser difundida en internet o en una red social cobra relevancia y adquiere dimensiones inesperadas. Cada vez más vemos la utilización de las redes sociales siendo utilizada como instrumentos de ilegalidades, como el cibercrimen, que busca ampliar sus operaciones por el mundo<sup>198</sup>.

La responsabilidad civil en las redes sociales, bloggers, chats, es la misma que encontramos tradicionalmente. Es el autor de la información ilegal es quien responderá por los daños ocasionados a terceros, es su responsable directo, responderá por sus propios actos. El prestador de servicios de estas actividades, desde que pasivamente, sin intervenir en la comunicación, no responderá solidariamente por las informaciones depositadas en sus servidores, gracias a las reglas de exclusión de responsabilidad encontradas en LSSI y en la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

Por lo tanto, la responsabilidad civil de las redes sociales, bloggers, e chats de comunicaciones se regirá de acuerdo con las reglas encontradas en el artículo 1902 del Código Civil Español, así como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, quien por acción u omisión causa daño a un tercero por culpa o por negligencia, está obligado a reparar el daño causado. De la misma manera que la responsabilidad civil que hemos hablado anteriormente. Sin embargo, el principal problema de esta responsabilidad civil, está relacionado con la persecución del autor del daño en internet, por este motivo nos dedicaremos el próximo apartado al anonimato en internet.

---

los usuarios de ámbitos geográficos distintos, y la Ley aplicable cuando algunas redes sociales tienen su sede fuera del ámbito por ejemplo de la UE, generan dudas muy relevantes a respecto de la determinación de la legislación aplicable en un escenario en que se mueve en términos de territorialidad.

<sup>198</sup> Referente al tema véase ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.*

#### **6. 4 La tendencia de impulsar el anonimato en internet.**

El anonimato en internet es motivo de muchas controversias relativas a los derechos de los usuarios en la red. Es a través de anonimato podemos expresarnos libremente, fomentando el estado de derecho y la democracia. El anonimato en la red consiste en la posibilidad de acceder a internet y usar sus servicios, sin la necesidad de identificarse. Por ello, los derechos al secreto de las comunicaciones, libertad de información y la libertad de expresión en este sentido están aseguradas.

La exigencia desproporcionada de identificación en internet vulneraría los derechos fundamentales consagrados por nuestra Constitución. Por esto motivo hay un interés de los estados en proteger el anonimato en internet. Para la democracia los beneficios ocasionados por este anonimato en la red, superan los prejuicios, por lo menos a nivel europeo. El anonimato puede ser considerado un escudo de la sociedad. No obstante, entendemos que el anonimato no puede ser sinónimo de impunidad, o por lo menos, que los usuarios tengan esta sensación de impunidad. Por esto motivo entendemos que podríamos encontrar formas de restricciones del anonimato, principalmente cuando se trata de un interés general de la sociedad<sup>199</sup>.

Debemos observar que en la Unión Europea no podemos encontrar un reconocimiento expreso, ni en las leyes, como también en decisiones judiciales, que tratan del derecho al anonimato. Sin embargo, las Directivas, regulaciones, grupos de apoyos, y considerandos, apoyan el derecho del anonimato y crean condiciones favorables para el mismo en la red. Pese a existir justificaciones para limitar el anonimato, como la eficacia de la investigación policial, el terrorismo, el cibercrimen, no es suficiente para que se efectúe este límite. Estos límites podrían afectar definitivamente los derechos fundamentales, y cualquier restricción a estos derechos podrían ser desproporcionadas y en todo caso ser consideradas inconstitucional. No podemos olvidar que tratándose de derechos fundamentales, la solución deberá

---

<sup>199</sup> Referente al tema Antoni ROIG, "El anonimato en Internet...", *op. cit.*, pp. 321-353. Para el autor la restricción del anonimato sólo debería admitirse cuando exista un interés general público. Advierte en relación con los panfletos anónimos, que el Tribunal de Estados Unidos señala que de acuerdo con su constitucional la práctica de los panfletos, no es en todo caso fraudulento y pernicioso, sino una honorable tradición de argumentación y disenso. El mismo Tribunal afirma que el anonimato es el escudo frente a la tiranía de la mayoría.

adecuarse a inúmeros principios que les acompañan, como al principio de proporcionalidad, de la necesidad, que la medida sea justificada para el fin, etc.<sup>200</sup>

Una gran preocupación con el anonimato en la red está relacionada con la información en línea. Como hemos visto anteriormente las redes sociales, los chats, grupos de debates o de noticias, permiten que esta información se encuentre al alcance de todos los usuarios, produciendo un alcance incalculable de los daños. Por esto motivo es común que en los debates de controles de contenidos, surjan discusiones referentes al anonimato en internet, o por lo menos la necesidad de identificarse<sup>201</sup>.

En efecto, ha de encontrarse una armonía entre la voluntad de los usuarios de Internet de no revelar su identidad y la necesidad de localizar a los responsables de supuestos actos delictivos. Para algunos autores las posibilidades más respetuosas con los derechos envueltos consistiría en establecer, mediante contrato o acuerdos, determinadas restricciones a las informaciones depositadas en línea. Se podría prever la intervención de un moderador, que supervisaría y controlaría los contenidos ilícitos. De la misma forma se podría establecer soluciones técnicas que permitan el usuario utilizar pseudo-identidades, que preservarían el anonimato, y permitirían ser identificado, en caso de indicios de actividades delictivas<sup>202</sup>.

No obstante el problema fundamental que se plantea en los supuestos de actividades ilícitas en internet, más una vez es el desconocimiento del agresor, el anonimato, que acaba por elevar el sentimiento de impotencia de la víctima. Podemos pensar que esta situación genera una mayor impunidad consecuencia del anonimato. Las

---

<sup>200</sup> En esto mismo sentido véase Antoni ROIG, "El anonimato en Internet...", *op. cit.*, pp. 321-353. El autor señala que los derechos fundamentales pueden verse afectados por una restricción desproporcionada del anonimato en Internet. Sostiene el autor que en el mismo sentido esta el Grupo 29 de la Unión Europea, que advierte: "*la exigencia de que las restricciones de los derechos y libertades fundamentales estén debidamente justificadas y sean necesarias y proporcionadas a otros objetivos de orden público debe cumplirse también en el ciberespacio*".

<sup>201</sup> Vid. Antoni ROIG, "El anonimato en Internet...", *op. cit.*, pp. 321-353.

<sup>202</sup> Referente al tema véase Antoni ROIG, "El anonimato en Internet...", *op. cit.*, pp. 321-353. Para el autor otra alternativa consiste en atribuir al prestador de servicios algún tipo de responsabilidad jurídica por el material que difunde. De esta manera, para el autor se preservaría el anonimato de los usuarios, y el prestador de servicios en internet, adoptaría una función equivalente al editor de la sección de cartas al director de un periódico. Advierte que las distintas normas nacionales e internacionales, los códigos de conducta y otros instrumentos reguladores que tratan de aspectos relacionados con Internet deberían incorporar el principio según el cual se obtiene solamente los mínimos datos personales necesarios. No obstante, debería preverse, el derecho de las personas a mantener, el anonimato.

informaciones ilícitas en la red, el cibercrimen, el acoso por medio de internet, ganan fuerza con el uso de las nuevas tecnologías. Pese todos los derechos fundamentales evueltos, la sensación de impunidad que genera el anonimato, y la insuficiencia legal entre otras cosas son retos que debemos superar. Las autoridades competentes pueden retirar una información de la red, no obstante no pueden reparar el daño ocasionado, muchas veces psicológicos<sup>203</sup>.

En efecto, la utilización de Internet y las redes sociales, como hemos visto anteriormente, permiten que las personas que llevan a cabo actividades ilícitas, y se benefician de un anonimato proporcionado por los prestadores de servicios o plataformas que no requieren una identificación sólida, muchas veces ni siquiera un simple registro. Para nosotros la solución está en la prevención y educación del uso de las tecnologías de la información. Sin embargo para esto se debe encontrar un comprometimiento de la sociedad y de los estados al establecer sus normativas. Además mismo la elaboración de ciertos límites para el anonimato. Los códigos de conductas, o acuerdos voluntarios establecidos con los usuarios son muy importantes en el desenvolvimiento de la red, no obstante tienen que ser más efectivos. La educación es la mejor arma contra las informaciones ilícitas<sup>204</sup>.

## **7. La autorregulación y la regulación del deber de colaboración y supervisión de contenidos en internet.**

La autorregulación es defendida por muchos que ven en internet la posibilidad de no intervención de los estados en las relaciones encontradas en la red. Internet nació sin trabas burocráticas, libre, sin control, todos deseaban una comunicación libre y sin fronteras. Sin embargo, con la cantidad de información que circula en la misma, y los

---

<sup>203</sup> Referente al tema véase ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.*, que afirma que mismo que una web se pueda cerrar por mandato de las autoridades competentes, ello no significa que un usuario pueda abrir otras. Una característica importante del acoso que diferencia el uso de internet, de los medios tradicionales, es que el uso del lenguaje resulta ser mucho más fuerte, más agresivo y con consecuencia más dañino debido posible anonimato del acosador. Es un tipo de actitud que puede ocasionar graves daños psicológicos, a la persona que sufre esta actividad ilícita.

<sup>204</sup> De la misma manera véase ANTÓN GIL, Ana María, El fenómeno de las redes sociales..., *op. cit.* El autor señala con respecto a los proveedores de las plataformas en líneas, que son ellos que tienen la posibilidad de limitar técnicamente determinadas actividades que ofrecen en la actualidad, como por ejemplo la difusión de fotografías de personas que pueden ser colgadas y compartidas por otros usuarios menores en Red, y que de forma instantánea son puestas en conocimiento del público en general.

riesgos que fueran surgiendo no recorrer de los años, sería complicado no establecer un mínimo de reglas para su buen funcionamiento<sup>205</sup>.

Por esto motivo, la autorregulación en internet viene de la posibilidad del autocontrol de la misma, esto significa atribuir el control de las informaciones a las partes envueltas en las actividades realizadas en la red. No obstante, no son los propios usuarios que la controlan como se pretendía en un principio. Son los agentes de la sociedad de la información y las normativas que buscan esta autorregulación, en especial los prestadores de servicios.

En efecto, son ellos quienes tienen el control de los materiales depositados en sus servidores, como también conocimientos técnicos para el cierre de determinados servicios. Debemos señalar que son los usuarios que controlan la información que difunden en la red, estas informaciones los agentes de la sociedad de la información no pueden controlar. Sin embargo, a partir del momento en que se deposita la información en internet, el control pasa a manos de otros. De esta forma, tanto la Directiva sobre el comercio electrónico, como la LSSI prevén esta autorregulación de la red a través de los códigos de conductas y las líneas directas de denuncias creadas por los prestadores de servicios<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Véase referente el derecho a una comunicación libre VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 200. Para el autor el derecho a una comunicación libre no solo viene vinculado a una vertiente personalista, pero si vinculado a al mantenimiento del estado social y democrático de derecho.

<sup>206</sup> Véase RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos..., *op. cit.*, 2000. La autora señala que Internet no tiene un centro de control que dirija o apruebe el contenido que circula en ella. Internet es controlada por todos los usuarios y ellos deciden pasar de un servidor a otro y elegir el contenido que desean ver sin ser identificados por su nombre real, su sexo ni por su edad. Señala VERA SANTOS, José Manuel, Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 208, que hay que reconocer la imposibilidad de controlar la información en la red, ya que la publicación y la divulgación de contenidos ocurren simultáneamente. Véase también referente al tema GARCIA MORALES, María Jesús, Nuevas Tecnologías..., *op. cit.* pp. 46-49. Para la autora la autorregulación en internet no puede ser considerada censura, ya que en el sistema jurídico europeo y español, la censura solamente ocurre previamente a la difusión de un contenido, es decir la primera vez, y segundo ante la práctica de las actividades estatales, la censura forma. Referente a las líneas directas la autora señala que estos centros de denuncias creados no fueran creados para investigar delitos, ni perseguir delincuentes. Ellos solamente examinan los mensajes y encaminan para los prestadores de servicios. Advierte, que la LSSI no contempla expresamente estos servicios, no obstante

## **7.1 El control de contenidos y la inexistencia de una obligación de supervisión en internet.**

El control de contenido en la red es materia de muchas controvertidas opiniones de cómo se debe establecerse. Principalmente relativa en la forma de cómo el derecho y las libertades de los ciudadanos deben desenvolverse. La red es un poderoso instrumento de comunicación, con capacidad de difundir innumerables informaciones problemáticas. Por este motivo con el objetivo de controlar el contenido ilícito que circula en Internet, los estados requieren, por un lado, intervenir en su regulación y por otro, propiciar formas de autorregulación<sup>207</sup>.

La cuestión del control de contenido no es nueva en el derecho, no obstante en este nuevo medio gana especial atención por la cantidad de informaciones que circulan en el mismo. Su regulación ha de ser razonada con inúmeros derechos y libertades encontrados en internet. Hay que evitar cualquier tipo de censura previa. Por este motivo es muy importante comprender su naturaleza técnica, para así verificar la mejor forma del control efectivo de los materiales que circulan en la red<sup>208</sup>.

En los medios tradicionales el control de contenidos estaba basado en la prohibición de los mensajes. Prohibiciones encontradas en las diversas leyes de los estados. Sin embargo, todos sabemos la dimensión internacional de la red, una norma

---

parece referirse a ellos cuando remite a la posibilidad de acuerdos voluntarios para crear un sistema que sirva para detectar y retirar contenidos ilegales.

<sup>207</sup> Referente al tema véase GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.* pp. 34. Así como RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, *Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos...*, *op. cit.*, 2000. La autora además señala la co-regulación, que es la creación de organismos en los que estén representados los poderes públicos y los distintos grupos sociales afectados.

<sup>208</sup> De la misma manera GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.*, 34-36. Para la autora hay que diferenciar los contenidos ilícitos de los nocivos. El contenido ilícito nos remite a lo considerado ilegal en cada estado. El segundo, el concepto nos remite a diferentes sensibilidades culturales que varían entre países y personas, es un contenido que pueda ser prejudicial a determinadas personas, sin embargo a otras no. Para RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, *Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos...*, *op. cit.*, 2000, internet es el soporte ideal para difundir a través de sus herramientas contenidos, que afecten el desarrollo del menor y/o archivos ilícitos que atenten contra la dignidad humana. Por este motivo, surgieron diversos intentos por controlar el contenido que circula en ella. Para la autora la autorregulación donde un contenido es eliminado por un tercero, llega a convertirse en una censura previa y arbitraria. El autor del contenido no tiene la posibilidad de un derecho de defensa ni un debido proceso legal.

reguladora o prohibitiva de un determinado contenido en un país, puede estar no estar en otro, o estar protegida por la libertad de expresión<sup>209</sup>.

En efecto, lo ideal sería que los Estados en común acuerdo establecieran cuales son los contenidos prohibidos que puedan causar daño de una forma general en internet, siempre dejando márgenes a excepciones en razón de ciertas circunstancias. No obstante, sabemos que las leyes son formuladas de acuerdo con las necesidades y los usos y costumbres de cada sociedad. Es un concepto cambiante de acuerdo con cada país. No hay como establecer un modelo de control de contenidos internacional, sin embargo, se ha podido formular acuerdos, tratados internaciones, por lo menos en a nivel europeo<sup>210</sup>.

No obstante, la política seguida por la Unión Europea no ha sido en el sentido de evitar que los prestadores de servicios establezcan controles sobre contenidos depositados en sus servidores. Sin embargo encontramos algunas excepciones relativas a determinadas materias, como por ejemplo la lucha contra la pornografía infantil<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> En este sentido véase GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.*, 34-35. La autora señala una serie de ejemplos de divergencias normativas entre países. Entre los cuales está la regulación de la pornografía infantil en Europa y en China. Otro ejemplo encontramos en el caso de Yahoo en Francia, donde el Tribunal de Gran Instancia de París ordeno impedir el acceso al los Franceses de contenidos que en este específico caso, subastaban objetos Nazis en internet, algo totalmente permitido en los Estados Unidos. Véase también RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, *Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos...*, *op. cit.*, 2000. La autora señala que el contenido ilícito depende de diferencias culturales, morales y sociales. Cada país puede determinar por ejemplo lo que es obsceno para ellos, siendo su concepto de obscenidad muy distinta a la de otro país. Advierte ANTÓN GIL, Ana María, *El fenómeno de las redes sociales...*, *op. cit.*, que una necesidad de fortalecer las vías de cooperación, control, seguimiento y coordinación entre las distintas autoridades de control de los estados de la Unión Europea. En efecto hay una necesidad de solventar los problemas que se derivan tanto de la globalización de este mundo virtual, como de la extraterritorialidad en que se mueven en este caso particular señala la autora: las redes sociales.

<sup>210</sup> Como por ejemplo la Declaración Ministerial de Bonn sobre las Redes mundiales de la información de julio de 1997, que señala que es fundamental la cooperación internacional en la lucha contra el uso indebido de la Red. El Libro verde de la comisión europea acerca de la protección de menores y la dignidad humana en servicios audio visuales e informativos, establecen la protección de la dignidad humana y promueven un debate con el fin de definir el problema de la pornografía infantil. Así como la Convención sobre el Ciber Crimen, proyecto, núm. 22, de 2 de octubre de 2000, que intenta buscar el consenso entre todos los estados participantes para determinar que conductas antijurídicas deben ser tipificadas en cada legislación nacional.

<sup>211</sup> En este sentido véase VERA SANTOS, José Manuel, *Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, en GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 214, así como la declaración de los motivos de la LSSI. De la misma manera véase RIBAS, Javier, *Las obligaciones de control...*, *op. cit.*, (consultado en 26/10/2013). El autor advierte que la Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000, publicada en el DOCE del día 9 de

De la misma manera, el Consejo de Europa aprobó en Budapest un tratado internacional para intentar armonizar las legislaciones referentes a los contenidos en la Red. Es especial, el convenio trataba de la cibercriminalidad. Su objetivo es aplicar una política penal común orientada a la protección de la sociedad contra los crímenes cometidos a través de internet, mediante la adopción de una legislación adecuada, así fomentar el establecimiento de un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional<sup>212</sup>.

Además de esta armonización de las legislaciones impulsado por el Tratado de Budapest, la Unión Europea establece múltiples iniciativas, entre ellas debemos destacar el Plan de Acción para abordar el problema del control de los contenidos en la red. Entre las líneas de actuación de este plan de acción, debemos destacar el fomento de la autorregulación en internet, con la elaboración de códigos de conducta, la creación de una línea para las denuncias de contenidos ilícitos, el desarrollo de un sistema de

---

junio, establece algunas obligaciones relativas a la lucha contra la pornografía infantil en Internet. Señala que los prestadores de servicios en Internet deberán informar a las entidades competentes cuando tengan el conocimiento del material de pornografía infantil que se difunda a través de ellos. Deberán retirar de la circulación el material de pornografía infantil del que se difunda a través de ellos. Conservar los datos de tráfico, durante el tiempo especificado en la ley nacional aplicable, a fin de que estos datos estén disponibles para su inspección por las autoridades competentes. Así como crear sistemas de control destinados a combatir la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil.

<sup>212</sup> El Convenio fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, es considerado el primer tratado internacional contra los delitos informáticos y los delitos en Internet. Su objetivo es la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación, el aumento de la cooperación entre los estados, y la definición de ciertas acciones consideradas ilegales. Fue elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la participación activa de los estados observadores de Canadá, Japón, China y posteriormente por Estados Unidos. El Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2004. El 1 de marzo de 2006 entro en vigor un protocolo adicional a la convención, en que los estados que han ratificado el protocolo son necesarios para penalizar la difusión de propaganda racista y xenófoba en internet, así como de las amenazas racistas y xenófobas e insultos. Véase también GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.*, 38-39.

El convenio puede consultarse en:

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS\\_185\\_spanish.PDF](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF) (consultado en 23/10/2013). Así como véase ANTÓN GIL, Ana María, *El fenómeno de las redes sociales...*, *op. cit.* La autora señala que como consecuencia del fenómeno existente en nuestra realidad y que el ciberespacio forma parte de su vida y de su proceso de socialización, las redes sociales aparecen como un recurso adecuado para el ejercicio de la violencia y para abrir nuevos cauces de agresión. Una de las manifestaciones de esa violencia es el acoso a través de internet, problema que genera una importante alarma social. El Ciberbullying es una forma de este acoso y se puede definir como una conducta en que un usuario, que puede ser un adolescente o preadolescente, normalmente menor, es atormentado, amenazado, acosado o humillado y avergonzado por otro usuario en Internet utilizando los medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos móviles.

clasificación y filtrado de contenidos, actividades de información referente a los sistemas de control de contenidos, y el apoyo en la cooperación internacional<sup>213</sup>.

No obstante podemos observar que en la Directiva sobre el comercio electrónico, como una forma de excluir la responsabilidad a los prestadores de servicios, advierte que los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión o de control de contenidos con respecto a obligaciones de carácter general. No afectando obviamente a las obligaciones de supervisión en casos específicos, como por ejemplo a las órdenes de las autoridades nacionales de conformidad con la legislación nacional. Poden pasar semanas hasta que una persona se dé cuenta de que están violando su derecho al honor, a la intimidad o su propia imagen, hasta que se tome medidas normalmente judiciales para la retirada de los contenidos que vulneran sus derechos<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> El referido plan de acción fue aprobado en 1999, por la Decisión 276/1999/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de enero, con el objetivo de propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. Véase también GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.*, 40-41. Referente al los sistemas de filtrados véase RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, *Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos...*, *op. cit.*, 2000, que señala que estos sistemas son una respuesta al intento de controlar el contenido en la red. El sistema de filtros bloquea determinados contenidos encontrado en Internet, permitiendo a los padres bloquear determinadas páginas web para que éstas no sean vistas por sus hijos. En el mismo sentido el Libro Verde de la Comisión Europea acerca de la Protección de Menores y la Dignidad Humana en servicios audio visuales e informativos, en [www.europa.eu.int/en/record/green/gp9610/protec.html](http://www.europa.eu.int/en/record/green/gp9610/protec.html), promueven el uso de los sistemas de control en las casas, fomenta a padres e hijos a desarrollar una nueva relación de educación con los medios electrónicos, basada en el conocimiento de los riesgos que implica la navegación en la Red.

<sup>214</sup> Para FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pp. 94-95, el control de contenido en internet es imposible. Los autores y proveedores de servicios pueden situar o trasladar un contenido a países en que se considere legales, para de esta forma evitar su persecución. Porque una información podrá considerarse ilícita en un país, no obstante estar cubierta por la libertad de expresión de otro. Referente al tema de territorialidad véase también la preocupación de ANTÓN GIL, Ana María, *El fenómeno de las redes sociales...*, *op. cit.*, de la misma manera advierte la autora referente a la legislación sobre la protección de datos, que no obstante, a pesar de la autorregulación de las plataformas de servicios on line, se requiere la elaboración de Códigos de Conducta y políticas más claras y accesibles, que se exija su cumplimiento, y que faciliten y garanticen su aplicación efectiva. Véase también otras iniciativas referente a la autorregulación en internet como la cumbre promovida por la Fundación Bertelsmann en cooperación con el grupo Internet Content Rating for Europe – INCORE celebrada en Munich en 1999, que conjunto elaboraran un Plan sobre la Autorregulación en Internet, uno de los primeros esfuerzos para la adopción de medidas reguladoras adecuadas a los contenidos en Internet. En el plan se establece, que el sector debe contribuir con eficacia a la limitación del flujo de contenidos ilícitos y nocivos. Así como RODRIGUEZ PEREDA, Katitza, *Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos...*, *op. cit.*, 2000.

En efecto encontramos en el artículo 15 de la Directiva sobre el comercio electrónica la inexistencia de obligación general de supervisión, señala la Directiva que los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos encontrados en la red. Justifica la Directiva que con la cantidad de datos es imposible establecer una obligación general de supervisar y realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que revelen actividades ilícitas. No obstante establece un deber de colaboración y diligencia para los prestadores de servicios.

## **7.2 El deber de colaboración y diligencia razonable en internet.**

Advierte la Directiva sobre el Comercio Electrónico que los Estados miembros podrán instituir obligaciones para que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que notifiquen con apresura a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por los usuarios de su servicio. Así como el deber de revelar a las autoridades competentes, cuando estas soliciten, las informaciones que les faciliten identificar a los usuarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento<sup>215</sup>.

*De la misma manera la LSSI en su artículo 11 establece un deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, que consiste colaborar en que se interrumpa la prestación de un servicio o que se retire determinados contenidos provenientes de estos prestadores de servicios establecidos en España, cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de sus competencias que legalmente tenga atribuidas. Así como, dicho órgano podrá ordenar a los prestadores que suspendan el proporcionado servicio de intermediación o suspendan los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados, siempre por supuesto, respetando las garantías, normas y procedimientos para proteger los derechos a la intimidad*

---

<sup>215</sup> Véase en artículo 15. 2 de la Directiva Sobre el Comercio Electrónico, *op. cit.*

personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando en todo caso, estos pudieran resultar afectados<sup>216</sup>.

Como garantía de la efectividad de la resolución a un Estado no perteneciente a la Unión Europea, el órgano competente se encontrar necesario podrá interrumpir el acceso desde España a los mismos, y para ello buscara la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España. De la misma forma el órgano competente podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación o que suspendan los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenadas. Como anteriormente hemos señalado, siempre respetando las garantías, normas y procedimientos para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando en todo caso, estos pudieran resultar afectados<sup>217</sup>.

De todas las formas el mismo artículo señala que sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas a la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información, y derecho reconocidos en el artículo 20 de la Constitución. Además que todas estas medidas serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y *se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda*<sup>218</sup>.

No obstante, la Directiva deja a los Estados miembros “la posibilidad” de exigir a los prestadores de servicios que faciliten servicios de alojamientos de datos, que tengan un deber de diligencia razonable, que se puede esperar de ellos, y que este

---

<sup>216</sup> Para MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, *op. cit.*, pp. 135, este deber de colaboración de los prestadores de servicios no está condicionado a ningún requisito. Para el autor la no motivación de la decisión de identificar a un usuario en internet, podría llevar a los riesgos de arbitrariedades. Señala también que la LSSI al referirse a una autoridad competente en los artículo 11, 15 y 16, puede llevar a pensar que existen actividades administrativas que puedan ordenar la retirada de contenidos en internet, dado que el concepto no podemos encontrar en el anexo de definición del proyecto de ley. De esta forma, todo esto abriría la puerta para una censura previa administrativa.

<sup>217</sup> *Vid.* artículo 11, apartados 2 y 3 de la LSSI.

<sup>218</sup> *Vid.* artículo 11, apartado 4 de la LSSI.

especificado en el derecho de los estados miembros, con el fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales<sup>219</sup>.

Por otro lado, fomenta a la elaboración de códigos de conducta de carácter voluntario y de la decisión libre en la adhesión a estos códigos.

Los prestadores de servicios tendrán un deber de información, es decir, que han de proporcionar de forma fácil y directa un mínimo de información a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes en el acceso de su página. Como por ejemplo su nombre, su dirección o donde está establecido, un sitio que permita el usuario ponerse e en contacto rápidamente, con una comunicación directa y efectiva, conteniendo su dirección de correo electrónico, entre otros datos<sup>220</sup>.

La Directiva sobre el comercio electrónico también establece una inexistencia de obligación general de supervisión a los datos que los prestadores de servicios transmitan o almacenen. De la misma forma la inexistencia de una obligación general de efectuar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, con respecto de los servicios de mera transmisión, memoria tampón (Caching), alojamiento de datos.

No obstante los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

---

<sup>219</sup> Véase el considerando 48 de la Directiva **2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *op. cit.***

<sup>220</sup> Véase en este sentido el artículo 5 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico. Para MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, *op. cit.*, pp. 130, referente a este artículo, la Directiva no innova en absoluto, sino que regula aspectos ya existentes o regulados en las legislaciones estatales.

### **7. 3 Los códigos de conductas en internet y otras formas de seguridad en internet.**

La Directiva señala que los Estados miembros fomentarán la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15 de la Directiva. De la misma manera encontramos la regulación de estos códigos en el artículo 18 de la LSSI. Los códigos de conducta son pieza clave en el control de contenidos en internet. Es a través de ellos que las partes implicadas, normalmente usuarios y prestadores de servicios, acuerdan voluntariamente una serie de compromisos éticos a cumplirse<sup>221</sup>.

*La LSSI advierte que las Administraciones públicas fomentaran la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios a los usuarios. Estos códigos deberán ser elaborados en conjunto con las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, así como regulado de acuerdo con la LSSI. Además la Administración General del Estado fomentará la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional<sup>222</sup>.*

El contenido mínimo de estos códigos podrán tratar es en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información<sup>223</sup>.

Con la necesidad de asegurar la elaboración más amplia posible en el proceso de elaboración, la LSSI fomenta que se garantizará la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses. También los códigos de conducta tendrán especial atención a la protección de los menores y de la

---

<sup>221</sup> Para MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control...*, *op. cit.*, pp. 139, la LSSI incorpora a través de los códigos de conducta, mecanismos de autorregulación del ciberespacio.

<sup>222</sup> En este sentido véase el artículo 18 de la LSSI.

<sup>223</sup> *Vid.* artículo 18 de la LSSI.

dignidad humana, señalando la posibilidad de elaborarse códigos específicos sobre estas materias<sup>224</sup>.

Como forma de prevención, creemos en este caso, especialmente a los menores, la LSSI señala que los poderes públicos estimularán el establecimiento de criterios comunes para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos.

Advierte la LSSI de la obligación de hacer accesibles los códigos de conductas y sus informaciones electrónicamente. Así como deberán ser accesibles su traducción a otras lenguas oficiales, con el objetivo de darles mayor difusión<sup>225</sup>.

Estos códigos de conductas no son comunes en España como en ocurre en otros países europeos. Sin embargo encontramos grandes iniciativas de esta forma de autorregulación en internet. Un ejemplo de esta iniciativa es el condigo de conducta de *confianza online*, que forma parte de una organización de autorregulación de empresas de publicidad y comercio electrónico en internet. A través de los códigos de conductas estas empresas se comprometen a asumir un compromiso ético de velar por la difusión de ciertos contenidos en la red. De esta forma estas empresas ganan un sello de calidad que las distingue de las demás empresas. La adhesión al código, significa también a lo sometimiento de un jurado extrajudicial para los conflictos relativos al incumplimiento del condigo<sup>226</sup>.

Los códigos de conducta son compromisos éticos, no son normas jurídicas, y este podría ser su punto de debilidad, pero estos códigos tienen la función de fomentar su cumplimiento, y tiene una gran oportunidad a través de los sellos de calidad a las empresas que cumplan el código. Estos sellos de calidad generan confianza a los

---

<sup>224</sup> GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.* pp. 49.

<sup>225</sup> GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.* pp. 49.

<sup>226</sup> En este sentido véase GARCIA MORALES, María Jesús, *Nuevas Tecnologías...*, *op. cit.* pp. 50. La autora señala Alemania como un estado en que estos códigos funcionan desde 1997. Véase también <https://www.confianzaonline.es/>, (consultada en 23/10/2013).

usuarios y garantías de un cierto nivel de cualidad. Es lo que necesitamos en la red, confianza y cualidad<sup>227</sup>.

Por último, debemos señalar como una forma de seguridad en internet, los sistemas de filtros. Estos sistemas son programas informáticos que permiten impedir el acceso de determinadas personas a ciertos materiales en internet. El sistema básicamente fue creado para el uso domésticos, para que los padres puedan controlar las informaciones que sus hijos podrían consultar en internet, sin embargo, estos sistemas de filtro de contenidos, son muy utilizados en otras finalidades, como por ejemplo en una empresa, o en bibliotecas de escuelas, etc. Los filtros de contenidos, bloquean contenidos nocivos, es decir, mensajes legales, pero que puedan perjudicar determinadas personas o que no se puedan utilizar en determinada hora, como es el caso del trabajo, o en las escuelas. Los filtros de contenidos dependerán mas una vez de la sensibilidad personal, cultural, y del tiempo en que se está viviendo<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Referente al tema véase GARCIA MORALES, María Jesús, Nuevas Tecnologías..., *op. cit.* 51-52.

<sup>228</sup> Debemos observar que la LSSI no prevé explícitamente este tipo de seguridad en internet, no obstante podemos concluir que el artículo 18.2 contempla indirectamente estos sistemas, cuando señala: “*Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos.*”

**CAPITULO III: LA IDENTIFICACIÓN DEL USUARIO COMO EL  
TRANSMISOR DE LA INFORMACIÓN DELICTIVA EN EL PERIODISMO  
DIGITAL. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA LEY DE  
PROTECCIÓN DE DATOS. LA SEGURIDAD EN INTERNET: LA  
CRIPTOGRAFIA Y FIRMA DIGITAL.**

**8. La determinación del usuario como responsable de la información delictiva en el periodismo digital.**

No hay dudas que el desarrollo de las nuevas tecnologías nos ha traído muchos cambios en la hora de comunicarse. Una de las ventajas que nos proporciona internet fue la facilidad de encontrar y transmitir una determinada información. A través de los buscadores podemos al digitar una palabra encontrar una serie de informaciones relacionadas con la misma. A su vez, las redes sociales nos permiten expresarnos libremente y depararnos con informaciones u opiniones de otros usuarios. Podemos decir que el usuario es el creador de la información que circula en las redes sociales vigorizando el estado democrático, y por esto debemos estar preparados para el mundo en la red<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Véase en MAESTRE, J. A., *El derecho al nombre de dominio*, 2001, pp. 221-226; AUGUSTINOY GUILAYN, A., *Régimen jurídico de los nombre de dominio*, Valencia, 2002, pp. 29-67; GARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, 2º ed., Navarra, 2002; GARCÍA VIDAL, A., *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002; RAMOS HERRANZ, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Madrid, 2004, pp. 33-61; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 4º ed., 2011, Aranzadi, pp.50 y ss.; GUERRERO PICÓ, C., *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Madrid, 2006, pp. 329 y ss.; APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, 3ºed., Navarra, 2009; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *Algunas reflexiones sobre los aspectos generales que regula el reglamento de desarrollo de la LOPD*, REPD, nº 3, 2007, pp. 35 y ss.; VILASAU SOLANA, M., *Privacidad, redes sociales u el factor humano*, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, 2010, pp. 55 y ss.; ARENAS RAMIRO, M., El consentimiento en las redes sociales on line, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, op. cit., pp. 117 y ss.; ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, 1º ed., Iustel, Madrid, 2007, pp. 15 y ss.; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*, 1º ed., LA LEY, Madrid, 2010, pp. 307-352; FERNÁNDEZ PINÓS, José Ernesto, Cuestiones procesales relativas a la investigación y persecución de conductas delictivas en internet, en MORALES PRAT, Fermín, MORALES GARCÍA, Óscar, (Coordinadores), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 233 y ss. RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones*:

Es a través de las redes sociales que también podemos encontrar opiniones personales de algunos artistas, diputados, deportistas, incluso periodistas, que antes solo las conocíamos a través de entrevistas muchas veces tan editadas que se distanciaban de una opinión personal. Estas personas con sus nombres y sus reputaciones son los grandes formadores de opiniones en internet. Están debidamente identificados y su credibilidad se basa en su identidad<sup>230</sup>.

---

*Tecnología e intimidad*, McGRAW-HILL, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.; CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia Imagen en Internet*, 1º ed., Aranzadi, Navarra, 2012; DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, 8º ed., Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 377 y ss.; VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, 100 interrogantes fundamentales en Derecho de Tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.), Colex, Madrid, 2004; SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 49 y ss.; REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 237 y ss.; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 32 y ss.; MARTIN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 23 y ss.; PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 51 y ss.

<sup>230</sup> Para PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 10º ed., Madrid, 2010, pp. 338, mismo que seamos titulares de derecho de información, no quiere decir que seamos iguales. El ejercicio de este derecho a través de medios de comunicación institucionalizados tienen un valor superior al que tiene el ejercicio por quienes no lo son profesionales de estos medios. El Superior Tribunal Constitucional 165/1987 de 27 de octubre, señala que la libertad de información alcanza su nivel máximo cuando ejercida por profesionales de la información a través de vehículos institucionalizados. El mismo tribunal constitucional en la sentencia 29/2009 de 26 de febrero, afirma que la protección de la comunicación encontrada en la constitución es la que transmite la información veraz. En este sentido véase la Sentencia del STS número 706/2004 de 02 de julio, que señala que el ejercicio del derecho a la información realizado por medios de comunicación deben reunir requisitos de veracidad, interés y relevancia y corrección de formas. Referente a estos requisitos veamos CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss. Para este autor la comunicación veraz es un deber profesional del periodista, como también una pieza fundamental a la configuración del estado democrático, garantizando la formación de opinión pública libre. De la misma forma garantiza el derecho del ciudadano en recibir la información veraz. Este requisito está extremadamente relacionado con el deber de diligencia del informador, de forma que los hechos hayan sido objeto de previo contraste. Es decir, que la información haya sido diligentemente buscada y contrastada. Esta veracidad no ha de ser absoluta, pero sí hay que tener la diligencia de buscar el cierto. Por su vez, el requisito de interés y relevancia es el interés general en el conocimiento de los hechos, es decir, un interés social de la información, para que contribuya a fomentar el debate y el carácter público de la información. Por último la corrección de formas, que es la utilización de términos y expresiones adecuadas en la información sin recurrir a expresiones desnecesarias. Referente la corrección de formas véase también PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pp. 345, que señala que la constitución no reconoce el derecho al insulto, como emitir expresiones claramente vejatorias desvinculando la información. PEÑA-LÓPEZ, Ismael, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 70, señala que muchos periodistas critican el periodismo ciudadano por la falta de formación, criterio informativo, validación de las fuentes. A parte de que ellos se transformaran en los nuevos informadores de la sociedad. El mismo autor señala: “Esta democratización de la tecnología redundará además en una democratización de los

Los usuarios “no famosos” que en este trabajo llamaremos de usuarios domésticos, no poseen esta credibilidad relacionada a su nombre. Uno de los motivos es que en la red ellos pueden crear una identidad o un pseudónimo. El anonimato en internet defendido por muchos, puede llevar a esta falta de credibilidad, como también puede generar una sensación de impunidad<sup>231</sup>.

Es sabido que el derecho de expresarse en la red, muchas veces viene acompañado de anonimato. No obstante, este derecho no puede y no debe vulnerar garantías y libertades constitucionales. Cada vez es más común depararnos con un movimiento en la red, en que podemos denominar de ciberacoso o también ciberbulling. Este movimiento se caracteriza por los atentados contra algunos derechos constitucionales de otros usuarios a través de las redes sociales<sup>232</sup>.

Para muchos autores la salida está en la educación y no a la represión. Lo que nos parece claro es que hay que hacerles ver las consecuencias de las actividades calumniosas en internet.

Por su estructura descentralizada y por su complejidad, la investigación y persecución de un delito se torna una tarea muy difícil y lenta. La dificultad del rastreo

---

*medios de comunicación, ya que cada blog puede constituirse, potencialmente en un periodo digital, dada la facilidad de su edición y publicación”.*

<sup>231</sup> La Recomendación 3/97 de la GTPD creada en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46 con funciones de redactar Dictámenes y Recomendaciones para todos los aspectos relacionados con la protección de datos en el contexto de la sociedad de la información, señala que la amenaza a intimidad no procede únicamente de la existencia de gran cantidad de datos personales en Internet, pero también del desarrollo de soportes capaces de buscar en la red y de recopilar todos los datos disponibles sobre una persona. Por este motivo una manera de conjurar esta amenaza consistiría en justificar de que, siempre que sea viable, los rastros creados al utilizar Internet no permitan identificar al usuario. En este sentido observamos que la recomendación se inclina por el anonimato en Internet, que desde su punto de vista, favorece no solamente la protección de los datos en la red, sino también la libertad de expresión. Sin embargo, reconoce que el anonimato no resulta oportuno en todos los casos.

<sup>232</sup> Aunque los derechos y garantías implicados no sean todos fundamentales, advertimos que cada uno tiene su basa en la Constitución Española. Entre otros, estos derechos serían el de la intimidad del artículo 10 de la CE, del catálogo de los derechos de la personalidad y del que se deriva el derecho fundamental de la protección de datos, y el artículo 18. 1 y 18. 4 de la CE, con el cual no hay que confundir, el del secreto de las comunicaciones del artículo 18. 3 de la CE, los derechos como consumidores y usuarios y el del acceso a las redes de telecomunicación del artículo 51. 1 de la CE. Véase también LÓPEZ MELGAREJO, Antonio, Investigación criminal y proceso penal: Las directrices de la propuesta del consejo de Europa sobre *cyber-crime* y de la directiva del comercio electrónico, en MORALES PRAT, Fermín, MORALES GARCÍA, Óscar, (Coordinadores), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 249 y ss.

digital, la posibilidad de borrar huellas y datos, las informaciones emitidas en los cibercafés, proxys o wireless son algunos de los retos que aun tenemos que superar<sup>233</sup>.

Para un determinado acceso a la información encontrada en internet es necesario y determinante saber la clase de servicios que se pretende utilizar. En la mayoría de las ocasiones está localizado URL seguido de un nombre de dominio, siendo fácil de identificar cuando una organización o empresa tiene registrada su marca o denominación. Otra forma de localización de una información, o de una empresa, u organización es a través de los buscadores<sup>234</sup>.

Sabemos que con una dirección de internet podemos encontrar en los registros los datos exactos de los titulares de los nombres de dominio. Lo que también es cierto es que los usuarios tienden a asociar un nombre de dominio a una identidad<sup>235</sup>.

De la misma forma que podemos identificar una información podemos verificar de donde esta proviene. Esta medida se hace posible gracias a una clave numérica llamada de dirección de IP (*internet protocol*), que es la identificación de un determinado ordenador en la red. No es lo mismo identificar un ordenador que identificar el usuario de una información delictiva, debido a una serie de garantías constitucionales de protección a la privacidad. Por este motivo y por la cadena de

---

<sup>233</sup> Debemos observar PEÑA-LÓPEZ, Ismael, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 73, el autor señala que debido al indicador IP, la participación en internet no es anónima, aunque no resulta tan inmediato hallar una persona en la red.

<sup>234</sup> URL que significa en ingles uniform resource locator, como por ejemplo http:, ftp, gopher, etc. En este sentido DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 58-59. Véase también PEÑA-LÓPEZ, Ismael, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 74. El autor señala que una de las más habituales aplicaciones entre ordenadores es la HTTP (*hypertext transfer protocol*) posibilita que un usuario pida determinada información a un servidor, y se devuelva en forma de pagina web.

<sup>235</sup> Para el análisis de conjunto de las cuestiones relacionadas con nombres de dominio debemos observar el tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), disponible en <http://www.wipo.int> (consultado en 18 de abril de 2013). En los dominios territoriales debemos observar el dictamen 02/2003, sobre la aplicación de los principios de protección de datos a los directorios Whois. Ver también MAESTRE, J. A., *El derecho al nombre de dominio*, 2001, pp. 221-226; AUGUSTINOY GUILAYN, A., *Régimen jurídico de los nombre de dominio*, Valencia, 2002, pp. 29-67; GARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, 2º ed., Navarra, 2002; GARCÍA VIDAL, A., *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002; RAMOS HERRANZ, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Madrid, 2004, pp. 33-61. Así como DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 51. Ver también la Sentencia AP Madrid (secc. 11º de 12 de mayo de 2006, f. 8º AC 2006, 933).

derechos y garantías envueltos, nos parece relevante un estudio detallado de las normativas, principios y jurisprudencia sobre el tema<sup>236</sup>.

## 9. El anonimato y el derecho a la intimidad en el periodismo digital.

El derecho a la intimidad posee distintos conceptos dependiendo de cada cultura. Para nosotros, sin hacer una exhaustiva enumeración para que el concepto antes o después no se quede obsoleto, la intimidad es un atributo de la persona, la preservación de la misma, una consecuencia de la naturaleza humana, su ámbito estaría formada por sus pensamientos, actitudes o acciones que las mismas desenvuelven en su vida privada. Por lo cual hay un deber de los estados en garantizarla<sup>237</sup>.

En España encontramos la intimidad como un derecho fundamental del individuo, garantizado por el artículo 18 de la Constitución Española. De la misma

---

<sup>236</sup> Véase referente las direcciones de IP LÓPEZ MELGAREJO, Antonio, Investigación criminal y proceso penal: Las directrices de la propuesta del consejo de Europa sobre *cyber-crime* y de la directiva del comercio electrónico, en MORALES PRAT, Fermín, MORALES GARCÍA, Óscar, (Coordinadores), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 249 y ss. Toda comunicación en la red se necesita la existencia de diferentes maquinas o ordenadores, en que podemos identificarlos con la dirección de IP, que es un código numérico técnico que de forma inequívoca identifica una maquina. En este mismo sentido GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 735.

<sup>237</sup> En este sentido REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 79 y 306-307; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, op.cit., pp. 32 y ss. Véase también OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197. 1º del Código Penal*, Dykinson, 2009, Madrid, pp. 39 y pp. 62-66. Para el autor existe la necesidad de protección de la persona, al respecto de sus libertades y derechos fundamentales, pues estos defienden al hombre y sus derechos contra las injerencias del propio Estado. Así como véase los principios básicos creados por la comisión de estudio de protección a la intimidad de la *Privacy Act* de los Estados Unidos en 1974, que revelan que toda persona tiene el derecho de acceder a la información personal que le afecte, de tener la posibilidad de controlar de forma razonable la transmisión de la información que le afecte, y que la norma ha de regular el tiempo de conservación de los datos personales, la determinación de los fines de los ficheros, la veracidad, integridad y actualidad de los datos personales, y la prohibición de revelación de datos personales. Para LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad*, Dykinson, Madrid, 1996, 169 y ss., el concepto de intimidad posee doble aspecto, uno negativo, un derecho de exclusión del conocimiento ajeno a lo que hace referencia a propia persona y uno positivo que es el derecho activo de control sobre los datos relativos a su persona. Su contenido es variado, amplio y difícil de precisar dada la complejidad de este derecho y su sujeción al tiempo y espacio.

forma hallamos en el código penal en los artículos 187 a 201, como también en diversas leyes de protección de la intimidad o privacidad<sup>238</sup>.

Con la aparición de las nuevas tecnologías y la facilidad de vulnerar la intimidad a través de modernos medios tecnológicos y de comunicación, la misma surgió como una materia de suma importancia en los estados de derecho. En especial debemos observar el artículo 18. 4 de la Constitución que advierte que la ley limitará el uso de la informática para garantizar la intimidad de los ciudadanos. Es imposible no percibir el predominio y la influencia de internet y las nuevas formas de comunicación en la sociedad<sup>239</sup>.

El derecho a la intimidad es un derecho directamente vinculado a la personalidad individual de la persona, y a su dignidad, a su libre desarrollo. Está reflejado en el artículo 10 de la Constitución Española, que señala que son inviolables los derechos inherentes al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Por este motivo

---

<sup>238</sup> Para OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, *El descubrimiento y revelación...*, *op. cit.*, pp. 39, este reconocimiento constitucional aparece como dotado de garantías especiales, puesto que es esencial en la ordenación social. Véase también la Ley Orgánica 01/1982 de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Para un estudio más avanzado de esta ley, véase CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto, Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, Fasc. III, Oct-Dic. 1983; VIDAL MARTINEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.

<sup>239</sup> Véase REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, pp. 303; LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 238. Para la autora el peligro de la informática está en la posibilidad de interconectar varios ordenadores y la facilidad de acceder a más informaciones y datos, no distinguiendo entre informaciones íntimas y a las que no lo son. Véase también AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, Soler, Valencia, 1996, pp. 23 y ss. Para este último autor el aumento de la capacidad técnica de manipular y difundir una información que ha supuesto la revolución informática nos hace plantear nuevas situaciones. No obstante señala que la información constituye un bien social y esencial y su libre circulación debe ser garantizada. Relacionado con el tema veamos la sentencia del Tribunal Constitucional STC 254/93, en su fundamento jurídico 6º, que señala que la constitución ha incorporado esta nueva garantía, como una forma de respuesta a esta nueva amenaza a la intimidad, como también es garantía de las potenciales agresiones de un uso ilegítimo de tratamiento mecanizado de datos. Debemos observar que este artículo fundamental, relacionase con muchos otros dentro de la constitución como por ejemplo el artículo 105. b) o 20. 1. d) de la constitución española. Véase el artículo 105 que advierte que la ley regulará: “b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.” Como también el artículo 20. 1. en que se reconocen y protegen los derechos: “d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

podemos concluir que es un derecho innato, subjetivo, privado, irrenunciable, inalienable, indisponible, imprescindible y extra patrimonial<sup>240</sup>.

Debemos observar que el Tribunal Constitucional revela que el derecho a la intimidad implica un ámbito propio y reservado frente las acciones y conocimientos de los demás. Este derecho impone a los terceros una obligación de abstenciones de intromisiones del ámbito íntimo personal y familiar. Cualquier intromisión ilegítima injustificada en la esfera individual de la persona implicaría a una limitación a libertad propia de la misma. Aparte de garantizar la vida personal del individuo contra las

---

<sup>240</sup> En este sentido véase AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, Soler, Valencia, 1996, pp. 24. Este autor nos habla de la expresión de la voluntad personal. Cuanto menos cause perjuicio a los demás, se gozará de entera libertad para actuar de acuerdo con sus propias preferencias. Nunca pueden decidir los demás por uno mismo hasta donde llega su intimidad. Debemos observar CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, *op. cit.*, pp. 21, que advierte que el derecho a la intimidad es un derecho extremadamente ligado con la dignidad de la persona. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 156/2001, de 2 de julio advierte que el derecho al honor, a la intimidad personal y familia y a la propia imagen son autónomos entre sí. Cada uno de estos derechos tienen su sustancialidad, por este motivo la vulneración de uno de ellos no conlleva necesariamente la vulneración de los demás. Manifiesta también que la captación y reproducción de una imagen de una persona puede vulnerar el derecho a la intimidad de la persona sin que este lesionando el derecho a propia imagen, en los casos en que se invada la intimidad pero la persona no se encuentre identificada a través de sus rasgos físicos. De la misma forma se podrá vulnerar el derecho a la propia imagen sin que este vulnerando el derecho a la intimidad, en los casos en que se identifica en la imagen a una persona, pero no se lesiona su intimidad. Y por último el tribunal advierte que se podrá lesionar ambos derechos, cuando se identifica a la persona en la imagen y vulnerase su intimidad. Para OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, *El descubrimiento y revelación...*, *op. cit.*, pp. 40-41, mismo que admitimos sus relaciones, podemos observar importantes diferencias entre ellos. Para este mismo autor en la página 47 referente al derecho a personalidad afirma que no podemos confundir conceptos como la personalidad con el derecho de la personalidad. Puesto que la personalidad es un presupuesto de los derechos de la personalidad. No cabe hablar de derechos a la personalidad, pues sencillamente existe la personalidad y desde este momento se goza de reconocimiento. Véase también MARTIN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, pp. 29. El autor afirma que el concepto de intimidad debe tomar como referente el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En qué medida el individuo quiere dividir con los demás sus pensamientos y sentimientos, o los hechos de su vida personal. Así como LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 248-250. Para la autora el derecho a la intimidad es considerado un derecho subjetivo puesto que pretende asegurar la vida privada de las personas frente a las agresiones ilegítimas de los demás. Es considerado privado porque el ejercicio de las acciones para su defensa pertenece a su titular. Es absoluto en su plano externo porque es ejercitado frente a todos, sea cual sea el medio utilizado, siempre que exista una intromisión ilegítima en el ámbito íntimo. No obstante la autora advierte que en el ámbito interno no existe ningún derecho a la personalidad absoluto ya que han de venir delimitados por el orden público y de moral, así como otros límites y derechos de los demás y bien común. Los intereses comunitarios han de prevalecer en relación a la individualidad de cada sujeto.

intromisiones ilegítimas por parte de terceros, el derecho a la intimidad prohíbe la revelación, divulgación o publicidad no autorizada por el titular de los datos íntimos<sup>241</sup>.

El mismo Tribunal en sentencia anterior ya señalaba que el atributo más importante del derecho a la intimidad es la facultada de exclusión de los demás a las injerencias por parte de terceros, tanto en el conocimiento intrusivo, como en la divulgación de datos<sup>242</sup>.

En nuestra intimidad podemos desarrollar nuestra personalidad sin que seamos observados por terceros, reconociendo la legitimidad para aislarnos determinadas parcelas de nuestra existencia. No obstante este derecho a la intimidad no es absoluto y encuentra sus límites, de más o menos, justa reciprocidad por el derecho a la información y la libertad de expresión encontrados en el artículo 20.1 de la Constitución Española. En este sentido es común encontrar que estos derechos entren en conflicto ya que son unos de los más importantes principios morales del estado democrático. En la práctica los riesgos y límites derivan del ejercicio de uno o de otro derecho<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> En este sentido véase CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 22; LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, op. cit., pp. 169 y ss.; AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, op. cit., pp. 25. Este autor señala que la intimidad garantiza el reconocimiento de la voluntad individual y coincide con el espacio físico y espiritual, preservados de cualquier intromisión ajena. La intimidad más que amparar la manifestación de la voluntad, formaría una individualidad única y exclusiva de la personalidad propia. No solamente un requisito a la construcción de la personalidad, pero también la posibilidad de la creación de relaciones personales, al encuentro del otro con quien compartir un espacio o una experiencia en común. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 de 15 de noviembre y la Sentencia STC 231/1988 de 2 de diciembre, que advierte que la intimidad no está relacionada solamente a los aspectos de la vida propia y personal, como también a la vida de otras personas como la familia. Así como MARTIN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, op. cit., pp. 23-25, que señala: “Un hombre libre es consciente del valor de sus personalidad y dueño de sus pensamientos y actos.”

<sup>242</sup> Véase en la Sentencia del STC de 22 de abril de 1993. La misma sentencia advierte que: “Que un acontecimiento de carácter reservado o íntimo haya trascendido a terceros no le convierte de cara al futuro, en un hecho público.” Para AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, op. cit., pp. 42, la responsabilidad al violar la intimidad de una persona para obtener una determinada información es siempre de índole grave, y su difusión aumenta el daño moral.

<sup>243</sup> De la misma forma encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2010 de 27 de abril. Así como CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor...*, op. cit., pp. 27; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, op. cit., pp. 40; LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, op. cit., pp. 294-296. Para la autora la intimidad por estar referido a la integridad de las personas, donde cada cual puede desarrollar su personalidad, debe ser respetado al máximo, sin que en todos los casos impere este interés general. La información deberá ser objetiva, veraz y auténtica, diligentemente comprobada, sin basarse en rumores o apreciaciones subjetivas, que respete la integridad

Sabemos que el derecho de información y libertad de expresión son fundamentales al estado democrático, esto viene por la necesidad de los ciudadanos de disponer de las informaciones para que tomen sus decisiones de forma libre e independiente. No hablaríamos de intimidad si no hubiera la información o bien el ejercicio de la libertad de expresión que nos permite construir y desarrollar nuestra intimidad. A parte de esto no podemos olvidar que el derecho a la información se asienta en el interés general de la sociedad. Cuando los datos o hechos o situaciones personales tienen interés público, se ha perdido el carácter reservado o íntimo de la persona interesada<sup>244</sup>.

Los medios de comunicaciones son hoy los grandes transmisores de información. El mercado de noticias, como por ejemplo las fotográficas y exclusivas, pueden alcanzar cifras increíbles, no obstante puede ser el grande violador del derecho a la intimidad ya que es tan difícil adecuar los límites de la libertad de información. De la misma forma la cantidad indiscriminada de informaciones en los momentos actuales haz con que sea una tarea ardua el ejercicio del control por parte de los periodistas, pudiendo la información ser distorcida por el informador y la noticia ser distanciada de su verdadero sentido. En todos los casos los profesionales del medio deben tener siempre como límite y respeto la intimidad de los protagonistas. El periodismo debe actuar bajo los principios de ética profesional, así como evaluar las demandas del público y actuar con valores y como consecuencia el periodismo podrá relacionarse con la intimidad de la personas<sup>245</sup>.

---

moral de las personas y que cumpla su función social. Véase también AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad, op. cit.*, pp. 23 y ss. Para este ultimo autor es normal que el ejercicio de la libertad de información y el derecho a la intimidad den lugar a conflictos ya que apuntan en direcciones opositas. Para el autor estos conflictos suelen producirse en toda sociedad abierta.

<sup>244</sup> La colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información consiste en la develación de hechos o intimidad sobre la vida de una persona o familia. Ya que la libertad de expresión se basa en simples opiniones, no pudiendo constituir esta lesión al derecho a la intimidad. *Vid.* LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 294. Para AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad, op. cit.*, pp. 23 y ss., la información que nos llega en gran medida es a través de los medios de comunicación.

<sup>245</sup> En este sentido véase AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad, op. cit.*, pp. 23 y ss. Para el autor a diferencia de lo que ocurrió en los años 80, en que los medios de comunicación ignorando los compromisos éticos y criterios morales de acción fueron los grandes violadores del derecho a la intimidad

Debemos observar que esta intimidad no es absoluta, sino que relativa, los datos son variables dependiendo de cada persona, cada circunstancia en concreto, según el tiempo, las edades, las culturas y tradiciones, el conjunto de estos datos servirán para la evaluación de este derecho<sup>246</sup>.

La gran problemática de la relación entre la libertad de expresión o libertad de información y el derecho a la intimidad está cuando entran en juego las informaciones que no deberían trascender al público en general. En este momento observamos la importancia de las garantías constitucionales en preservar la intimidad del individuo, como también que la intimidad no deberá ser sacrificada por los intereses generales de los terceros<sup>247</sup>.

La intimidad del individuo es fundamental para la formación de una sociedad justa y democrática. Su reconocimiento supone una barrera a los estados totalitarios. Por consiguiente el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información han de desarrollarse dentro de parámetros idóneos para fomentar esta sociedad<sup>248</sup>.

---

de las personas. Hoy la propia experiencia de los medios ha servido para fomentar criterios de actuación y guías prácticos en relación a este derecho. Son el interés público y el derecho a la información los que amparan y justifican la información y que delimitan y determinan lo que es necesario y legítimo para transmitir y dar conocimiento al público en general. Relacionado con el tema véase también LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 266-267. La autora afirma que para violar la intimidad de una persona no se requiere ninguna intención específica. Aquel que descubre algo mantenido en secreto o reservado, invade la intimidad del afectado, independientemente de que la intención sea el ánimo de informar, aumentar la venta de la revista o progresar en la profesión, etc.

<sup>246</sup> Para un estudio del tema véase la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre la Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Véase también LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 196, 210. Para la autora la experiencia que tiene cada persona influye en considerar ciertos aspectos de su vida privada, lo que hace ver un grado de subjetividad el derecho a la intimidad y llegar a la conclusión de que este derecho es inequívoco en su concepción y plural en sus contenidos y variables manifestaciones.

<sup>247</sup> En este sentido CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pp. 131-132.

<sup>248</sup> En este sentido MARTIN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, pp. 23-25; AZNAR GÓMEZ, Hugo, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. Referente a la libertad de expresión véase la Sentencia del Superior Tribunal Constitucional 235/2007 de 7 de noviembre, que señala la libertad de expresión garantiza la comunicación pública libre, sin la cual, quedaría desengañado el principio de legitimación democrática que es la base de toda ordenación jurídico-política. Esta comunicación libre exige la garantía de derechos fundamentales y la interdicción de determinadas actuaciones del poder. El mismo tribunal afirma que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por esta última contar con requisito de veracidad, y la primera ter por objeto presentar ideas, opiniones, juicios de valor y no una demostración de su exactitud. En este sentido el STS de 11 de abril de 1992 ya señalaba que las intromisiones en el honor y intimidad requiere no solamente la información verosímil, sino que también

## 10. La intimidad del usuario en internet en el derecho al secreto de las comunicaciones.

El derecho al secreto de las comunicaciones esta recorrido por la constitución española en su artículo 18. 3., como una derecho fundamental, y guarda relación con el artículo 53 de la constitución. A priori podríamos pensar en el artículo 18 están las distintas manifestaciones de la intimidad, sin embargo el derecho de las comunicaciones trasciende esta protección ya que las comunicaciones resultaran protegidos independientes de su contenido, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género<sup>249</sup>.

Sea cual sea el ámbito de protección de la comunicación, la norma constitucional se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros. Su regulación de la intervención, parte de los artículos 81. 1. CE, o límite o su ejercicio (artículo 53.1. CE) pero

---

que su contenido sea de interés general. Así como nos afirma CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad, op. cit.*, pp. 134-135. Para el autor en la libertad de expresión no encontramos el requisito de veracidad, dado que las opiniones son subjetivas y responden a criterios personales de las personas sin que las opiniones resulten innecesarias, injuriosas o vejatorias para la exposición de las mismas. Para un estudio más amplio relativo a veracidad de la información, es decir, la constatación diligente de la información. Véase las sentencias del STC núm. 132/1995 de 11 de septiembre; STC núm. 320/1994 de 28 de noviembre y STC 178/1993, de 31 de mayo. Así como LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor...*, *op. cit.*, pp. 246, que advierte que es evidente que las personas pueden verse afectadas por medios informáticos, ya que pueden sentirse vigilados, y sus datos controlados, condicionando al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>249</sup>Debemos observar ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, 1º ed., Iustel, Madrid, 2007, pp. 15 y ss., advierte que este derecho adquirí un significado que sobrepasa el da intimidad, puede se considerar como un derecho autónomo. Así como OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, *El descubrimiento y revelación...*, *op. cit.*, pp. 44-45, afirma que en primera instancia el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho autónomo con respecto a la intimidad, pero hay razones para negar esta afirmación, como por ejemplo que por su ubicación incardina en una norma que garantiza la intimidad entendida en sentido amplio, o que la pretensión final es crear una protección a la dignidad y libertad de la persona, y en este sentido posee una raíz común que es el derecho a la intimidad. En conclusión señala que la inviolabilidad de las comunicaciones establece un medio de lesión del derecho a la intimidad de las personas, y que su especialidad deriva por el medio empleado (la comunicación), no obstante el objeto de protección no deja de ser la vida privada de la persona. En este sentido ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1996, de 11 de marzo, como también la Sentencia del mismo Tribunal de número 114/1984, de 29 de noviembre, que revele el carácter formal que se predica del comunicado con independencia de su contenido, y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito, personal, íntimo o reservado. Como también REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, 203-203 y 313 y ss.

básicamente lo encontramos en el artículo 579 LECrim de acuerdo con la redacción de la LO 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.<sup>250</sup>

En el derecho comunitario encontramos el artículo 7 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, como también encontramos la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio.

El concepto de comunicación encontrado en la constitución ha de ser amplio y flexible, de este concepto depende el alcance de la garantía constitucional. Por lo que observamos que lo que se protege es el conjunto del proceso de comunicación, excluidos de esta protección las conversaciones de forma directa o en persona. La comunicación electrónica mas allá de su resolución, celeridad y eficacia, no constituye un tipo de comunicación específica, conforman un conjunto de comunicaciones cuyo el denominador común es la electrónica<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Debemos observar que la intervención de las comunicaciones se convirtió en un instrumento fundamental para las investigaciones penal. No obstante, nos advierte la Sentencia STS 841/2005, de 28 de junio, que no se trata de un instrumento de los poderes públicos, que habrá que considerarse como una medida excepcional, por estar en juego un derecho fundamental. En este mismo sentido ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto...*, op. cit., pp. 18. Así como advierte REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, op. cit., 331, que la carencia más grave de la ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) es la falta de delimitación de la intervención de las comunicaciones y la forma de llevarse a cabo. A demás afirma que el artículo 579 no puede entenderse como una autorización genérica, debe interpretarse como herramienta del proceso penal. En este sentido veamos el artículo 579 que menciona que el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, si hubiere indicios de obtener por estos medios los descubrimientos o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El Juez podrá en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si de la misma forma hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Asimismo podrá observar las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos. Y por ultimo en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, el plazo anteriormente mencionado, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación. En el ámbito internacional encontramos el artículo 12 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos.

<sup>251</sup> De la misma forma observa REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 309-311. Véase también el artículo 18. 1. de la Constitución Española, así como GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp.

De todas las formas, según el artículo 2 de la Directiva 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el artículo 64 c del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones, RTGL) comunicación es “*cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. No se incluye en la presente definición la información conducida, como parte de un servicio de radio-difusión al público, a través de una red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que reciba la información.*”

La libertad de comunicación consiste en que toda persona física o jurídica comuníquese libremente con la garantía viene intuita por el secreto, y la imposición de que terceros no interfieran en la misma. Sea cual sea el medio utilizado y el contenido del mensaje la norma constitucional garante la impenetrabilidad por quien es ajeno al proceso de la comunicación. Es decir, para la norma constitucional las comunicaciones son secretas, algunas pueden ser íntimas. No obstante la norma no ampara el contenido de la comunicación frente a otra parte, la obligación de secreto es siempre frente a terceros que no interfieren en la comunicación<sup>252</sup>.

El objeto de protección alcanza a parte de lo comunicado, la existencia de la misma, la identidad de los interlocutores, la fecha, en definitiva todo el proceso

---

720-721. Debemos observar que la comunicación electrónica a través de la red se encuentra en el ámbito constitucional del artículo 18.3 de la CE, en este mismo sentido véase la Sentencia STS 292/2008 de 28 de mayo.

<sup>252</sup> Para RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss., el secreto de las comunicaciones debe ser tratado como una rama de los derechos a la intimidad. Así mismo señala REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, 313 y ss., que la fundamentación común no implica que estemos ante el mismo objeto de protección, no obstante está claro que hay una pretensión común, una misma raíz, una protección de ámbitos a disposición por parte de la persona. Observa aún que el deber de no revelar el objeto de la comunicación emana de la protección del artículo 18. 1 de la Constitución y no de la protección del artículo 18.3. de mismo texto normativo. De la misma forma encontramos reconocido este derecho en el artículo 12 de la Declaración Universal de los derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, entre otros tratados y pactos internacionales. Así como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en la famosa Sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso Malone). En este mismo sentido GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 724-725 y Sentencia STC 114/1984, de 29 de noviembre.

relacionado con la comunicación. La imposición del secreto excluye los comunicantes, sin perjuicio de que sea revelada la comunicación a terceros y que en este caso, pueda interferir en otro derecho constitucional consagrado<sup>253</sup>.

Debemos observar que la protección del secreto de las comunicaciones igual a otros derechos fundamentales no es absoluta, dada que posibilita el levantamiento del secreto mediante orden judicial. No es ilimitada dada que depende de la comunicación<sup>254</sup>.

La comunicación concluida puede ser considerada un dato de carácter personal (art. 18.4 CE). Pero no se puede obviar que haya la concurrencia simultánea del derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho de protección de datos de carácter personal<sup>255</sup>.

Es común, encontrar jurisprudencias en que ubican la dirección de IP en los supuestos del artículo 18.4 de protección de datos de carácter personal y no en el artículo 18.3. Como es el caso de la Sentencia del STS 236/2008 de 9 de mayo (RJ 2008, 4648). Esta misma consideración es afirmada por la Agencia Española de Protección de datos en su informe 323/2003<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> En este mismo sentido véase la TC Sentencia 123/2002, de 20 de mayo y Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que señala que la proyección del secreto encontrado en el artículo 18.3 CE no solamente alcanza la comunicación en sí, pero también otros aspectos, como la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. De la misma forma las Sentencias STS de 22 de abril de 1998 (RJ 1998, 3811); SSTS de 2 de abril de 1996 (RJ 1996, 3215); SSTS de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7834); SSTS de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1275); SSTS de 8 de febrero de 1997 (RJ 1997, 888); así como GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 726; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, La Intervención de las Comunicaciones, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 21-25.

<sup>254</sup> En este sentido véase GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 726; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, La Intervención de las Comunicaciones, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 26.

<sup>255</sup> Para un análisis más detallado sobre el tema véase GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 734 que afirma: “A pesar de la autonomía que singulariza a los datos de carácter personal, la previsión del artículo 18.4 de la Norma Fundamental, cuando de comunicaciones privadas se trate, en modo alguno desplaza la previsión del artículo 18.3 CE, en los casos en que el ámbito de protección de una y otra norma coincidan.”

<sup>256</sup> La sentencia referida declaró lícitos los rastreos llevados a cabo por la Brigada de delitos tecnológicos de los usuarios de Emule. La brigada utilizó una base de datos del propio Emule, efectuando una serie de rastreos informáticos, registrando la dirección de IP del destino y origen de las peticiones de búsqueda de los usuarios. Estas informaciones de la brigada fueran encaminadas al juzgado, con el pedido de autorización para que los proveedores de servicios en internet, identificasen los propietarios de línea de

No obstante, esta consideración de la dirección de IP como un dato de carácter personal no se confirma cuando se trata de una comunicación vigente. En este caso esta dirección de IP entrara en los supuestos del artículo 18.3 del secreto de las comunicaciones<sup>257</sup>.

Debemos señalar que la inclusión de datos reveladores de una comunicación prorroga la protección del secreto, mismo después del conocimiento del mensaje por el destinatario. Dificultando la delimitación del ámbito de actuación del derecho al secreto frente a otros derecho constitucional<sup>258</sup>.

La protección del derecho al secreto de la comunicación como hemos dicho anteriormente no es absoluta, la propia constitución, así como otros regímenes extraordinarios prevén su intervención mediante determinados requisitos como la necesidad de habilitación legal y calidad de la norma, el principio de proporcionalidad y la exclusividad jurisdiccional<sup>259</sup>.

En la necesidad de habilitación legal y la calidad de la norma la ley deberá alcanzar las condiciones para que en una sociedad democrática la injerencia sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del

---

las direcciones de IP. En el mismo sentido otra sentencia nos advierte que la exigencia de autorización judicial no tiene sentido, cuando es el propio usuario quien ha permitido que su dirección de IP sea de público conocimiento. *Vid.* STS 739/2008, de 12 de noviembre.

<sup>257</sup> En este sentido GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 737; RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis., Dirección IP, IMSI e intervención judicial de comunicaciones electrónicas, *Diario La Ley*, núm. 7086, ISSN 1138-9907, 2009.

<sup>258</sup> Debemos observar GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 740, que señala las Sentencias del TEDH de 02 de agosto de 1984 y STC 114/1984, de 29 de noviembre, consideraran en un principio que las direcciones de IP deberían integrarse en el derecho fundamental, porque revelaban la identidad de los comunicantes y, podrían conllevar al desvelamiento del acto comunicativo. En otra ocasión la STC 123/2002, de 20 de mayo, entre otras, vino a precisar que si bien los datos reveladores de la existencia del proceso de comunicación pertenecían al derecho, su injerencia en los mismos era de menor entidad con relación al propio contenido material de la comunicación. No obstante ulteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional parecen acercarse nuevamente a la senda iniciada por la sentencia 230/2007, de 5 de noviembre.

<sup>259</sup> Estos requisitos podríamos llamar también de garantías, que nada más es que el derecho de una persona a los mecanismos de defensas de que se dispone para la satisfacción de un determinado derecho. En nuestro caso, podrían ser los requisitos de injerencia de la comunicación y las vías de defensas de las violaciones. *Vid.* DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 166.

país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás<sup>260</sup>.

A demás el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) subordina la concurrencia de determinados requisitos. Primero que la injerencia esté previsto en ley con términos claros, en cuales circunstancias y bajo cuales condiciones se deberá operar. Segundo que la medida vaya dirigida a un fin legítimo y tercero que la medida sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la tutela de los derechos y de las libertades<sup>261</sup>.

Debemos observar que la Constitución Española no establece de una manera precisa en que supuestos y bajo qué forma cabrían la intervención del derecho al secreto de las comunicaciones. Encontramos en la LECrim en los artículos 579 la norma habilitada para la intervención de las comunicaciones, pero su insuficiente regulación denunciada por la doctrina llevo al que el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en sus jurisprudencias estableciesen reglas más precisas y claras sobre estas injerencias<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup>De la misma manera el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH), firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, señala: “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*” En el mismo sentido GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 742, afirma que la reserva de la ley ha de alcanzar los presupuesto y condiciones legítimos para la intromisión al derecho fundamental, y no únicamente a la sujeción al principio de legalidad, como también deberá dar satisfacción al principio de seguridad jurídica. Véase también MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La Intervención de las Comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 31-32; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 159. Así como la Sentencia STC 70/2002, de 3 de abril; STC 49/1999, de 5 de abril.

<sup>261</sup>Referente a la exigencia de fines legítimos véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 162-167. Como también las Sentencias STC 261/2005, STC 166/1999. Debemos observar que el mismo Tribunal en la caso Shonenberger y Durmaz, de 20 de junio de 1988, afirma que para una sociedad democrática una injerencia debe basarse en una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida. Deberá estar presidida por nota de judicialidad, es decir que se realice un proceso judicial, siendo la autorización judicial que habilite la injerencia.

<sup>262</sup>En este sentido GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 743. Para el autor la regulación de la LECrim era insuficiente, también denunciada regularmente por la doctrina, y objeto de pronunciamientos del TEDH (como por

El principio de proporcionalidad y exclusividad jurisdiccional supone el justo equilibrio entre los derechos fundamentales envueltos. Pese a la ausencia de una enumeración de los delitos en que se pueda acordarse una intervención, estos delitos deben tratarse de delitos graves, en que tienen una pena superior a 5 años<sup>263</sup>.

La medida deberá ser adoptada de forma excepcional respetando el juicio de idoneidad (la justa adecuación para el fin que se persigue), el juicio de necesidad (que no exista una medida menos gravosa) y la ponderación entre el sacrificio de los derechos constitucionales y la causa que lo origina. Deberá tener una finalidad exclusivamente probatoria y ser adoptada en un procedimiento penal. De la misma forma deberán existir previos indicios de un delito, y se exige en la adopción de la medida el tipo delictivo concreto que es objeto de la investigación<sup>264</sup>.

La medida dependerá de resolución judicial debidamente motivada con la justificación material de la restricción. Deberá contener la identificación del delito, la identidad del usuario de la comunicación, la identidad de las personas autorizadas para la práctica de la medida, la duración y dación de cuentas de la medida. Por último el

---

ejemplo la Sentencia 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo, TEDH 2003, 6) quien proclamó que la reforma de 1988 no era suficiente para las exigencias del artículo 8 CEDH. Véase también la Decisión del TEDH de 26 de septiembre de 2006 (TEDH 2006, 51). Así como DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 160-161, 185.

<sup>263</sup>Véase GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 744-745. Para el autor el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que al legislador quien correspondería determinar la naturaleza y gravedad de los hechos de la medida de intervención no lo ha hecho. Por esto cabe al Tribunal determinar los supuestos de conformidad con la constitución como llevarse la injerencia. A diferencia de otros países, como Alemania, Italia o Portugal. En el caso de los crímenes llevados a cabo a través de la red, la Sentencia STC 104/2006, de 3 de abril señala la potencialidad lesiva del uso de los instrumentos informáticos, la relación con el uso y abuso de las nuevas tecnologías y el grave perjuicio económico, y la difusión en internet. Véase también MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La Intervención de las Comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 33; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 168, 185.

<sup>264</sup> En la finalidad exclusivamente probatoria, véase la sentencia STS 1579/1994, de 12 de septiembre (RJ 1994, 7205) que afirma que la medida deberá ser dirigida para establecer la existencia de un delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo. En la existencia previa de indicios véase el artículo 579 LECrim, como también el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 6102) que esclarece que los indicios de responsabilidad criminal son las indicaciones, datos externos que apreciados judicialmente, tendrán la firmeza que proporciona una sospecha fundada, razonable y lógica. Véase también GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 745-747; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La Intervención de las Comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 34-35; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 163-169. Este último autor señala que los indicios no son meras sospechas sino que datos y hecho objetivos, razones fácticas y jurídicas.

control judicial de la medida velando por el estricto cumplimiento de su desarrollo, y el resultado que vayan teniendo y su cese<sup>265</sup>.

Lo que pretende garantizar el legislador al establecer la inviabilidad de las comunicaciones es el derecho a la intimidad, sin establecer delimitaciones conceptuales, pero si garantizar el secreto de las mismas. La inviolabilidad de la comunicación es un derecho sometido a las más fuertes medidas por parte del ordenamiento jurídico, por ser un derecho fundamental vigente frente a todo para garantizar su eficacia, de lo contrario, deja de tener el máximo nivel constitucional<sup>266</sup>.

En conclusión, la tutela de este derecho es de suma importancia con las nuevas tecnologías y su facilidad de vulneración a la intimidad de la persona, corrobora con un sentimiento de inseguridad de la misma. Es imprescindible la existencia de un ajuste entre mecanismo de garantía y el desarrollo tecnológico<sup>267</sup>.

## **11. La ley de protección de datos en internet. Su armonización internacional y control de transferencia.**

Entre los riesgos ligados al desarrollo de internet, la protección de datos es uno de los principales. Sabemos que por su organización abierta y la globalización de la

---

<sup>265</sup> Véase el artículo 579.3 de la LECrim. *De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.* Así como GARCÍA ALBERO, Jordi, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 744-752; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La Intervención de las Comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 33-35; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 168-169. Este último autor señala que se exige un grado de precisión elevado cuanto al alcance de la medida, pero no impide de que se solicite una ampliación del objeto de la medida. La intervención debe recaer sobre personas concretas. Véase también el artículo 300 de la LECrim.

<sup>266</sup> En este sentido véase REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 316-320. El mismo autor en la página 22 advierte: “*Los derechos fundamentales no siempre cabe entenderlos como limitadores del poder estatal, sino también como limitadores de los derechos de otros individuos, lo que viene a plantear el papel del Estado en relación con los derechos fundamentales.*”

<sup>267</sup> En este mismo sentido encontramos REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 332-333. El mismo autor señala que la motivación debe ser motivada y detallarse las razones fácticas y jurídicas de la intervención, el objeto de la intervención, las personas sobre las que recaigan, el tiempo de duración, quienes la ejecutan y la forma de control de la medida.

información, los datos de carácter personal inherentes a los usuarios se tornan de fácil captación, muchas veces sin que los mismos tengan conocimientos de estos datos. En este sentido la eficacia de controles legales se torna ineficaz y por su vez los mecanismos de protección surgen como de fundamental importancia<sup>268</sup>.

En principio se exige que los datos sean captados respetando los derechos a la información de afectado, la exigencia de consentimiento, y el principio de la calidad de los datos. Siempre respetando el principio de la proporcionalidad en que se debe emplear los procedimientos necesarios, pero los que impliquen la menor intromisión en la vida privada del usuario<sup>269</sup>.

Por otra parte en la práctica muchas veces esto no ocurre, como por ejemplo en los casos de los servicios de motores de búsqueda que recopilan y guardan datos sobre los intereses y preferencias de sus usuarios, o también cuando disponen una serie de informaciones de personas en sus buscadores sin que las mismas estén al tanto de estas informaciones<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> En este mismo sentido debemos observar DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 275. El autor nos afirma que una primera análisis de los riesgos relacionados con la protección de datos en internet se realizó por el grupo de trabajo (GTPD) establecido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L 281 de 23 de noviembre de 1995, en su documento “*Privacidad en Internet: Enfoque comunitario de protección de datos en línea*” de 21 de noviembre de 2000. Este órgano creado en virtud de este artículo viene integrado por representantes de la comisión y de las agencias de protección de datos de la Unión Europea. Así mismo nos cumple señalar que no podemos confundir los derechos a la intimidad y a la protección de los datos personales. La protección a los datos personales tiene un carácter más amplio que derecho a la intimidad ya que no solamente se reduce a los datos íntimos de una persona, sino a otros datos que sean susceptibles de ser utilizados por terceros y que puedan lesionar un otro derecho fundamental, sea o no el de la intimidad. Véase también PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*, 1º ed., LA LEY, Madrid, 2010, pp. 308, donde afirma que los dispositivos que permiten localizar objetos y las personas que los portan, constituye elementos indispensables en las investigaciones penales.

<sup>269</sup> Vid. los artículos 4º referente a la calidad de los datos, 5º referente al derecho de información en la recogida de datos y 6º referente al consentimiento del afectado, todos de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), [BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999](#), que posee como objetivo garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los [derechos fundamentales](#) de las personas físicas, y especialmente de su [honor](#), [intimidad](#) y [privacidad](#) personal y familiar. Como también DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 276; GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Madrid, 2006, pp. 329 y ss.

<sup>270</sup> Interesa señalar, que estos motores de búsqueda muchas veces facilitan una información sobre una persona, cuando esta considera que la información no está de acuerdo con sus intereses, o que la

Lo mismo ocurrirá en el caso de las redes sociales, donde los usuarios comparten información personal sin que perciban el alcance de estas informaciones<sup>271</sup>.

Con el objetivo de garantizar el derecho fundamental de la protección de datos personales hay una imposición estricta de conservación de estos datos centrada en el control y restricción de su tratamiento. Como también debido a los riesgos significativos unidos a la dimensión de la amenaza los ordenamientos jurídicos se ven obligados a imponer a esos prestadores de servicios específicas obligaciones<sup>272</sup>.

### 11.1 El marco regulador de la protección de datos.

Con el objetivo de alcanzar un elevado nivel de protección de datos personales la Unión Europea presenta la Directiva 95/46/CE, y crea un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea. Esta directiva fija condiciones generales de carácter horizontal, sin perjuicio de que los estados miembros establezcan reglas más específicas, regímenes particulares al tratamiento de los datos personales<sup>273</sup>.

Su transposición al derecho español podemos encontrar básicamente en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que algunos autores la caracterizan por su vocación de generalidad. Esta ley orgánica se encuentra contenida en un Reglamento de desarrollo de la misma (RPD)<sup>274</sup>.

---

información no es correcta, o es excesiva. O también cuando la información ya fue retirada del sitio donde se hallaba disponible, pero se encuentra en la memoria caché de buscador. En este mismo ver DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 281.

<sup>271</sup> Como por ejemplo la aparición de un usuario en una fotografía, con una difusión más allá de lo deseado.

<sup>272</sup> Para el análisis de este tema ver la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, [BOE núm. 251 de 19 de octubre de 2007](#). Como también DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 281-282.

<sup>273</sup> Debemos observar la sentencia del STJCE de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, As. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, en que pone en relieve que ciertas disposiciones de la Directiva 95/46/CE pueden ser directamente invocados por los órganos nacionales. En este mismo sentido DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 284-285.

<sup>274</sup> En este sentido ver DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 286; APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*,

No se agota por aquí a nivel europeo, las reglas relativas a los datos personales. Podemos encontrar en la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, modificada por la Directiva 2009/136/CE, cuestiones relativas al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Lo que está claro, es que con los constantes cambios de modelos encontrados en las nuevas tecnologías, en especial internet, justifican las eventuales actualizaciones de las reglas existentes a nivel europeo, para que se haga frente a los riesgos en materia de protección de datos personales.

### **11.2 La autorregulación en la red. La definición y la protección de los datos de carácter personal.**

La autorregulación en internet se refiere a la posibilidad de una elaboración de códigos de conducta al tratamiento de los datos personales. Su régimen normativo podemos encontrar básicamente en el artículo 32 de la LOPD, y en los artículos 71 a 78 de lo Reglamento de desarrollo (RPD). La participación en estos códigos de conducta es de carácter voluntario, pero es vinculante a los envueltos en el mismo<sup>275</sup>.

---

3ºed., Navarra, 2009, FERNÁNDEZ LÓPEZ, José Maria, *Algunas reflexiones sobre los aspectos generales que regula el reglamento de desarrollo de la LOPD*, REPD, nº 3, 2007, pp. 35 y ss. Ver también el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, [BOE núm. 17 de 19 de enero de 2008](#).

<sup>275</sup> Señalamos que el artículo 32 nos advierte que mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, como también las organizaciones, podrán formular códigos que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, como también las garantías, para el ejercicio de los derechos de las personas con respeto a los principios y disposiciones de la misma ley y sus normas de desarrollo. Así como los códigos podrán prever o no reglas detalladas y estándares técnicos de aplicación. Deberán también ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos. De la misma forma el artículo 71 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, tiene por objeto adecuar lo establecido en el artículo 32 de la LOPD. Así como advierte que los códigos contendrán reglas o estándares específicos que permitan armonizar los tratamientos de datos efectuados por los adheridos para facilitar el ejercicio de los derechos de los afectados. El artículo 72 nos afirma que los códigos tendrán carácter voluntario. En el artículo 73 encontramos que los códigos deberán estar redactados en términos claros y accesibles. El artículo 74 advierte que los códigos podrán incluir cualquier otro compromiso adicional para un mejor cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos. En el artículo encontramos las garantías de cumplimiento de los códigos que deberán incluir procedimientos de supervisión independientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los adheridos, y establecer un régimen sancionador adecuado, eficaz y disuasorio. El artículo 76 nos afirma que el deberá incorporar como anexo una relación de adheridos. En el artículo 77

La definición de datos de carácter personal podemos encontrar en el 3 de la LOPD, así como el artículo 5 de RPD. Este término comprende cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables<sup>276</sup>.

Debemos observar que en el marco de la GTPD las direcciones de IP, así como las direcciones de correos electrónicos son datos personales. La misma GTPD señala que los prestadores de servicios pueden identificar los usuarios de internet a los que han dado su dirección de IP. Aún que esta regla no es posible a todos los prestadores, principalmente cuando estos no hacen registros de sus usuarios, así como las direcciones de IP atribuida a máquina de cibercafés por ejemplo<sup>277</sup>.

### **11.3 La delimitación de los servicios. Principios de protección de datos y la política de protección.**

Sabemos que la actividad periodística puede estar al margen de toda la actividad económica. Esto ocurre cuando el periodista de forma particular o el usuario difunden

---

encontramos que los códigos deberán ser depositados e inscritos en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos o, cuando corresponda, en el registro que fuera creado por las comunidades autónomas, que darán traslado para su inclusión al Registro General de Protección de Datos. Y por último el artículo 78 nos advierte de las obligaciones posteriores a la inscripción del código tipo.

<sup>276</sup> El carácter personal radica de la posibilidad de identificar una persona física, se debe reparar el grado de aptitud para singularizar un individuo. En este sentido véase PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*, 1º ed., LA LEY, Madrid, 2010, pp. 310. Debemos señalar que la AEPD nos determina cuándo hallamos o no ante datos de carácter personal. Véase los informes 182/2008, 476/2008 o 640/2009, referente a la dirección de correo electrónico, dirección de IP, etc.

<sup>277</sup> Nos cumple señalar más una vez que la GTPD fue creada en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46 con funciones de redactar Dictámenes y Recomendaciones para todos los aspectos relacionados con la protección de datos en el contexto de la sociedad de la información. Ver también DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 294-297. En este mismo sentido veamos la Sentencia de 25 de mayo de 2006, que confirma que una dirección de correo electrónico de una persona física es un dato personal, mismo que la dirección corresponda o no al nombre y apellido de su titular. De la misma forma los servicios mediante sistemas de registros que los prestadores de servicios o titulares de páginas web en internet que proporcionan a sus usuarios pueden considerarse datos personales, en la medida en que puedan considerarse de una persona física identificada o identificable en el sentido de los art. 3. A) de la LOPD y 5.1. f) de la RPD. Sin perjuicio del régimen encontrado en la Directiva 2002/58/CE.

ciertas informaciones en internet, a través de blogs, páginas personales, redes sociales, etc., a las que llamamos de “actividades exclusivamente personales o domésticas”<sup>278</sup>.

En efecto, los datos depositados en internet poseen especial interés un vez que con las nuevas tecnologías los mismos pueden ser utilizados generando beneficios económicos a ciertas empresas, sin que los usuarios se den cuenta. Por consecuencia, las normativas, doctrina y jurisprudencias señalan una serie de principios con el objetivo de proteger estos datos.

- a) Principio de la calidad de los datos: en el artículo 4 de la LOPD encontramos el principio de calidad de datos. Es en este artículo que encontramos un conjunto de obligaciones relativas a la protección de los datos personales. Además en el mismo artículo se incluye el principio de pertinencia o equilibrio, en que los datos sean pertinentes y no excesivos. Así como el principio de la finalidad en que excluye que los datos sean destinados a otras finalidades de aquellas que fueran recorridos<sup>279</sup>.
- b) El principio de la información y consentimiento: este principio se refiere a haber informado de modo expreso, preciso e inequívoco de la existencia de la recorrida de datos personales, su finalidad y a quien se destina esta información. Como también el carácter obligatorio o facultativo; las consecuencias de los datos (obtención); la posibilidad de acceso, rectificación, o cancelación y oposición; la identidad y dirección de la

---

<sup>278</sup> En este sentido debemos observar el artículo 3.2. de la Directiva 95/46/CE y el artículo 2.2. a) de la LOPD, referente al ámbito de aplicación de las mismas donde señalan que no se aplicarán al tratamiento de datos personales los efectuados por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. No obstante debemos observar la Sentencia del caso Lindqvist del STJCE de 06 de noviembre de 2003, en que un determinado usuario crea diversas páginas web sin que tengan un ánimo de lucro. La sentencia señala que quien llega a cabo actividades que impliquen el tratamiento de datos personales mismo que sin el ánimo de lucro y en ámbito domestico, deberán obedecer las obligaciones resultantes de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD. De la misma forma la Sentencia del caso Satamedia del STJCE de 16 de diciembre de 2008 nos observa cuando los usuarios mismo que en su ámbito domestico o en marco familiar pero tienen por objeto poner datos recorridos en la web en conocimiento de inúmeras personas, los mismos deberán observar las obligaciones referentes a la protección de los datos personales.

<sup>279</sup> En el mismo sentido ver APARICIO SALOM, J., *Estudio...*, op. cit., pp. 178-198; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 298.

responsabilidad por el tratamiento de los datos<sup>280</sup>. Señalamos que se considerará ilícita la recopilación de la información personal depositada en espacios públicos sin el consentimiento del afectado. El consentimiento del afectado puede ser implícito o presunto, y deberá deducirse de su conducta sin la necesidad de una declaración expresa<sup>281</sup>.

- c) El principio de comunicación de datos: este principio de caracteriza por la subordinación al previo consentimiento del interesado. Debemos observar que la normativa española LOPD en su artículo 11 fue más restricta que el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE<sup>282</sup>.

Las políticas de protección de datos es el instrumento proporcionado a los usuarios anteriormente a la recorrida de datos. Conforme el artículo 5. 1. de la LOPD la política de protección de datos deberá contener menciones precisas para cumplir con las obligaciones de la información en la recogida de datos.

---

<sup>280</sup> Referente a este principio debemos observar el artículo 2 de LOPD relativo al ámbito de aplicación de la protección de datos personales; el artículo 3. h) relativo a definiciones del consentimiento del interesado, que es toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales; el artículo 4. 1. que nos afirma que los datos de carácter personal deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido; el artículo 5. 4. que señala que cuando los *datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos*; el artículo 6. 1. que señala que los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado; y por último el artículo 7. 2. que se refieren a los datos especialmente protegidos por la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, que solo se revelaran con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. *Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado*, y 7. 3. los datos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, y que sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general o el afectado consienta expresamente. Todos los artículos *up cit.* de la LOPD. Acerca del derecho de cancelar debemos observar el Informe 003512010 de la APD.

<sup>281</sup> En este sentido el considerando 17 de la Directiva 2002/58/CE señala que el consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet. Ver también el GTPD, Dictamen 1/2000 sobre determinados aspectos de la protección de datos. Ver también APARICIO SALOM, J., *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 118-136; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 301. Así como los artículos 5, 6.1., 11. 3. de la LOPD y 7. a) de la Directiva 95/46/CE. En este mismo sentido debemos señalar que el Informe Jurídico 93/2008 de la APD afirma que el consentimiento de manera tácita deriva de una falta de manifestación contraria. Ver artículo 14 de la RPD.

<sup>282</sup> Ver también el artículo 12. 2. de la RPD.

La política de protección de datos tiene un papel clave en los foros de discusiones. Es común que algunos servicios en la red utilizan esta herramienta para difundir las informaciones de sus usuarios.

La APD señala que en estas políticas se deberá aclarar a los usuarios que los mismos son conscientes de forma expresa de todos los datos en el texto a publicar. También deberían contener todos los riesgos en la difusión de sus datos en que los usuarios puedan sufrir. Principalmente en los casos de los buscadores que pueden utilizar estos datos en sus motores de búsqueda, mismo cuando ya están retirados de la web<sup>283</sup>.

#### **11.4 El tratamiento de los datos en el marco de los servicios de páginas web y en las redes sociales.**

Según la interpretación de la Directiva 95/46/CE la introducción de datos personales en una determinada página web a respecto de su divulgación en la red, constituye un supuesto para el tratamiento de datos personales. En su artículo 2. b) encontramos la definición a que se refiere la Directiva acerca de tratamiento de datos personales que comprenderá *cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción*<sup>284</sup>.

Debemos observar en la Sentencia *Lindqvist* anteriormente citada, el Tribunal de Justicia señala que a los efectos de tratamiento de los datos y la conducta de publicar información en una determinada página web, así como realizar operaciones necesarias

---

<sup>283</sup> Estamos hablando en el supuesto de que estos datos estén gravados en las memorias caché del servidor.

<sup>284</sup> *Vid.* artículo 2. b) de la Directiva 95/46/CE. Debemos observar que en la LOPD en su artículo 3. c) y el RPD en su artículo 5. 1. t) encontramos una pequeña diferencia en la definición de tratamiento de datos. Que define como: “(...) *procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*” Ver también DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 308 y ss.

para el acceso de otras personas a estas informaciones constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de los datos personales.

En este caso señalamos que la publicación de los datos personales en internet, conforme el artículo 3. i), debe ser considerado una cesión de datos y será sujeta a las obligaciones de las comunicaciones de datos, que exigirá el previo consentimiento del interesado, salvo excepciones del artículo 11.2. LOPD<sup>285</sup>.

De hecho debido los grandes riesgos relacionados con la difusión de datos personales internet deriva del incumplimiento de las normativas de protección de datos, es común vernos informes aconsejando determinadas cautelas para que los datos personales no sean objeto de difusión masiva en la red. En este sentido observamos que uno de los principios que rodean el tratamiento de los datos personales es el de proporcionalidad<sup>286</sup>.

Otro derecho envuelto en la protección de datos personales, está relacionado con la libertad de expresión o de información. De hecho la Directiva 95/46/CE en su artículo 9 nos habla de este derecho. En concreto afirma referente al tratamiento de los datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, que los Estados miembros establecerán, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen

---

<sup>285</sup> Debemos observar que el artículo 3. i) de la LOPD define la cesión de datos como toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. A ese respecto el artículo 11 de la misma normativa señala que los datos de carácter personal sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y se exige el previo consentimiento del interesado.

<sup>286</sup> Señalamos el informe 0233/2010 de la (APD) Asociación profesional de protección de datos Personales, como también SAN de la Sala de Cont-Adm., Sección 1º de 15 de abril de 2010 (JUR 2010, 132001). Referente al principio de proporcionalidad debemos observar el artículo 4 de LOPD que advierte que los datos de carácter personal solo podrán recoger para su tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. Que no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. Deberán ser exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. No obstante, si los datos registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, deberán ser cancelados y sustituidos de oficio. Nos afirma que los datos de carácter personal también serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. Que los mismos serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados. Y por ultimo prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

la libertad de expresión. No obstante el legislador español al transponer la directiva en LOPD no reflejó un régimen específico para este supuesto<sup>287</sup>.

La protección de datos personales gana mayor trascendencia cuando nos encontramos con los servicios de las redes sociales. En este sentido la GTPD elabora el Dictamen 5/2009 indicando obligaciones y recomendaciones sobre estos servicios. Se proyectan sobre los servidores de las redes sociales obligaciones relativas a la captación de datos de los usuarios en el proceso de registro<sup>288</sup>.

Debemos observar que hay una preocupación de que los usuarios de las redes sociales actúen bajo su verdadera identidad, mismo que actúen bajo pseudónimo, lo que no impediría que se aplicasen mecanismos de autenticación si fuera necesario.

En este sentido la Directiva 95/46/CE en su artículo 6. 1. c) señala que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente<sup>289</sup>.

En estos servicios es apropiado que los responsables informen a sus usuarios que sus informaciones pueden difundir, hasta mismo perdurase en el futuro con riesgos consecuencias no esperadas en el tiempo de la introducción.

En este sentido la GTPD recomienda que siempre los prestadores de servicios adviertan a sus usuarios de los peligros y ataques a su intimidad. Advierte que los prestadores deben advertir los usuarios que no pongan en línea fotografías o informaciones relativas a terceras personas sin su consentimiento.

---

<sup>287</sup> Según DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 311-312, debido el alcance general e flexible de la Directiva 95/46/CE el perfecto equilibrio entre el derecho de protección de datos de carácter personal y la libertad de expresión o información debe buscarse en nuestro caso, en el derecho español.

<sup>288</sup> Para un análisis más profundo de estas cuestiones ver VILASAU SOLANA, M., Privacidad, redes sociales u el factor humano, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, 2010, pp. 55 y ss.; ARENAS RAMIRO, M., El consentimiento en las redes sociales *on line*, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, op. cit., pp. 117 y ss.

<sup>289</sup> De la misma forma *vid.* artículo 4. 1. de la LOPD y el artículo 8. 4. de la RPD.

Otra recomendación de la GTPD es que los prestadores de servicios de las redes sociales, faciliten e-mails para que no solamente sus usuarios pero también terceros puedan ejercer el derecho de acceso, rectificación y cancelación. Esto podría ocurrir a través de oficinas de reclamaciones que servirían para gestionar denuncias o incidencias.

Debemos observar que cuando un usuario decide que el acceso de su perfil va mas allá de sus amigos en la red, debe estar asumiendo las responsabilidades de un responsable de tratamiento de datos, es decir, sobrepasa el ámbito personal o domestico<sup>290</sup>.

De la misma forma encontramos en el informe jurídico 2008/0615 de la APD que advierte que cuando se trate de una página abierta sin restricciones, o con un alto número de invitados resulta indicativo de esta actividad se extiende del ámbito personal y familiar.

Esta eventual consideración como responsable del tratamiento, camina unida con importantes obligaciones como por ejemplo las encontradas en el artículo 5 de la LOPD. Señalamos que deberá tener una proporcional aplicación de la legislación existente, respetando los distintos derechos y libertades envueltos, como el derecho de la vida privada y libertad de expresión e información<sup>291</sup>.

Por otra parte, una vez más los prestadores de servicios deberán exigir que sus usuarios presten en términos donde puedan controlar entre quienes se difunden la información<sup>292</sup>.

### **11.5 De la obligación de retención de datos.**

Debido a los grandes riesgos ocasionados por el mal uso de las nuevas tecnologías, la Unión Europea en el artículo 15 de la Directiva 2002/58, adoptada por la

---

<sup>290</sup> En este sentido ver DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 317. Como también el Dictamen 5/2009 de la GTPD.

<sup>291</sup> En este momento estamos hablando del principio de proporcionalidad, donde debemos encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses y derechos envueltos.

<sup>292</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 317-318.

Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006, crea normas para la conservación de datos, que tiene como objetivo la armonización de las obligaciones de los prestadores de servicios a conservar ciertos datos<sup>293</sup>.

Su transposición al derecho español encontramos en la ley 25/2007, de 18 de octubre, que destaca el respeto por el secreto de las comunicaciones y solo establece obligación relacionada a las comunicaciones y en ningún caso reveladoras del contenido y en todo caso deberá exigir autoridad judicial<sup>294</sup>.

En su artículo 2 encontramos obligaciones destinadas particularmente a los proveedores de acceso en internet y no a otros prestadores de servicios de la sociedad de la información sin perjuicio de que estos ofrezcan servicio como el correo electrónico accesible públicamente y estén sometido a la Directiva 2002/58 y la Directiva 2006/24/CE.

En el artículo 3 de la Ley 25/2007 encontramos los datos objeto de conservación de la normativa y en los artículo 4 y 5 el alcance y la duración. Por su parte el artículo 6 y 7 regulan la cesión de los datos, que deberán ser solo para fines establecidos en la ley o con la previa autorización<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> En este sentido vemos el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que señala que toda persona tiene el derecho al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. A parte menciona que no podrá haber intrusión de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, solo se prevista en ley y constituya una medida que sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>294</sup> Relacionado con el tema debemos observar el artículo 3. 2. De la ley 25/2007 que menciona los datos objeto de conservación y advierte que ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse. En el mismo sentido encontramos el artículo 5. 2. de la Directiva 2006/24/CE que de conformidad con la presente Directiva, no se podrá conservar ningún dato que revele el contenido de la comunicación.

<sup>295</sup> Ver también el acuerdo del TS de 23 de febrero de 2010, así como la sentencia del STS (2º Sala), núm. 247/2010 de 18 de marzo de 2010 que afirma los datos personales cuando estén desconectados de una comunicación pueden no afectar el secreto de las comunicaciones. En este mismo sentido VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, 100 interrogantes fundamentales..., op. cit., pp. 53, advierte que el cumplimiento de la obligación de retención de datos no debe afectar el secreto de las comunicaciones. Véase también el artículo 12 de LSSICE referente al deber de retención de datos de un plazo máximo de 12 meses.

## **12. La vulnerabilidad de la información y los sistemas criptográficos. Aplicaciones y políticas.**

En la comunicación electrónica, en el intercambio de datos, siempre habrá una preocupación de que estas transacciones han sido realizadas de forma correcta. Por un lado, la preocupación gira en torno de que las personas son lo que dicen ser, es decir, que su identidad es correcta, y que los interlocutores hayan recibido la comunicación sin negar que la hayan recibido o realizado. Por otro lado, la preocupación se centra en que la comunicación no haya sido modificada, es decir, que su integridad sea garantizada, como también que se garantice su privacidad<sup>296</sup>.

Todas estas preocupaciones, entre otras, nos hacen pensar sobre la seguridad y confianza de la red, y que soluciones podremos encontrar para garantizar esta seguridad y confianza. Por este motivo el objeto de estudio de este título será la autenticidad en la red, la criptografía<sup>297</sup>.

Teniendo en cuenta que los datos en internet son sensibles y se pueden robar, es necesario que de alguna forma podamos protegerlos. Es a través de la criptografía que encontraremos las respuestas para algunos problemas relacionados con esta protección. La criptografía surge de una necesidad militar, no obstante en nuestros tiempos la misma se ve desplazada para las relaciones civiles, como una forma de protección en la red<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> De la misma forma véase PEÑA-LÓPEZ, Ismael en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 96-97.

<sup>297</sup> Véase COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación de firma electrónica y libre competencia*, Granada, Comares, 2008, pp. 32 y ss. El sistema de cifrado tiene su origen en la antigüedad, donde los romanos empleaban algoritmos para codificar mensajes. Para un análisis referente a la criptografía antigua y el sistema romano (sistema cesáreo) véase FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica (Aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Madrid, Reus, 2006, pp. 82-88

<sup>298</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 81 y ss. De la misma forma el autor señala la aparición de la criptografía de la necesidad militar. Véase también PEÑA-LÓPEZ, Ismael en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 98-99; COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación de firma electrónica y libre competencia*, Granada, Comares, 2008, pp. 32-33.

Criptografía es el instrumento que se utiliza para proporcionar la seguridad a la transmisión y almacenamiento de datos. La misma transforma los datos para ocultarlos, evita la modificación y uso no autorizados. Encriptar significa cambiar la información en un algoritmo numérico ininteligible de forma que un tercero que no participe en el proceso no pueda descifrar. Para iniciar un proceso es necesario conocer determinadas claves, o que conozca nuestro ordenador, o algún otro dispositivo que tengamos<sup>299</sup>.

Cuanto mayor es la clave, mayor será la seguridad del sistema. En los caso de que ambos comunicadores conocen la clave, y la clave del cifrado coincide con la del descifrado, esta se llamará cifrado simétrico o clave compartida. Debemos observar que para una mayor seguridad es aconsejable que existan dos tipos de clave, lo que llamamos de criptografía asimétrica que se basa en una clave pública o clave asimétrica, susceptible de ser conocida por todos y una clave privada o de creación, en que solamente un usuario podrá conocerla, su titular, y descifrar el mensaje. Debemos observar que ambas claves son complementarias entre sí<sup>300</sup>.

El cifrado de clave pública o asimétrica garantiza la confidencialidad y autenticidad del mensaje que solo puede ser descifrado por su destinatario. Permite el intercambio de la información cifrada sin que haya la necesidad de compartir la clave secreta común fijada previamente. Por un lado un emisor de clave privado, que cifra el resultado con clave publica del receptor en que solamente él podrá leer, también

---

<sup>299</sup> Para PEÑA-LÓPEZ, Ismael en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 98-99, la criptografía es integrada y desarrollada en el ámbito de las matemáticas, y viene a responder las necesidades del peligro de robo o reemplazo de los datos. En el mismo sentido DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 383. Para el autor el cifrado es el proceso de transformación en formato ininteligible llevado a cabo a través de algoritmos. Véase también COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, op. cit., pp. 32-33. Así como FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 81 y ss. Para el autor la criptografía son caracteres alfanuméricos inteligibles a simple vista que se apoya en la teoría de los números, teoría de la complejidad, y en la estadística. Señala que la criptografía está íntimamente ligada a la información.

<sup>300</sup> Mientras ambas partes no poseen las claves, el mensaje no se puede modificar, garantizando su integridad. Vid. PEÑA-LÓPEZ, Ismael en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 100. Véase DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 383. Así como COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, op. cit., pp. 33-35. Para una mejor comprensión de las claves asimétricas véase este último autor pp. 34-36. Véase también FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 94-101. Para el autor en las claves simétricas tanto el autor como el receptor poseen la misma clave, ya que estas claves están diseñadas para ser muy rápidas y tener un gran número de claves posibles, siendo fáciles de implementar. En el cifrado asimétrico las claves son complementarias entre sí.

garantiza la autenticación de las partes el no-repudio, es decir, la certeza de que se haya recibido o enviado el mensaje, y su integridad, la no modificación del mensaje<sup>301</sup>.

### **13. La firma digital como seguridad jurídica preventiva. Sus presupuestos normativos y efectos jurídicos.**

Con la inclusión de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana se crearon grandes expectativas en todo lo relacionado con la red. Ya hemos hablado anteriormente de algunas de las ventajas y riesgos que nos han traído las nuevas tecnologías, en especial internet, particularmente por caracterizarse como una red global y abierta. No obstante, la evolución del comercio electrónico y el uso de tecnologías de la información y comunicaciones han encontrado diversas barreras que frenaran de cierto modo su evolución. Una de las principales barreras de esta evolución está relacionada con la seguridad que encontramos en la red<sup>302</sup>.

La firma digital surge como un instrumento cuyo objetivo es dotar seguridad e confianza en las relaciones encontradas en la red. Por este motivo en este epígrafe hablaremos de la firma digital, de los riesgos e incertidumbres relacionados con la comunicación en la red. Ya que resulta necesario garantizar claves determinantes de seguridad de las transacciones en la red, como la autenticación o autoría, la integridad

---

<sup>301</sup> Vid. PEÑA-LÓPEZ, Ismael en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 100-101. Así como DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 384-385. Véase también el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, que señala que los estados miembros deberán facilitar el uso de instrumentos de cifrado. Así como la LGT (Ley 11/1998, de 24 de abril, general de Telecomunicaciones, BOE núm. 99, de 25/04/98) en sus artículos 52.1 y 52.2, que advierten que el cifrado es un instrumento de seguridad de la información. Debemos observar que la posibilidad de subordinar a condiciones el uso de cifrado aparece prevista en el artículo 52.1 de la LGT. Los sistemas de cifrados deberán traer seguridad a sus usuarios, quienes deben elegir el sistema conforme a sus necesidades de confidencialidad e integridad en la transmisión de los datos.

<sup>302</sup> En este sentido véase COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación de firma electrónica y libre competencia*, Granada, Comares, 2008, pp. 23 y ss. Para el autor las expectativas en todo lo relacionado con la red se crearon en los inicios de los años 90, donde el internet dejó de ser una actividad básicamente militar para pasar a ser una actividad civil.

del mensaje, el rechazo o repudio en origen o destino, y la privacidad o confidencialidad del mensaje<sup>303</sup>.

En internet existen distintos sistemas de identificación, en que una persona dice ser quien es, desde los más simples a los más complejos. Con el objetivo de traer a internet una función análoga de lo que anteriormente encontrábamos en la firma manuscrita, encontramos la firma electrónica como un medio de garantizar la seguridad jurídica en la red, la integridad e inalterabilidad de documento. La firma electrónica emana de la necesidad de solucionar problemas íntimamente relacionados con garantizar la confidencialidad, integridad e identidad del emisor y receptor de la comunicación. Así como solventar los requisitos de forma y prueba exigidos a principio por el ordenamiento estadounidense, y hoy en definitiva por todos los demás ordenamientos<sup>304</sup>.

Su regulación la hallamos en la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, que fue modificada por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre de medidas de

---

<sup>303</sup> Para MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 219, desde un punto de vista técnico, la autenticación asegura la identidad del remitente, la integridad garantiza que el mensaje no ha sido alterada, el no-rechazo o no-repudio garantiza que las partes no puedan negar su actuación, ni en el origen ni en el destino, y la confidencialidad protege los datos de revelaciones y accesos de terceros no autorizados. Muy posiblemente un cifrado de datos se hará con doble propósito, uno de autenticación del mensaje y otro garantizar la seguridad. En la intención autenticadora del acto de firmar, se añade nuevas funciones, como garantizar la confidencialidad y la integridad de las comunicaciones. En este sentido véase CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, op. cit., pp. 122. Así como COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, op. cit., pp. 23-26. Para este último autor, más que seguridad la firma digital nos trae confianza, ya que seguridad tampoco lo tenemos en la vida real. Además señala que aun hay desconfianza en las transacciones en la red, y esta desconfianza es un freno para el desarrollo de la sociedad de la información. Debemos observar que la Firma Electrónica se asienta en la criptografía asimétrica, con una clave pública y otra privada. En este mismo sentido FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 108-109.

<sup>304</sup> La idea de garantizar la integridad y inalterabilidad de documento podemos encontrar en el artículo 8 de la LMCE (Ley modelo sobre el comercio electrónico) de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), de 12 de junio de 1996. Véase en este sentido CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 21-24. Para el autor es necesario que el Estado regule y dote de efectos jurídicos las comunicaciones electrónicas, adaptando los requisitos tradicionales al este nuevo medio. Así como DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 389. Para el autor la existencia de la firma electrónica viene para cumplir funciones básicas de la firma manuscrita, con un avance significativo a nivel internacional encontrado en la resolución de la ley de moderación sobre firmas electrónicas de UNICITRAL. Véase también COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, op. cit., pp. 25-40. Para el autor la Firma Electrónica tiene su carácter autónomo, diverso o peculiar en respecto de la firma manuscrita. Señala que los certificados reconocidos a la luz del artículo 3.3 de la LFE, que es el certificado reconocido generado mediante a un dispositivo seguro, resulta ser lo más parecido al concepto de la firma tradicional.

impulso de la sociedad de la información. Así como encontramos la Ley de 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y también la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para las firmas electrónicas. De todas las formas, no podemos dejar de señalar las influencias de estas normas de trabajos como de *UNCITRAL* o de modelos de acuerdos *EDI*<sup>305</sup>.

La LMCE elaborada por *UNCITRAL* mantiene algunos requisitos tradicionales pero admite la utilización de instrumentos electrónicos que se consideran idóneos para cumplir la finalidad de estos requisitos formales tradicionales. Enuncia una serie de principios para garantizar los efectos jurídicos de la firma digital, como por ejemplo el de la equivalencia funcional, o el principio de la neutralidad tecnológica. En definitiva este último principio nos deja claro que la firma electrónica es un medio idóneo para substituir la firma tradicional, y que resulta irrelevante la tecnología empleada. Otro de los principios garantizadores de los efectos jurídicos de la Firma Electrónica es el principio de la no alteración del Derecho preexistente, que señala que la regulación en internet no implica una alteración substancial del Derecho existente de obligaciones, requisitos y efectos jurídicos encontrados en las transacciones tradicionales<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Debemos observar que la Unión Europea presento un proyecto piloto con el objetivo de garantizar el reconocimiento transfronterizo de los sistemas nacionales de firma electrónica. Vid. MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 221. Véase también DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 390-391. Para el autor la LFE no ha satisfecho los motivos por la cual fue adoptada, que es la vinculación rápida y segura a los usuarios. Entre las principales carencias esta la existencia de ciertos obstáculos a los prestadores de servicios de certificación, con una fuerte intervención administrativa y un gravoso régimen de responsabilidad y garantías, diferentemente de la Directiva (véase el artículo 14.1 de la LFE en comparación con el artículo 6 de la Directiva de Firma Electrónica, en que observamos que ha de ocurrir el factor negligencia). Como también el retraso en la creación de normas reglamentarias o en la aprobación de normas técnicas para ajustar los productos de la Firma electrónica para ser considerado un producto seguro.

<sup>306</sup> Podemos encontrar el principio de equivalencia funcional en el artículo 15 de la LMCE. Para el principio de la neutralidad tecnológica no implica que todos los medios para identificar el emisor de un mensaje sean firma electrónicas, podrán exigirse requisitos de seguridad para considerar un datos electrónico sea considerado una firma, y que tengan los mismos efectos que la firma tradicional. Véase en este sentido el artículo 6 y 7 de la LMCE, como también el artículo 3 de la misma Ley en que reconoce expresamente el principio de la neutralidad tecnológica. Referente al principio de no alteración del derecho preexistente, el mismo aparece claramente en el artículo 1.2 de la LFE, que advierte que *las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten*. Pero debemos observar que se reconoce una nueva institución jurídica que es la firma electrónica. Véase también CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, op. cit., pp. 24 y ss. Para

No existe una única clase de firma electrónica, sino que existen mecanismos distintos, diferentes técnicas, cuya la principal función es la seguridad y identificación del firmante. Podríamos calificar en tres clases de distintas seguridad, en las que podemos encontrar en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica. En este mismo artículo podemos sacar de forma general el concepto de firma electrónica que señala: *La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*<sup>307</sup>.

Para la Directiva sobre la firma electrónica, la misma son los datos electrónicos anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación. Por este motivo, para no distanciarnos del concepto que encontramos en la firma manuscrita, obedeciendo de esta forma el principio de equivalencia funcional, debemos entender el concepto de identificación encontrada en la LFE en un sentido más amplio, mas conforme lo pretendido por la Directiva. Identificar el firmante es su utilidad típica, la voluntad del firmante, la forma del emisor identificarse, no una mera prueba sobre su identidad<sup>308</sup>.

---

el mismo autor en *La firma electrónica reconocida. Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Granada, Comares, 2008, pp. 178, el principio de equivalencia funcional en España no podría ser pleno sí que otra norma le amparara, sin el prejuicio de que los medios electrónicos de autenticación fueran utilizados como medios de prueba, y sin prejuicio de que puedan establecer analogías con la firma manuscrita.

<sup>307</sup> Para CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 21, el concepto de la firma electrónica encontrado en la Ley de Firma Electrónica surge en un primero momento en las prácticas empresariales. El mismo autor en la pp. 29 y ss., señala que de esto concepto podemos concluir que la firma electrónica basase en dos cualidades que nacen de un análisis morfológico del concepto. La primera que la firma es un dato electrónico ajeno o asociado a otros datos. Y la segunda que estos datos pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. Para el autor este concepto se distancia de la noción de la firma manuscrita, para aludir como un simple instrumento probatorio. La firma no es solo un signo de identificación del firmante, esta es la utilidad querida por el mismo, es un signo utilizado para estos fines. No es un instrumento para el receptor del mensaje conocer el emisor, sino que el instrumento que el emisor utiliza para identificarse. Debemos observar que en este mismo concepto encontramos el principio de la equivalencia funcional con la firma manuscrita. Véase también DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 392; COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 26. Así como FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

<sup>308</sup> Véase el artículo 2.1 de la Directiva, donde nos deja claro que la firma electrónica no sirve solo para identificar el firmante sino que también para autenticar los datos. Es este mismo sentido señala CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 31-32, que el carácter que resalta claramente de la Directiva de firma electrónica no es una mera prueba de identificación, sino que un instrumento utilizado

En este concepto general encontramos formas técnicas más complejas como la criptografía, como también formas técnicas más simples como el password. En el caso del password como forma de identificación dependerá del procedimiento de detención y asignación de mismo. Sin embargo, aunque la firma electrónica perdure en el tiempo, con la velocidad de los avances tecnológicos es común que la seguridad de una firma electrónica se vea afectada como también destruida, y en consecuencia podrá perder su valor probatorio<sup>309</sup>.

En seguida en el artículo 3.2 LFE encontramos el concepto de la firma electrónica avanzada. En este concepto observamos lo que ha pretendido el legislador es garantizar la calidad y seguridad de la firma, basada en la criptografía asimétrica. Se trata de una firma que ha de cumplir una serie de requisitos para su validez. Nos señala que la firma avanzada nos permite identificar el firmante, no obstante observamos que lo que se refiere el legislador es el mayor grado de seguridad de esta firma, ya que todas las firma electrónicas son un medio de identificación del firmante<sup>310</sup>.

---

por las partes con fin identificativo, por este motivo la Ley española de firma electrónica debe interpretar la mera identificación en un sentido más amplio y equivalente de la firma manuscrita.

<sup>309</sup> En este sentido advierte MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 226-227, que en los casos de las contraseñas obtenidas a través de internet, sin la comprobación física de identidad, y sin la comprobación de los datos solicitados, la eficacia y seguridad identificativa de estas contraseñas es débil, ya que hay la posibilidad de que un tercero haya suplantado alguna identidad. No obstante, en los casos en que como mínimo una de las fases se exige la comprobación física de la identidad, la eficacia identificativa es mayor, la seguridad dependerá en buena medida de la adecuada custodia de la clave suministrada. Véase también CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 134, referente la capacidad de los sistemas informáticos y el transcurso del tiempo. Este último autor en *La firma electrónica reconocida...*, *op. cit.*, pp. 63-64, señala que la garantía que ofrece un prestador de certificación tiene como presupuesto de que este haya comprobado la identidad de titular de la firma, no obstante la LFE obligada verificar al extremo solamente en los casos de las firmas reconocidas, las demás firmas deberán ser tenidas en cuenta por el juez, quien valorará la seguridad de la firma para atribuir efectos jurídicos o no a la misma.

<sup>310</sup> Véase MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 227. Para la autora esta definición caracterizase por el principio de neutralidad tecnológica ya que impiden regular esta clase de firma basada en una determinada tecnología. No obstante advierte que esta neutralidad es básicamente formal, ya que tras este concepto se esconde la realidad material de la firma digital. Véase también CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 157. Así como el artículo 2.2 de la Directiva de firma electrónica, que señala que la firma electrónica avanzada es la firma electrónica que cumple determinados requisitos, como por ejemplo estar vinculada al firmante de manera única, que permita la identificación del firmante, que haya sido creada de forma que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, etc. Para DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 392, la firma Electrónica identifica formalmente el autor del documento que la recorre y siendo avanzado también identifica y permite identificar modificaciones de los datos.

Y por último encontramos en el artículo 3.3 LFE la firma electrónica avanzada reconocida. Debemos observar que este concepto de firma reconocida encontramos en la Directiva Europea, para nosotros lo que ha pretendido el legislador Español es complementar la firma avanzada encontrada en el artículo 3.2, de forma que la misma tenga mayor validez y eficacia basada en un certificado reconocido y seguro. Esta misma firma tendrá respecto de los datos en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. Por ello, de la misma forma la Directiva y la LFE, exigen que a la hora de configurar la firma electrónica reconozca la presencia de un prestador de servicios para que garantice de forma segura que la persona o titular de la firma diga ser quien es<sup>311</sup>.

En el artículo 3.4 podemos decir que son los requisitos que deberán tener la firma electrónica reconocida, que es la firma electrónica avanzada (*la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control*) basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, y que tendrá respecto de los datos consignados, como hemos dicho anteriormente, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. Por otro lado, el artículo 3.9 señala que se negaran los efectos jurídicos a una firma que no reúna estos requisitos<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Para CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 154-159, solamente las firmas más seguras reconocidas podrán sustituir el requisito formal de la firma manuscrita. Las demás firmas tienen unos efectos jurídicos indeterminados. El mismo autor en *La firma electrónica reconocida...*, *op. cit.*, pp. 177, concluye que la noción de firma por sí sola evoca una determinada seguridad, resultando la firma un medio de prueba. También la firma en un sentido amplio tiene la función de autenticación, lo que evoca esta función probatoria.

<sup>312</sup> En el mismo sentido debemos observar el artículo 5 de la DFE que señala los efectos jurídicos de la firma electrónica, y advierte que los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación: a) satisfaga el requisito jurídico de una firma electrónica de la misma manera firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con el papel; y b) que sea admisible como medio de prueba en procedimientos judiciales. Además observa que los Estados miembros velarán por la eficacia jurídica de la firma electrónica, y la admisibilidad como medio de prueba en procedimientos judiciales, mismo que la firma electrónica no se base en un certificado reconocido, o que no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, y por último que no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma. Debemos destacar que en el artículo 5.2 de la DFE es más amplio que el artículo 3.9 LFE que advierte *no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los*

*Debemos observar que la LFE nos señala lo que se considera como un documento electrónico. Para la LFE un documento electrónico es la información electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*<sup>313</sup>.

En definitiva, los certificados sirven entre otras características para identificar de forma segura un usuario en concreto, vinculan un dato de verificación de firma (clave pública) y un dato de creación de firma (clave privada), a un usuario determinado<sup>314</sup>.

Por este motivo son esenciales la exactitud de la identidad de la firma electrónica pudiendo caso contrario el proveedor de la firma electrónica responder por responsabilidades de su función<sup>315</sup>.

Por esto la Ley de Firma Electrónica prevé la comprobación de identidad, a través de la personación física para todos los certificados reconocidos, no obstante deja de lado esta personación para los certificados generales<sup>316</sup>.

---

*requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica. Claramente la directiva separa la eficacia jurídica y la admisibilidad como prueba en juicio. No obstante debemos entender ambos incluidos en los efectos jurídicos de la LFE, ya que es la transposición de la Directiva. De la misma forma CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, op. cit., pp. 183. A demás advierte el autor que las firmas electrónicas que no siguen determinadas medidas de seguridad no serian equivalentes firmas manuscritas, sino que más bien sellos o otros medios de autenticación no autógrafo. Este mismo autor en *La firma electrónica reconocida...*, op. cit., pp. 178, concluye que la LFE deja indeterminado los efectos de las firmas no reconocidas (art. 3.9), para reconocer efectos plenos y equivalentes a la firma tradicional de la firma reconocida. Además de medio de autenticación, satisfacer la exigencia formal de la firma tradicional, tiene también función probatoria. Para el autor solamente las firmas con fuerza probatoria cualificada podrán cumplir la formalidad de la firma general.*

<sup>313</sup> Vid. artículo 3.5 de la LFE, redactado por el apartado uno del artículo 5 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (B.O.E. 29 diciembre). Vigencia: 30 diciembre 2007

<sup>314</sup> Referente al tema véase MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 230. Así como el artículo 6.1 de la LFE, que señala el concepto de certificado electrónico que nada mas es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que posee como objetivo la vinculación de unos datos de verificación de firma a un firmante y que confirma su identidad.

<sup>315</sup> De la misma manera MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 230-231.

<sup>316</sup> Según el artículo 13.1 de la LFE, *la identificación de la persona física que solicite un certificado reconocido exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial.* Debemos observar también el artículo 11 de la LFE en que define

En conclusión de lo todo relacionado con la firma electrónica, observamos que lo que pretenden las distintas normativas sobre la materia, es que encontremos un sistema más seguro y fiable de identificación en la red. Un sistema que nos genere seguridad y confianza, donde tengamos la certeza de que quien nos firmo electrónicamente un determinado documento sea quien dice ser, por lo menos al que se refiere a los certificados reconocidos.

#### **14. La intervención de los prestadores de servicios de certificación, y sus obligaciones encontradas en la Directiva Europea sobre la Firma Electrónica y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.**

Los prestadores de servicios de certificación surgen de la necesidad de confirmación de que el firmante dice ser quien es. Además de la necesidad de garantizar la distribución segura de los certificados electrónicos y asegurar la identificación del titular de este certificado. Surgen como la entidad que genera confianza entre las partes, como garantes de los sistemas frente a terceros, que cumple con las garantías impuestas por las distintas normativas, asumiendo responsabilidades de esta acreditación y portando a las transacciones fiabilidad<sup>317</sup>.

Los prestadores de servicios de certificación, así como define el artículo 2.2 LFE son la persona física o jurídica que expiden certificados electrónicos o que presten otros servicios relacionados con la firma electrónica. Son los responsables de proporcionar seguridad en las transmisiones electrónicas de datos en la sociedad de la información, protegiendo la identidad del firmante, el no repudio, la integridad, confidencialidad, fecha y firma. El artículo señala la función básica de estas identidades, dejando abierta la posibilidad que ofrecen otros servicios relacionados con la firma electrónica.

---

una segunda clase de certificados. Advierte que los certificados reconocidos son los certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación. Además deberá cumplir determinados requisitos establecidos en la LFE en cuanto a la comprobación de la identidad, como las demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación.

<sup>317</sup> En este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 36-41. Para el autor los Prestadores de servicios de certificación entre otras funciones proporcionan las claves al firmante, garantizan su identidad y hacen accesible para todos las claves públicas. Son los responsables por el buen funcionamiento del sistema en internet. Para FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 23, los prestadores de servicios de certificación no solo emiten certificados, sino que acreditan la titularidad de los mismos, establecen confianza en el sistema.

Debemos observar que los organismos internacionales se esfuerzan para intentar armonizar las distintas normativas aplicables a la materia, con el objetivo de un reconocimiento mutuo de los certificados emitidos por los Prestadores de Servicios de Certificación<sup>318</sup>.

En concreto, un certificado electrónico es un documento electrónico firmado por un prestador de servicios de certificación que vincula datos de verificación de firma a un tercero, el firmante y que confirma su identidad. De otro lado el firmante es *la persona que posee un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa*<sup>319</sup>.

Las condiciones para el acceso de estos servicios encontramos en el artículo 5.1 que establece un régimen de libre competencia y libre acceso. De manera que cualquier persona podrá prestar estos servicios. El legislador Español de la misma forma que el europeo, establece el principio de acreditación o certificación voluntaria, que implica el cumplimiento de requisitos específicos en la prestación. No obstante la certificación de

---

<sup>318</sup> Véase las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados electrónicos en el artículo 18 de la LFE, así como otras funciones de estos prestadores, donde podemos encontrar ejemplos en los artículos 18, 19, 20 de la LFE. Para CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, op. cit., pp. 160, más allá de las tareas de certificación, los prestadores de estos servicios se convierten en una garantía general del sistema. De la misma forma el mismo autor en *La firma electrónica reconocida...*, op. cit., pp. 58 y 180, señala que la entidad de certificación es una entidad privada independiente que tras realizar las comprobaciones oportunas asegura y se responsabiliza de que el titular de la firma dice ser quien es. Estas entidades asumen el papel de garante del sistema, guía el solicitante en la obtención de la firma y un certificado que cumpla los determinados requisitos legales, además de velar por el transcurso de la vida de la firma y el certificado. Véase también PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica: Contratos y Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 31-34, 170. Para la autora la interpretación literal del artículo 2 de la LFE debe ser rechazada, porque la misión es la de generar certificados y firmarlos electrónicamente con su clave privada. A demás como función principal los Prestadores de servicios de certificación es asegurar que el contenido del mensaje firmado electrónicamente lo envía quien dice ser, que el mensaje ha llegado íntegro y no ha sido alterada. Entre otras actividades de los prestadores de servicios de certificación podemos encontrar la emisión de claves, certificación de firmas electrónicas, dar confianza a los participantes y a los terceros. Así como debemos observar el Considerando 9 de la Directiva de Firma electrónica que señala: *La firma electrónica se utilizará en muy diversas circunstancias y aplicaciones, dando lugar a una gran variedad de nuevos servicios y productos relacionados con ella o que la utilicen. La definición de dichos productos y servicios no debe limitarse a la expedición y gestión de certificados, sino incluir también cualesquiera otros servicios o productos que utilicen firmas electrónicas o se sirvan de ellas, como los servicios de registro, los servicios de estampación de fecha y hora, los servicios de guías de usuarios, los de cálculo o asesoría relacionados con la firma electrónica.*

<sup>319</sup> Vid. artículo 6 de la LFE.

un prestador de servicios de certificación no será necesaria para reconocer eficacia jurídica a una firma electrónica<sup>320</sup>.

La norma permite que estos prestadores puedan constituirse como persona jurídica público o privado. No obstante debemos observar que estas normas reguladoras de los Prestadores de Servicios de certificación deben elaborarse de acuerdo con los sistemas de fuentes inspirados en las normativas sobre el comercio electrónico y las normativas de los servicios de la sociedad de la información, como por ejemplo la buena fe, libertad de pacto, equivalencia funcional, neutralidad tecnológica e no alteración del derecho preexistente<sup>321</sup>.

Con estos requisitos, o condiciones exigibles a los prestadores de servicios, lo que pretenden las distintas normativas sobre la materia es generar confianza, credibilidad y seguridad en las transacciones en la red. Una de las obligaciones de carácter general y exigido a todos los prestadores de servicios de certificación es relativa a la protección de los datos personales, es decir el tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad. Lo que exige que el prestador de servicios deba estar sujeto a lo

---

<sup>320</sup> En relación a la acreditación voluntaria véase el artículo 26.1 de la LFE. En relación a la certificación de un prestador de servicios de certificación véase 26.4 de la LFE. En el mismo sentido MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 234. La autora señala que el Derecho español establecía en el Real Decreto-ley 14/1999 un registro de prestadores de servicios de certificación que fue substituido en la LFE por un directorio de consulta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Véase también el artículo 30. 2 de la LFE que advierte: *Los prestadores de servicios de certificación deberán comunicar al Ministerio de Ciencia y Tecnología el inicio de su actividad, sus datos de identificación, incluyendo la identificación fiscal y registral, en su caso, los datos que permitan establecer comunicación con el prestador, incluidos el nombre de dominio de internet, los datos de atención al público, las características de los servicios que vayan a prestar, las certificaciones obtenidas para sus servicios y las certificaciones de los dispositivos que utilicen. Esta información deberá ser convenientemente actualizada por los prestadores y será objeto de publicación en la dirección de internet del citado ministerio con la finalidad de otorgarle la máxima difusión y conocimiento.* Referente a la naturaleza de estos prestadores, pueden ser públicas, privados o mixtas. Un ejemplo de prestador de servicio de certificación de naturaleza pública es la Fabrica Nacional de la moneda y Timbre y la Dirección General de Policía. La gran ventaja de estos prestadores ser de naturaleza pública es la exoneración de constituir una garantía sobre la responsabilidad civil. Vid. PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 41 y ss.

<sup>321</sup> Vid. PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 269-270. Véase también en este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, op. cit., pp. 40-44, el autor señala que los entes públicos como prestadores de servicios de certificación, pueden generar más confianza, ya que hay que presumir que estos entes son garantes del interés público y son carente de finalidad lucrativa. Además de tener una mayor estabilidad en relación a las entidades privadas.

dispuesto de la Ley de protección de datos de carácter personal y en sus normas de desarrollo<sup>322</sup>.

Además señala que para la expedición de certificados electrónicos, los prestadores de servicios de certificación solamente podrán obtener datos personales directamente de los firmantes o con el previo consentimiento expreso de éstos. Y que estos datos personales serán exclusivamente para la expedición y el mantenimiento del certificado electrónico y la prestación de otros servicios en relación con la firma electrónica, no admitiendo la utilización para fines distintos sin el consentimiento expreso del firmante<sup>323</sup>.

Hemos de observar que cuando los prestadores de servicios de certificación asignen un seudónimo en el certificado electrónico, deberán siempre en la solicitud del firmante constatar su verdadera identidad, así como conservar la documentación que la acredite, y que se deberá revelar la identidad de los firmantes cuando lo soliciten los órganos judiciales, o en los supuestos previstos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en que así se requiera<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> Véase el artículo 17 de la LFE, como también la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Véase también CRUZ RIVERO, Diego, *La firma electrónica reconocida...*, *op. cit.*, pp. 59-61, que señala que los certificados pueden como un registro en una base de datos accesible a tercero, por este motivo es muy importante que en el proceso de emisión del certificado garantice que el firmante conozca el contenido del certificado, y que declare si es correcto, mismo que tácitamente. Así como en este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 44-46.

<sup>323</sup> Véase en el artículo 17. 2 de la LFE.

<sup>324</sup> Véase el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999 que señala: *El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique. d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas. e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.*

Otras de las obligaciones, esta por su vez específica a los prestadores de servicios que expidan certificados electrónicos, son la de no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que hayan prestado sus servicios. Así como deberá proporcionar al solicitante antes de la expedición del certificado determinadas informaciones, como por ejemplo de que deberá transmitirse de forma gratuita, por escrito o por vía electrónica como las obligaciones del firmante, o la forma en que han de custodiarse los datos de creación de firma, el procedimiento que haya de seguirse para comunicar la pérdida o posible utilización indebida de dichos datos, como también el uso de determinados dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica que sean compatibles con los datos de firma y con el certificado expedido. En suma, todos los mecanismos necesarios para garantizar la fiabilidad de la firma electrónica de un documento a lo largo del tiempo<sup>325</sup>.

El prestador de servicios que expida certificado deberá de la misma forma garantizar el método utilizado para comprobar la identidad del firmante u otros datos que figuren en el certificado. En la expedición de los certificados la personalización física es la forma más segura de garantizar la identidad del firmante, no obstante debemos señalar que esta personalización física no es necesaria ser llevada a cabo por los prestadores de servicios de certificación, estos últimos podrán delegar a otra entidad denominada *autoridad de registro local o autoridad de registro* que ejerza esta función de verificación de la identidad del firmante<sup>326</sup>.

Los prestadores de servicios de certificación deberán aclarar las condiciones de utilización del certificado, sus posibles límites de uso y la forma en que el prestador

---

<sup>325</sup> Vid. artículo 18 de la LFE. Véase también el artículo 24.3 que señala los requisitos de los dispositivos seguros de creación de una firma: a) Que los datos utilizados para la creación de una firma se produzcan sólo una vez y que se asegura razonablemente su secreto. b) Que los datos utilizados para la creación de la firma no pueden ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la misma estará protegida contra la falsificación con la tecnología actualizada. c) Que el firmante deberá proteger los datos de creación de firma contra su utilización por terceros. d) Que el dispositivo utilizado para la creación no altera los datos o el documento que deba firmarse ni impide que se muestre al firmante antes del proceso de firma. Para CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 154-162-163, una firma se considerara reconocida cuando ha sido generada mediante los dispositivos seguros de creación de la firma. Así es difícil pensable que una firma que no cumpla con estos requisitos se considere avanzada. Véase también En este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 44-46.

<sup>326</sup> En este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 39.

garantiza su responsabilidad patrimonial. Y todas las informaciones contenidas en la declaración de prácticas de certificación, que deberá estar disponible a instancia de terceros. A parte de esto, los prestadores de estos servicios deberán mantener un directorio actualizado de certificados en el que se indicarán los certificados expedidos y si están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida. Estos directorios deberán ser protegidos con mecanismos de seguridad adecuados. De la misma forma deberán garantizar la disponibilidad de un servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados<sup>327</sup>.

Todos los prestadores de servicios de certificación formularán una declaración de prácticas de certificación que estará disponible al público de forma gratuita, en la que especificarán, las obligaciones a cumplir en correlación con la gestión de los datos de creación y verificación de firma y de los certificados electrónicos, las condiciones de la solicitud, emisión, su uso, la suspensión o la extinción, la entrega de dispositivos seguros de la firma o seguridad técnicas. Además de la suministración de dispositivos de verificación, vigencia de certificados, prestación de servicios de validación, entre otros servicios<sup>328</sup>.

Efectivamente, de las obligaciones anteriormente citadas, debemos observar que a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos la LFE exige obligaciones específicas a ellos. La LFE señala que deberán demostrar fiabilidad para prestar servicios de certificación. Garantizar que se pueda determinar la fecha y la hora en las que se expidió un certificado o se extinguió o suspendió su vigencia. Garantizar la seguridad técnica de los servicios utilizando sistemas y

---

<sup>327</sup>Véase en este sentido CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal...*, *op. cit.*, pp. 160-161. Para el autor este deber se impone a todas las entidades de certificación, mismo a las que no expidan certificados reconocidos. La entidad responderá por la diligente publicación de esta obligación. El mismo autor en *La firma electrónica reconocida...*, *op. cit.*, pp. 61, señala que el sistema se completa con la posibilidad del prestador de firma mantener un directorio público, de forma que los destinatarios de la mensaje puedan comprobar que la firma aun se encuentra en vigor. Así como el artículo 18 de la LFE. Para PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 201, los problemas más importantes en relación a los Prestadores de Servicios de Certificación, derivan de la falta de actualización de los datos de los certificados, o de la inexactitud de los mismos.

<sup>328</sup> En el mismo sentido encontramos PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 41-43, señala estas funciones como las tareas principales de estos prestadores. Además advierte que la validación se hace según determinados procedimientos de identificación con adecuados niveles de seguridad. De la misma forma el artículo 19 de la LFE.

productos fiables, contra la falsificación de certificados y que garantice la confidencialidad del proceso de generación<sup>329</sup>.

Asimismo, los prestadores de servicios que expidan los certificados reconocidos deberán conservar registrada toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido y las declaraciones de prácticas de certificación vigentes en cada momento, con un plazo mínimo de 15 años contados desde el momento de su expedición, de manera que puedan verificarse las firmas efectuadas con el mismo. Y para afrontar los posibles daños y perjuicios ocasionados a terceros, la LFE impone a los prestadores de servicios de certificación un aseguramiento de responsabilidad civil por importe de al menos 3.000.000 de euros, que puede ser seguro de responsabilidad civil, o seguro de caución o aval bancario. Debemos observar que el importe que podrá ser modificado por Real decreto<sup>330</sup>.

El prestador de servicios de certificación que vaya cesar su actividad habrá que comunicar con dos meses de antelación a los firmantes que utilicen sus certificados electrónicos. Podrá transferir, con su consentimiento expreso, la gestión a otro prestador de servicios de certificación, de lo contrario se extingue su vigencia. De la misma forma deberá comunicar al Ministerio de Ciencia y Tecnología, con antelación de dos meses el cese de su actividad y el destino que vaya a dar a los certificados. Este mismo ministerio se hará cargo de la custodia de las informaciones referentes a los certificados a efectos

---

<sup>329</sup> Véase PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss. De la misma forma debemos observar los artículo 11 a 14 de la LFE que establecen los requisitos para que un certificado sea reconocido. Así como véase el 20 y 18 de la misma ley. No obstante para los Prestadores de servicios de certificación que no vayan emitir certificados reconocidos, deben cumplir únicamente los requisitos del artículo 18 de la LFE.

<sup>330</sup> De la misma forma encontramos el artículo 20 de la LFE que nos señala las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos. Así como PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, *op. cit.*, pp. 52, 273; En este mismo sentido COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación...*, *op. cit.*, pp. 44-46. El autor señala que hay que distinguir los tipos de obligaciones que la LFE impone a los prestadores de servicios de certificación. El primero tipo de obligaciones son las encontradas en los artículo 17, 19 y 21 de la LFE, que son las obligaciones generales vinculantes a todos los prestadores. El segundo tipo, son las obligaciones específicas del artículo 18 de la LFE, destinadas a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados electrónicos. Y por último, el tercero tipo que son las obligaciones encontradas en el artículo 20 de la LFE exclusivamente destinadas a los prestadores de servicios que expidan los certificados reconocidos.

de lo previsto en el artículo 20.1.f), que lo mantendrá accesible durante un período que considere suficiente en función de las consultas efectuadas al mismo<sup>331</sup>.

### **15. La responsabilidad civil en materia de firmas electrónicas.**

En virtud de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios de certificación la normativa europea y española establece un régimen de responsabilidad civil a estos servicios. El régimen de responsabilidad señalado es claramente indemnizatorio. No obstante debemos observar que el régimen impuesto no es solamente a los prestadores de servicios, sino que también a los titulares de la firma electrónica. La clave privada de la firma solo es conocida por su titular, que la mantendrá en secreto en respeto a terceras personas. Por este motivo el titular tiene una obligación de adoptar determinadas medidas para garantizar la seguridad de la firma<sup>332</sup>.

La regulación de la responsabilidad Civil de los Prestadores de servicios de certificación para algunos autores contiene básicamente reglas de exoneración de responsabilidad, además de ser de cierta forma incompleta, porque no determina de una forma precisamente clara los distintos riesgos en que pueden encontrar las partes. La exoneración de responsabilidad se opera en dos ámbitos distintos, el primero por la culpa exclusiva del perjudicado, y el segundo opera en el ámbito contractual, derivados de pactos de exoneración de responsabilidad, cada vez más frecuente en los contratos<sup>333</sup>.

En los artículos 22 y 23 de la Ley de Firma Electrónica encontramos las reglas y limitaciones al régimen de responsabilidad de los Prestadores de servicio de

---

<sup>331</sup> Véase en este sentido el artículo 21 de la LFE.

<sup>332</sup> Conforme artículo 18.b.1. el problema surge cuando se produce el acceso por parte de un tercero no autorizado. La doctrina se ha posicionado que en este caso deberá aplicarse analógicamente como en el caso de distribución en caso de robo de tarjeta de crédito. El titular conforme el artículo 18.b de la LFE tiene la obligación de comunicar la pérdida al prestador de servicio de certificación, para que proceda la revocación necesaria. Hasta este momento es el titular quien asume la responsabilidad por el uso ilegítimo. El prestador tiene la obligación de revocar con rapidez, diligencia y dar la debida publicidad a la revocación. En este sentido MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 236-237. Véase también PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 272-273.

<sup>333</sup> En este sentido véase PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 202-210, 273. Para la autora es cada vez más frecuente estos pactos de exoneración de responsabilidad, algunos de ellos en sus supuestos de calificación rayan la nulidad. Estos pactos tienen su origen en el elevado nivel de responsabilidad encontradas en las normativas pioneras que regulaban sobre la materia.

certificación. En este último artículo encontramos un régimen general con exenciones de una forma taxativa. Por otro lado observamos que la directiva en su artículo 6 opta por un sistema de responsabilidad más abierto, no obstante algunos autores observan que se podría pensar que se trata de una enumeración limitada, lo que dejaría lagunas de irresponsabilidad en el sistema adoptado por la directiva<sup>334</sup>.

Hay que diferenciar la responsabilidad civil entre los envueltos en las transacciones electrónicas. La responsabilidad frente al firmante es contractual de carácter subjetivo objetivado. Frente a un tercero, se construye sobre un presupuesto doble, de un lado la inexistencia de vínculo contractual con los prestadores de servicios de certificación, y por otro la inexistencia de contrato entre todas las partes por confiar en el certificado<sup>335</sup>.

Es el titular quien carga la responsabilidad en casos de pérdida o robo de la firma, hasta la comunicación y solicitud de revocación de la firma al prestador de certificación. Una vez comunicado al prestador de servicios, tienen la obligación de revocar la firma con diligencia y rapidez, caso contrario asumirá la responsabilidad de su retraso<sup>336</sup>.

El prestador de servicios de firma electrónica tiene la obligación siempre de mantener con mecanismos de seguridad adecuados un directorio actualizado de certificados para indicar los certificados expedidos, la vigencia de los mismos, o quizás

---

<sup>334</sup> Vid. PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 202-210. Para la autora el régimen de responsabilidad ha ido modificando conforme avanzaba el desarrollo normativo de la actividad de los prestadores de servicios de certificación. No obstante hay elementos que caracterizan la responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Certificación que no varían desde la regulación de la actividad. De la misma forma nos observa que los artículo 22 y 24 de la LFE posee reglas análogas encontradas en el Código de Comercio y Código Civil, así como el artículo 13 de la Ley de Comercio Electrónico.

<sup>335</sup> En el mismo sentido véase PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 272-273.

<sup>336</sup> Véase el artículo 22.3 de la LFE que señala que de forma particular, el prestador de servicios de certificación responderá a los perjuicios que podrían ocasionar al firmante, como también a terceros de buena fe por la falta de diligencia o por el retraso en la inclusión en los servicios de consulta sobre la vigencia de los certificados, o de la extinción o suspensión del certificado electrónico.

su suspensión o extinción. Además deberá disponer de forma rápida y segura de un servicio de consultas sobre las vigencias de los certificados<sup>337</sup>.

Después de publicada la revocación es el tercero que deberá tener ciertas cautelas al confiar en una firma electrónica<sup>338</sup>.

En el caso de emisión de certificados inexactos por identificación incorrecta del solicitante, porque sabemos que la principal función de los prestadores de servicios de certificación es garantizar la identidad del titular, el prestador de servicio deberá responder por daños y perjuicios frente a terceros perjudicados. No obstante la responsabilidad del prestador de servicios es subjetiva debiendo responder en el caso de que no haya sido diligente, debiendo él probar que fue fielmente diligente en la emisión de la firma electrónica (principio de la inversión de la carga de la prueba), muy distinta de la responsabilidad objetiva impuesta al titular de la firma digital en el caso de pérdida de la clave privada<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Véase en el artículo 18. c) y d) de la LFE.

<sup>338</sup> En este sentido véase el artículo 8. 3 de la LFE, que señala que *la extinción de la vigencia de un certificado electrónico surtirá efectos frente a terceros, en los supuestos de expiración de su período de validez, desde que se produzca esta circunstancia y, en los demás casos, desde que la indicación de dicha extinción se incluya en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados del prestador de servicios de certificación.*

<sup>339</sup> Conforme el artículo 22. 1 de la LFE: Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad cuando incumplan las obligaciones que les impone esta ley. La responsabilidad del prestador de servicios de certificación regulada en esta ley será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, según proceda, si bien corresponderá al prestador de servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible. Para PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 205, inicialmente hablaban de una supuesta responsabilidad objetiva de los Prestadores de Servicios de Certificación. Ahora ya se sostiene una responsabilidad subjetiva de los mismos. De la misma forma la autora señala que hay que observar que la Directiva de firma electrónica únicamente prevé la inversión de la carga de la prueba para los Prestadores de Servicios de Certificación que expidan certificados al público (*vid.* artículo 6 de la DFE señala que los Estados miembros garantizarán, que el proveedor de servicios de certificación que expida al público un certificado reconocido o que garantice al público tal certificado, deberá responder por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica por lo que respecta a veracidad de toda la información contenida en el certificado y la inclusión en el certificado de toda la información prescrita para los certificados reconocidos; la garantía de que, en el momento de la expedición, *obraban en poder del firmante identificado en el certificado los datos de creación de firma correspondientes a los datos de verificación de firma que constan o se identifican en el certificado*; la garantía de que los datos de creación y de verificación de firma pueden utilizarse complementariamente, en caso de que se genere ambos; todo esto con la salvaguardia de que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia. Para la autora es más acertada la opción adoptada por el legislador español en que no distingue en quien produzca los daños.

Debemos observar que a la hora de determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación hay que tener en cuenta la culpabilidad, es decir, la voluntad de dañar y la diligencia de los mismos<sup>340</sup>.

La responsabilidad del prestador de servicio de certificación es también en un principio ilimitada, debiendo responder ilimitadamente por daños y perjuicios ocasionados al tercero. No obstante se admiten posibles limitaciones a esta responsabilidad. Como por ejemplo, podría ser limitada referente al posible uso de la certificación, como encontramos en el artículo 11. 2. h) que señala que los certificados reconocidos incluirán, al menos entre otros, los límites de uso del certificado, si se establecen. Como también pueden fijar una cuantía a las operaciones en que se utilizan la certificación, como prevé el artículo 11. 2. i) de la LFE.

Debemos observar que estos límites solo serán válidos si están especificados en la certificación, para que los usuarios tengan el conocimiento de la existencia de los mismos<sup>341</sup>.

En conclusión las empresas de certificación de firmas electrónicas poseen una serie de obligaciones frente a sus titulares, como también frente a terceros. La responsabilidad civil de estas empresas viene como una forma de garantizar que se cumplan estas obligaciones. No obstante, el firmante, o propietario de la firma electrónica también responderá por la responsabilidad civil hasta el momento de la

---

<sup>340</sup> En este mismo sentido véase PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica...*, op. cit., pp. 206-208. Para la autora hay una escasa existencia de normas que regulan el comportamiento del firmante y el titular del certificado, delimitando los momentos en que ocurren la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>341</sup> Es común que los prestadores de certificación tengan empresas delegadas para desarrollar algunas de sus funciones, entre otras, la verificación de identidad del solicitante de la firma electrónica. Estas empresas reciben el nombre técnico de autoridades de certificación. Debemos observar que en estos casos la prestadoras de servicios de certificación no se exoneran de una supuesta responsabilidad por la actuación de estas autoridades de certificación. Vid. MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia, en PEGUERA POCH, Miguel (Coord.) y otros, *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 239-240. En este mismo sentido véase el artículo 13. 5 de la LFE, que señala: *Los prestadores de servicios de certificación podrán realizar las actuaciones de comprobación previstas en este artículo por sí o por medio de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siendo responsable, en todo caso, el prestador de servicios de certificación.* Así como el artículo 22. 4 de la LFE referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios. El artículo advierte que los prestadores de servicios de certificación deberán asumir toda la responsabilidad por las actuaciones de cualquier persona en las que deleguen alguna ejecución de las funciones necesarias para la prestación de servicios de certificación.

comunicación de la pérdida o robo. Lo que intentan las distintas legislaciones sobre la materia es que de alguna forma se garantice la seguridad y confianza de la firma, y en los casos de que la firma no sea segura habrá responsabilidades.

## **CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD PERIODISTICA EN INTERNET Y RÉGIMEN DE EXCLUSIONES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS.**

### **16. La intermediación y responsabilidad civil en internet y su régimen jurídico aplicable.**

Como hemos visto anteriormente, el internet es una gran novedad tecnológica, que ha transformado los modos de distribución y recepción de la información. Internet nos proporciona un almacenamiento masivo de contenidos, y la facilidad de su distribución a un usuario en cualquier lugar del mundo. De la misma forma que nos ha traído mucho desenvolvimiento, facilidades y acceso a la cultura, nos ha traído muchos conflictos jurídicos. Internet se ha convertido en una manera fácil y barata de vulnerar derechos, como el derecho de autor y el derecho a la personalidad, entre otros<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología”, *Cuadernos de la Fundación 162*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010, pp. 11-50; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet...*, op. cit., pp. 21 y ss.; CAMACHO CLAVIJO, Sandra, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología”, *Cuadernos de la Fundación 162*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010, pp. 51 y ss.; SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 17 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servicios de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Granada, Comares, 2005, pp. 29 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 02-41; GRIMALT SERVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información en internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta”, en AA.VV. *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 41 y ss.; PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 09 y ss.; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, *RdNT*, 2003, núm. 2, pp. 87-111; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de Contenidos, Servicios, Acceso y Enlaces*, 2ª Ed., Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 175-190; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n. 6, 2000, pp. 09-94; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p. Su regulación en la ley 34/2002 y en la Propiedad Intelectual”, *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2004, pp. 89-98; MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control en Internet. La regularidad de Internet*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 125-145; RUBÍ PUIG,

Evidentemente tenemos un deber de proteger el desenvolvimiento tecnológico, como también el deber de proteger la información en tránsito. La vulnerabilidad de algunos derechos, y los grandes volúmenes de contenidos generados por los usuarios de esta nueva tecnología, nos obliga a conocer el nuevo escenario en el que se mueve la sociedad de la información, para adoptar medidas tecnológicas y legislativas para este nuevo entorno<sup>343</sup>.

En estas líneas, las dificultades de perseguir un delito, las dificultades de identificar un usuario infractor, la prevención de agresiones de algunos derechos, los

---

Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs”, Barcelona, *Revista indret*, 2010, pp. 02 y ss., en [www.indret.com](http://www.indret.com), (consultado en 16 de marzo de 2012); MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 04 y ss.; MORALEDA, J. P., RODRÍGUEZ, F. S., “Autorregulación en Internet”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red*, núm. 21, 2004, pp. 73-102, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autorregulacion-internet-279483>, (consultado en 19 de marzo de 2012); RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “El tercero de confianza en el suministro de información. Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2010, pp. 197-235; TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2901-2927; JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, pp. 3-32, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/intermediarios-directiva-resueltos-128680>, (consultado en 17 de marzo de 2012); XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, pp. 01 y ss., en [www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarter.pdf](http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarter.pdf), (consultado en 16 de marzo de 2012); PEGUERA POCH, Miquel, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, UOC, pp. 03-18; RUIZ MUÑOZ, Miguel, “Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet: enlaces y buscadores (a propósito del conflicto judicial francés Louis Vuitton Malletier v. Google)”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 99, 2008, pp. 61-84; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Directiva sobre el Comercio Electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, 2001, pp. 03-40; GARAU SOBRINO, Federico, “Cuestiones de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 191-228; CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003, pp. 75 y ss.

<sup>343</sup> Así lo advierte RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 11; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.; CAMACHO CLAVIJO, Sandra, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología”, *Cuadernos de la Fundación 162*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010, pp. 51 y ss. Véase también referente al tema SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp.18-19. El autor nos afirma que internet es una tecnología en constante evolución, que junto al innegable proceso tecnológico, se evidencia fenómenos de agresión a los derechos y libertades a los ciudadanos.

fallos de los sistemas en internet y la supuesta intromisión a la privacidad, son algunos retos que debemos superar para que no tengamos una sensación de impunidad en la red.

A medida que han surgidos los problemas en el entorno digital, los titulares de los derechos vulnerados en la red, y las diversas jurisprudencias han buscado en la legislación preexistente su adecuación al nuevo entorno y la aplicación y suficiencia para los nuevos conflictos. Pero también, hubo quien se preguntara si estamos ante nuevas acciones que reclaman un nuevo derecho<sup>344</sup>.

Lo cierto, es que estamos delante de nuevas tecnologías, que nos sitúan ante viejos conflictos. Y que efectivamente se nos hace necesario buscar un justo equilibrio entre estos diversos conflictos que podemos encontrar en la red. Como por ejemplo, conflictos entre la libertad de expresión y derechos a la información o los derechos al honor<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> Estamos refiriéndose al principio de no alteración al derecho preexistente. Algunos autores nos señalan, al referirse al comercio electrónico en internet, que el derecho preexistente, sigue siendo aplicable, principalmente en materia de obligaciones y contratos, pero exige algunas adaptaciones para acomodarse. En estos términos CAMACHO CLAVIJO, Sandra, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro...”, *op. cit.*, pp. 51: “*El hecho de que los contratos se preparen, perfeccionen, celebren e incluso se ejecuten por vía electrónica, no exige la creación de un nuevo derecho ni la modificación del derecho preexistente en materia de obligaciones y contratos. El derecho preexistente sigue siendo aplicable, si bien la especialidad de los instrumentos y soportes del comercio electrónico, exige su adaptación para acomodarse a las exigencias peculiares de tales instrumentos y soportes y cubrir las lagunas legales existentes en estas materias.*” La misma autora, en otro trabajo, advierte que la Sociedad de la Información en internet, no hace referencia a una sola actividad, pero sí a un conjunto acciones, actividades comerciales, comportamientos sociales, actitudes individuales, formas de organizaciones. Que comparten en internet el mismo soporte para la transmisión de la información. Dada la complejidad de las relaciones, se requiere, una adecuación del derecho y por tanto de las normas legales pertinentes para dicho ámbito social. Véase CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid, Reus, 2005, pp. 31-33. Referente al tema de nuevas acciones y un nuevo derecho veamos RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 13.

<sup>345</sup> Sobre la cuestión TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Hosting o administradores de servicios...”, *op. cit.*, pp. 2901. Referente a la libertad de expresión debemos observar el considerando 9 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000, el considerando exterioriza la conveniencia de garantizar el libre desempeño de la libertad de expresión, así como el propósito de no influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión. Y nos afirma que: “*La libre circulación de los servicios de la sociedad de la información puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros; por esta razón, las Directivas que tratan de la prestación de servicios*

## 16.1 La identificación y el anonimato en Internet.

Podemos afirmar, en lo que concierne a la responsabilidad civil, la identificación del autor de una infracción es uno de las grandes dificultades que encontramos dentro de este nuevo entorno. En la red, no sabemos quién está detrás de un ordenador, no contamos con la visualización de las personas, solamente sabemos que puede existir alguien, pero la primera impresión que tenemos, es que no sabemos como es, ni tampoco quien es. Esta primera impresión, de estar delante de un usuario anónimo, ha generado una sensación de impunidad entre los usuarios afectados<sup>346</sup>.

---

*de la sociedad de la información deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud de dicho artículo, quedando condicionada únicamente a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo y en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado. La presente Directiva no está destinada a influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión.”* Con respecto al tema GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de Contenidos, Servicios, Acceso y Enlaces*, 2ª Ed., Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 175. El autor en el mismo sentido manifiesta su preocupación por las diversas libertades que están en juego en internet, especialmente de información y expresión.

<sup>346</sup> De la misma manera MARTÍNEZ NADAL, Apol.lónia, “Identificación y firma electrónica en el Entorno Digital”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 218-219. Para la autora es un reto, asegurar que el mensaje viene de la persona que dice que lo envía, que el mensaje no ha sido alterado en el camino (derecho a la integridad), que la persona no niegue haber enviado, ni la persona destinataria no niegue haber recibido. Véase también la Sentencia 835/2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 14ª), de 20 diciembre (AC 2006\ 233), en que el demandante interpone recurso de apelación alegando la infracción del artículo 18 de la Constitución, el artículo 1.1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, en relación con el artículo 13.1 de la Ley 34/02, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, por haberse vulnerado por una serie de artículos, insultantes y con manifestaciones falsas sobre su gestión económica, difundidos, con ocasión de su cese en el cargo, en la página web ([www.aprendizmason.org](http://www.aprendizmason.org)), que alojada en un portal de Internet llamado iespaña.es, y que ofertaba al público la posibilidad de crear páginas web, correos electrónicos y otros servicios de Internet, resultando propietario de la página una persona con datos de identificación falsos. El demandante exigía la responsabilidad solidaria del demandado por no tener la diligencia necesaria y tenía como fundamento que: “(...) tras el requerimiento efectuado por el actor por conducto notarial en fecha 27 de enero de 2003, poniendo en su conocimiento la ilicitud de los contenidos que se publicaban en la página, concretándole los títulos y requiriéndole facilitara la verdadera identidad del propietario y cliente, no había facilitado la verdadera identidad del propietario de la página, ni tampoco había procedido con diligencia para retirar los datos publicados y difundidos, limitándose a advertir al propietario de la página, a través de un comunicado en la propia página web, que había recibido una carta notarial por la publicación de “documentos” posiblemente atentatorios contra el honor, sin eliminar la página por tratarse de un espacio de pago y continuando el propietario publicando el artículo “un bel morir” en fecha 20 de marzo de 2003 y dos nuevos artículos “masonería española: corrupción y extremismo” y “las falacias de Mauricio”. Este argumento empleado por el demandante para sustentar la responsabilidad solidaria del prestador es, sin embargo, descartado por la Audiencia en el Fundamento Jurídico siguiente: “(...) Es cierto que los datos facilitados por el cliente en el contrato electrónico no se correspondían con una identidad real y ello está reconocido por la demandada. Ahora bien, no se contrató con una persona inexistente; el contrato electrónico se celebró con una persona real, que abonó el precio pactado a la demandada mediante ingresos bancarios, y que facilitó al contratar por aquél

Cada ordenador tiene una identificación, lo que llamamos una dirección de IP (Internet Protocol) que permite diferenciar un ordenador de las demás máquinas en internet. Es una forma de localizar el infractor en la red, pero no es siempre efectiva, dado que lo que localizamos es la máquina y no la identificación del usuario infractor<sup>347</sup>.

Hay muchas dificultades para localizar al infractor, y una vez localizado nos encontramos con el problema de que esta persona es insolvente, lo que no puede resarcir económicamente a la víctima por la infracción cometida en internet. Se buscan soluciones, a través de alguien con facilidad de localizar y que tenga solvencia económica<sup>348</sup>.

Efectivamente, será preciso recurrir a formas más específicas de identificación en internet. Hay que tener una mínima conexión directa y evidente con una persona determinada en el espacio natural. El anonimato despierta una profunda preocupación

---

*medio unos datos de identidad que a la postre resultaron falsos. Y también es cierto que es extremadamente difícil comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos*". Aún con respecto al tema ver RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, "I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...", *op. cit.*, 2010, pp. 16. La autora nos advierte que para aliviar los riesgos que parecen en este nuevo espacio, se han perfeccionado las obligaciones de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones a cargo de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones para su puesta a disposición en actuaciones de investigación (criminal, de seguridad, etc.) por parte de los agentes facultados. De la misma manera la Ley 25/2007, de 18 de octubre, sobre la conservación de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, BOE núm. 251, de 19 de octubre de 2007, que traspone la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DO L 201/37, 31.07.2002. que fue objeto de modificación de la directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, DO L 105/54, 13.4.2006.

<sup>347</sup> *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>348</sup> Se plantea ante los tribunales, si las empresas proveedoras de servicios en internet, podrían responder por las infracciones cometidas por sus usuarios. Véase en este sentido, al referirse al derecho de autor en internet, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*, pp. 285. Algunos autores nos afirman que la tentación de responsabilidad de los proveedores por las actividades ilícitas cometidas por sus usuarios, es fácil explicar. Para ellos los proveedores son solventes y de fácil localización. Sobre la cuestión XALABARDER PLANTADA, Raquel, "La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...", *op. cit.*, pp. 02.

sobre los riesgos sobre la actuación del usuario en internet, y sus consecuencias al derecho a la intimidad y la privacidad<sup>349</sup>.

Hay un reto entre equilibrar el anonimato y la persecución de los delitos que podemos encontrar en internet.

## **16.2 La deslocalización en internet: el problema de la ley aplicable y la jurisdicción competente.**

Una de las grandes características que podemos encontrar en internet es su arquitectura descentralizada, no localizada. Su deslocalización incide directamente en la determinación de la jurisdicción y ley aplicable. Hubo quien manifestó por una red auto reguladora, un ciberespacio libre, pero debido la gran cantidad de derechos violados en internet, esta hipótesis fue inmediatamente rechazada<sup>350</sup>.

La Directiva sobre el Comercio Electrónico en materia de jurisdicción y ley aplicable establece un sistema de “control de origen”, que acaba teniendo una influencia directa a la hora de establecer la ley aplicable. Debido este control de origen, que su objetivo es impedir las barreras técnicas y legales que impiden las libertades en los

---

<sup>349</sup> Para un estudio detallado ver RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, 2010, pp. 17.

<sup>350</sup> De la misma forma MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 34-41. Para el autor, la red nasce de forma desordenada, anárquica, descentralizada, teniendo el caos como forma de organización. En lo mismo sentido nos afirma RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, (“I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 19), que esta organización descentralizada de red, e además su *heterogeneidad compositiva* supondría una seria crisis en los modelos regulativos tradicionales. Véase también SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 53. Al respecto a una red auto reguladora véase MORALEDA, J. P., RODRÍGUEZ, F. S., “Autorregulación en Internet”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red*, núm. 21, 2004, pp. 73-102, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autorregulacion-internet-279483>, (consultado en 19 de marzo de 2012); MOUNIER, Pierre, *Los Dueños de la Red. Una historia política de Internet.*, Madrid, Popular, 2002, pp. 190; MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control en Internet...*, *op. cit.*, pp. 65-78. Véase también SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información...*, *op. cit.*, pp. 66. Para el autor nuestras democracias pueden verse amenazadas, por gobiernos que con el poder de las nuevas tecnologías manipulen información en su propio interés.

ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, la ley del establecimiento del proveedor de los servicios en internet, será la aplicable en casos de violación de derechos<sup>351</sup>.

Es de fundamental importancia cuando se tiene en consideración los criterios de jurisdicción competente, y la ley aplicable, visto que, es a través de estos criterios que examinaremos la existencia o no de delito, y la efectiva responsabilidad.

De acuerdo con el Reglamento de la Unión Europea 44/2001, que incorpora el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, son competentes tanto los tribunales del país donde se produce el daño, como los tribunales del país de residencia del demandado, como el foro de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>352</sup>.

Debemos observar que el reglamento añade una precisión al afirmar que en materia delictual o cuasidelictual, serán competentes los tribunales de donde se hubiera

---

<sup>351</sup> Es importante esclarecer que la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio electrónico, *op. cit.*, nos afirma en su artículo 1º, 4., que: “La presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.” Referente al control de origen, véase el artículo 3, de la misma directiva, que determina las autoridades responsables de control y condiciona a la normativa aplicable. De igual manera reflejan DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Directiva sobre el Comercio Electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, 2001, pp. 03-40; PEGUERA POCH, Miquel, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 327. Véase también DOMÍNGUEZ GONZÁLES, Alejandro, “Prestadores de servicios establecidos en España”, en CREMADES, Javier, GONZÁLES MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet...*, *op. cit.*, pp. 92. El autor señala que el control de origen es un principio nacido en el derecho comunitario.

<sup>352</sup> Según el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (D.O.U.E. serie L, núm. 12, de 16 de enero). Debemos observar que la fuente de origen en el derecho interno es la ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), BOE núm. 157, de 02 de julio, en su artículo 22. Podemos observar que en ambas normativas prevén la competencia de los tribunales de la autonomía de la voluntad de las partes. Los tribunales de las obligaciones extracontractuales, que hubiera producido el hecho dañoso, véase en este sentido el artículo 5. 3. del Reglamento 44/2001, que afirma que las personas residentes en un estado miembro podrán ser demandadas otro estado miembro, siempre que: “En materia delictual o cuasi delictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.” El foro del domicilio de la parte demandada, véase en este sentido el artículo 22. 2. del LOPJ y artículo 2.1 de Reglamento 44/2001, que afirma: “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.” Véase en este sentido GARAU SOBRINO, Federico, “Cuestiones de Derecho internacional privado...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 192 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades de los servidores...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

producido el daño, o que pudiera producirse el daño, permitiendo de esta forma acciones preventivas<sup>353</sup>.

El mismo reglamento nos afirma en su artículo 6.1, que si hay varios demandados, podrá demandarse ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación estrecha. Además el mismo precepto afirma que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones incompatibles si los asuntos fueren juzgados separadamente.

Es importante mencionar que en casos de que la empresa no tenga su domicilio actual en la Unión Europea, pero tenga una sucursal en la Unión Europea, este estado que tenga el domicilio de la sucursal, será el competente en caso de que la empresa sea demandada<sup>354</sup>.

Entre los aspectos más controvertidos, que podemos encontrar en internet, y que un grande impacto práctico ocasiona, se encuentran la determinación del régimen jurídico aplicable, con el dato de que en la sociedad de la información se pueda producir una violación a un derecho en numerosos países.

Con el objetivo garantizar la libre circulación de la información y de uniformizar los diversos países de la Unión Europea en materia de los servicios de la sociedad de la información, surge la Directiva sobre el Comercio Electrónico, que establece que en su transposición a los estados miembros, estos deberán interpretar la legislación nacional, incluso la preexistente, en conformidad con la referida Directiva<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> En estos términos GARAU SOBRINO, Federico, “Cuestiones de Derecho internacional privado...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 201.

<sup>354</sup> Debemos observar el artículo 5, apartado 5º, del reglamento 44/2001, que nos afirma: “*Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios.*” De igual manera refleja el conflicto judicial de Louis Vuitton Malletier *versus* Google, en RUIZ MUÑOZ, Miguel, “Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet: enlaces y buscadores (a propósito del conflicto judicial francés Louis Vuitton Malletier v. Google)”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 99, 2008, pp. 61-84. En este trabajo podemos observar la competencia de los tribunales franceses para juzgar la empresa multinacional google, por su sucursal en Francia.

<sup>355</sup> En estos términos véase el preámbulo 59 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, *op. cit.*, que afirma: “*Pese a la naturaleza global de las comunicaciones electrónicas, es necesario coordinar*

Otra observación debemos tener a la hora de determinar el establecimiento en el marco de la Directiva y sus transposiciones a los estados miembros. A efectos de esta Directiva el prestador de servicios establecido se define en su artículo 2. c), como aquel que *ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios.*

De esta forma da Directiva sobre el Comercio Electrónico, intenta eliminar una serie de obstáculos jurídicos presentes en los estados miembros de la Unión, pero como ya sabemos, la complejidad de las actividades ejercidas en la red, muchas veces, los conflictos jurídicos referentes a la competencia y la ley aplicable, son de difíciles decisión<sup>356</sup>.

Ahora bien, la referida Directiva, fue incorporada en el ordenamiento español por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y del comercio electrónico (LSSICE), y tiene como objeto establecer la regulación del régimen de la sociedad de la información y de la contratación electrónica. Dentro del Título II, encontramos el Capítulo II, titulado como “*Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información*”, y este capítulo será el objeto de nuestro trabajo<sup>357</sup>.

---

*las medidas reguladoras nacionales a escala de la Unión Europea, con el fin de evitar la fragmentación del mercado interior y establecer el adecuado marco regulador europeo. Dicha coordinación deberá contribuir también al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales.”* Y también DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Directiva sobre el Comercio Electrónico...”, *op. cit.*, pp. 03-40.

<sup>356</sup> Sobre la cuestión DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Directiva sobre el Comercio Electrónico...”, *op. cit.*, pp. 12-13. El autor señala que en la red hay una facilidad de transmisión de la información, que puede ser prestada desde un mismo lugar a destinatarios ubicados en diversos territorios, y esta característica determina la disparidad de soluciones normativas entre los distintos ordenamientos jurídicos de los estados miembros. Esta disparidad de soluciones afecta de manera significativa este tipo de actividad. Además nos menciona que es un medio que en principio posibilita la uniformización de contenidos, al mismo tiempo y a territorios diversos, sin la presencia física en todos los países sobre los que proyectan sus actividades.

<sup>357</sup> *Vid. BOE*, núm. 166, de 12 de julio de 2002. Es importante observar que la LSSICE no contempla el régimen de responsabilidades de quien efectivamente es el autor de las informaciones subidas en internet.

### 16.3 La vulnerabilidad de la información. Los perfiles y elementos de la responsabilidad en internet.

Como hemos visto en el capítulo anterior, la digitalización de una obra, o la introducción de la información en un soporte electrónico ofrece una gran vulnerabilidad de derechos, sean derechos de autor, sean derechos fundamentales (derecho a la honra, derecho a privacidad, a la integridad, etc.), o derechos de competencia, entre otros<sup>358</sup>.

Existe en la red por su entorno abierto, descentralizado, con acceso libre, casi sin control y muchas veces anónimo, un aumento de los riesgos, en comparación con otros soportes anteriormente conocidos<sup>359</sup>.

Lo que observamos, y hemos analizado de una forma sucinta en el capítulo anterior, es que de la misma forma que las nuevas tecnologías, pueden representar una gran riesgo a derechos protegidos, pueden asegurar también algunos mecanismos de protección y control.

---

<sup>358</sup> Para un estudio detallado referente a la honra véase, TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2901-2927, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/administradores-paginas-intromision-330004219>, (consultado en 17 de marzo de 2012). Y referente a la propiedad industrial, véase XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios...”, *op. cit.*, pp. 01 y ss.

<sup>359</sup> Al respecto ver la sentencia 50/2006, de 6 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª (AC 2006/188), por la que declara no haber lugar recurso de apelación a la sentencia de 15 de junio de 2005 dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid, por la parte demandada, la Asociación de Internautas, contra como apelada SGAE, en su fundamento 7º, nos revela la preocupación de los juristas: “(...) lo precedente nos lleva a partir de la consideración de Internet como red de redes, con un impacto o resultados ambivalentes, y donde concurren varios niveles o, como se ha dicho, capas superpuestas, entre las que se distribuyen o reparten las funciones habituales de la comunicación, desde la capa más alta, aplicación, que genera los datos a transmitir y los pone a disposición del inmediato inferior, para después los datos resultantes viajar a través de la red, hasta llegar a los clientes o usuarios a través del navegador WWW, siendo que los contenidos ofrecidos por los servidores se estructuran en unidades de visualización denominadas páginas, varias de las cuales pueden relacionarse entre sí formando una entidad denominada Web cite; constituyendo los servidores de nombre dominio una red jerárquica, lo expuesto ya revela las dificultades para identificar las fuentes e identificar los contenidos y consecuentemente la dificultad en la capacidad de control, al ser un medio de comunicación descentralizado, con la consiguiente ausencia de un emisor único, con la dificultad de controlar, en ocasiones, la información que accede a la red, llegando a decirse que Internet era un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho, (...)”. Es importante resaltar que esta sentencia fue objeto de casación, con decisión dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 773/2009 de 9 diciembre, pero la comentaremos más adelante, cuando hablaremos del conocimiento efectivo.

Por este motivo, y desde una perspectiva jurídica, debemos con cautela buscar un equilibrio entre los derechos envueltos, buscar mecanismos de identificación de autoría de los daños y su consecuente responsabilidad civil.

La determinación de la causalidad de la información inexacta, o ilícita, en el entorno digital, no viene marcado por conexiones físicas o materiales, sino que por una apreciación “subjetiva e indiciaria”<sup>360</sup>.

Observamos que esta casualidad está basada en el prestigio de quien transmite esta información, y en la confianza en que deposita el usuario a la veracidad de la información. Para determinar y atribuir las responsabilidades en internet, primero debemos entender su estructura descentralizada<sup>361</sup>.

Sabemos que internet no existe un nodo único, central, que canaliza todas las informaciones, pero si, varios proveedores (ISP- *Internet Services Providers*), o intermediarios, que provisionan el acceso, transmiten la información, almacenan datos y ofrecen servicios de búsqueda y navegación en la red, entre otros. Observamos un papel inmensamente importante en esta actividad de intermediación<sup>362</sup>.

Consideramos que en la red, a pesar de sus novedades y peculiares características, nos encontramos con relaciones que podemos identificar con relaciones ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, anteriormente a internet. Y más, podríamos identificar escenarios derivados de responsabilidades contractual, como también responsabilidades extracontractual, ya conocidos.

---

<sup>360</sup> De la misma manera RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, 2010, pp. 22.

<sup>361</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “El tercero de confianza en el suministro de información. Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2010, pp. 197-235.

<sup>362</sup> En estos términos RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 23. Debemos observar que el concepto de los servicios de la sociedad de la información, se define por referencia a la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, quedando expresamente aquellos servicios que no impliquen un tratamiento y almacenamiento de datos. Véase en SANTAELLA GARCÍA-ROYO, Isabel, “No sujeción a autorización previa”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet...*, *op. cit.*, pp. 132.

De la misma forma que podemos encontrar en la red las modalidades contractuales ya conocidas. Podemos afirmar que dada las características del entorno digital, nos encontramos a nuevas formas de contratación. Como por ejemplo los *browse-wrap agreements*, que son los contratos o licencias de acuerdos para el uso o acceso de materiales en un sitio web, o el uso de un producto que hay que hacer *download*, que se caracterizan por su forma de aceptación de las condiciones. Esta aceptación ocurre pela mera navegación, y sus condiciones se denominan términos de uso<sup>363</sup>.

Muchas eran las discusiones acerca de los browse-wrap, motivo por lo cual luego surgirán los clics-agreements, que diferentemente de los browse-wrap, su manifestación de voluntad o consentimiento a los acuerdos y condiciones, se verifica a través de clics a iconos, donde menciona la palabra “acepto”, o en inglés “I agree”<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> Podemos encontrar algunos casos que discuten la utilización de estos sistemas de términos de usos, como por ejemplo el caso de Specht versus Netscape. El caso versa por la ejecución de un contrato de exploración dentro de la página de Netscape. Donde los usuarios del sitio se les instó a descargar el software libre disponible en el sitio haciendo clic en un botón de marcado tinte "descargar". Sólo por el acto del usuario desplazar la página hacia abajo a la siguiente pantalla hizo que vendrá sobre una invitación a revisar los términos completos del programa de acuerdo de licencia, disponible en enlace. Los demandantes, que no habían visto el acuerdo, descargar el software y luego fueron demandados después de violaciones de privacidad y las leyes federales de fraude informáticos derivados del uso del software. La corte norte americana señaló a continuación que un ingrediente esencial para la formación del contrato es la manifestación del consentimiento mutuo. El tribunal de apelaciones consideró que "el consumidor ha de hacer clic en un botón de descarga no se comunica asentimiento a los términos contractuales si la oferta no dejar claro al consumidor que al hacer clic en el botón de descarga significaría asentimiento a los términos. Debido a que los demandantes no fueron puestos en conocimiento de estos términos que no estaban obligados por ellos. Véase en

[http://www.internetlibrary.com/cases/lib\\_case295.cfm](http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case295.cfm), (consultado en 23 de marzo de 2012). Como también el caso de Ticketmaster Corp. Versus Tickets.com, en que el tribunal se basó en una violación de los contratos de la solicitud en los términos y condiciones que se encuentra en la parte inferior de la página de inicio en letra pequeña. El tribunal falló a favor de la parte demandada en este caso, pero le permitió a Ticketmaster alegar si hay hechos que demuestran que el acusado tenía conocimiento de los términos e, implícitamente, de acuerdo a ellos. Se puede consultar en

[http://www.internetlibrary.com/cases/lib\\_case393.cfm](http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case393.cfm), (consultado en 23 de marzo de 2012). De la misma manera RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 25.

<sup>364</sup> En este sentido véase RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 26. La autora nos menciona que la contratación en internet adquiriría así una ingenua identificación con las modalidades de perfección contractuales con aquellas concluidas con un expreso asentimiento exteriorizado mediante la presión sobre un botón, un icono o un área activa de la pantalla. Sin embargo, la autora manifiesta sus inquietudes con la realidad de los acuerdos, de los contratos concluidos en la Red, *no se agota en esta mecánica modalidad, sino que, bien al contrario, se ve invadido por la generalización de los denominados browsewrap agreements.*

Estos “contratos” o términos de usos de los servicios ofrecidos en la red, serán de fundamental importancia para la resolución de los conflictos surgidos en este nuevo entorno. Esta tendencia de resolución de conflictos en la red, la que podemos llamar de “voluntad de las partes”, son muy conocidas como forma de resolución de los conflictos tradicionales. En lo que podemos concluir que estamos delante de tradicionales conflictos, con aplicabilidad de tradicionales formas de resolución. Siempre claro, observando las peculiaridades del entorno digital<sup>365</sup>.

#### **16.4 Las características de la actividad de los intermediarios en internet y su responsabilidad civil.**

Como podemos verificar, el legislador Europeo considero pertinente establecer reglas específicas de responsabilidades, a los servicios de intermediación en internet. De la misma forma, con algunas diferencias, el legislador español incorporando la directiva, también establece reglas específicas a estos servicios en la red<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Debemos observar la sentencia del Tribunal de Apelación de Alemania, de 29 de abril de 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder*, en que una pintora alemana demandó a Google por haber reproducido sus obras en forma de miniaturas en el buscador. La corte confirma que las reproducciones en miniatura de las obras de la demandante afectaban el derecho exclusivo de la pintora. Además afirma que hubo un atentado al derecho de puesta a disposición de la autora. Según la corte, Google no podrá beneficiarse de ninguna excepción al derecho de exclusiva de autor. No obstante la corte advierte que aunque los actos realizados por Google afectan el derecho exclusivo de autor y no existe excepción aplicable, Google no podría ser condenado por entender que la demandante había consentido implícitamente la indexación de sus obras por el buscador. Que la pintora había puesto sus obras en línea (sin términos de uso), y no había utilizado ningún medio técnico para bloquear el acceso a los motores de búsqueda. Debemos observar que este argumento no podrá ser aplicable en los casos de que las obras estén en línea sin el consentimiento del autor.

<sup>366</sup> La Directiva sobre el Comercio Electrónico, 2000/31/CE, *op. cit.*, en la Sección 4ª del Capítulo II emplea como rúbrica de Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y regula bajo este régimen de responsabilidad las actividades de transmisión de datos y provisión de acceso (artículo 12), el almacenamiento automático y provisional de datos (artículo 13) y el alojamiento de datos (artículo 14). La justificación para dicho régimen especial de responsabilidades de estos servicios de intermediación, podemos encontrar en lo considerando 42 que afirma: “*Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.*” En el considerando 43, que afirma: “*Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas,*

Está claro que tanto el legislador europeo, cuanto el español, por algún motivo, resolvió, que las reglas preexistentes no eran suficientes para regular el servicio de intermediación en internet. Estableciendo un régimen específicos para ellos<sup>367</sup>.

Los prestadores de servicios (proveedores) pueden desarrollar distintas actividades en internet, entre otros servicios, pueden intermediar una información, servir de soporte para esta información, y por otro lado, pueden provisionar la información, es decir, crearla. Para algunos autores los servicios de intermediación en internet representan un de las piezas esenciales para el funcionamiento de la red, no solo porque

---

*que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma*". Y también por fin podemos encontrar en el considerando 44 de la misma directiva: "Un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte (mere conduit) o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (caching) y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades." En suma, este régimen especial de responsabilidad, o mejor, de exclusión de responsabilidad, se debe por entender el legislador europeo que estos servicios de intermediación tienen una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva. En el mismo sentido se pronuncia el Comité Económico y Social en su *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva* (DOCE C 169, de 16 de junio de 1999, pp. 38), en el que insiste en limitar el régimen de irresponsabilidad, condicionado a las actividades de "intermediario" pues entiende que la responsabilidad debe recaer en quien ha actuado y ha creado la información dañosa. Véase también PEGUERA POCH, Miquel, "Mensajes y Mensajeros en Internet: La responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios", *UOC*, 2001, pp. 03-04, en

<http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>, (consultado en 05 de abril de 2012). Acertadamente afirma el autor que unos mensajes ilícitos, que causen un daño, hayan circulado por la red, con la intervención de un intermediario, no implica que este deba ser responsable de los mensajes. Siempre claro, que la actuación del intermediario se haya limitado a la realización de operaciones puramente técnicas, pasivas y automáticas, a demás deberemos observar determinados deberes de diligencia. En este sentido la directiva establece que quedará exento de responsabilidad. Sin embargo, lo que encontramos en la LSSICE es que la misma no distingue las diversas categorías de los servicios prestados por intermediarios en la red. Establece como regla general que los prestadores de servicios de la información quedan sujetos a responsabilidades civil, penal y administrativa, sin perjuicio de que podrán estar sujetos a reglas generales (art. 13.1). A demás establece en su artículo 17, las actividades de provisión de enlaces y dispositivos de búsqueda, que no aparece en la directiva y tampoco en otros ordenamientos jurídicos de países miembros de la Unión, como es el caso de Francia. Para algunos autores estos servicios contemplados en el artículo 17, muchas veces no poseen un servicio de intermediación meramente pasivo o técnico, y por este motivo la Directiva prefirió no incluirlos. En relación a la no contemplación de los enlaces y servicios de búsqueda, véase RUIZ MUÑOZ, Miguel, "Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad...", *op. cit.*, pp. 61-84.

<sup>367</sup> Al respecto véase el considerando 41 de la Directiva, al referirse al régimen de responsabilidad, afirma que su objetivo es un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia. Y también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "La responsabilidad de los proveedores de Información...", en AA.VV., *op. cit.*, pp. 11. Podemos afirmar que el objetivo de las normativas estadounidenses *Communications Decency Act*, de 1996, y *Digital Millennium Copyright Act*, de 1998, son en el mismo sentido. Sobre la cuestión se puede consultar GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, *op. cit.*, pp. 175, 182-183. El autor nos señala que la responsabilidad es materia de máxima importancia, tanto por las potenciales repercusiones económicas, como por encontrar en juego las diversas libertades consagradas por la constitución.

son operadores de esta infraestructura tecnológica, sino que son proveedores de muchos otros servicios en internet. Además nos advierten que estos servicios distan mucho los caracteres instrumentales, neutrales y pasivos que contempla ambas normativas, española y la Directiva europea<sup>368</sup>.

Solamente el prestador de servicios de intermediación que cumple unos determinados requisitos, establecidos en España por la LSSICE, encuentra apoyo legal en las exenciones de responsabilidad que hablaremos más adelante<sup>369</sup>.

Podemos afirmar que ambas normativas, tanto la Directiva europea y la LSSICE española, entienden que los intermediarios tienen una función pasiva, ajena y neutral, al prestar estos servicios, y es por este motivo que se les privilegia con la exención<sup>370</sup>.

Los servicios de intermediación en internet recogidos en los artículos 14 a 16 de la LSSICE, están destinados a asegurar al usuario la accesibilidad en la red, la operatividad. Sus servicios son esenciales para el funcionamiento.

Pero también los servicios de intermediación, además de permitir el acceso del usuario, permite que el este visible<sup>371</sup>.

### **16.5 La responsabilidad solidaria de los periodistas, directores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros por las actividades de los medios informativos y su asimilación con los intermediarios en internet.**

En el artículo 65.2 de la Ley 14/1966 de Prensa e imprenta, podemos encontrar la responsabilidad solidaria de los autores, directores, editores, impresores e

---

<sup>368</sup> Véase RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 29; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 20.

<sup>369</sup> En este mismo sentido véase CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 20.

<sup>370</sup> Para un estudio detallado ver PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 225. Y a demás el Considerando 42 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

<sup>371</sup> Se percibió que estar en la red era muy poco, se buscaba ser visto, buscado, compartir información. En estos términos RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 29. La misma autora en las páginas 31-35, nos explica que tradicionalmente, los intermediarios solventaban los fallos del mercado a través de las siguientes funciones: a) agregación, b) credibilidad, c) facilitación de las relaciones, d) matching.

importadores o distribuidores de impresos extranjeros, por daños producidos en consecuencia de las actividades informativas<sup>372</sup>.

Esta responsabilidad civil solidaria, a estos prestadores de servicios, se justifican por culpa *in eligiendo* e *in vigilando*. La doctrina y jurisprudencia acuerdan que ninguno de los corresponsables es ajeno al contenido de la información que el periódico difunde. Además, de ninguna forma esta corresponsabilidad afecta la libertad de información, por lo contrario, incentiva la información verosímil, y garantiza la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas<sup>373</sup>.

Se planteo en la doctrina, la hipótesis de esta imposición de culpa *in eligiendo* e *in vigilando*, podría considerarse una censura previa, prohibida por el artículo 20 de la constitución. Pero el Tribunal Español ya se manifestó rechazando esta hipótesis<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Vid. Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, artículo 65. 2., nos afirma: “La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.”

<sup>373</sup> Véase en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; y 240/1992 de 21 de diciembre. Debemos observar también GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, op. cit., pp. 179-183. El autor al referirse a la responsabilidad civil subsidiaria o solidaria en los términos de los artículos 120. 2. y 212 del código penal español, nos señala que el artículo 120. 2. establece la responsabilidad civil subsidiaria. Para el autor no cabe duda que una empresa proveedora de servicios en la red que aloja un contenido ilícito, es una empresa de difusión en la medida en que pone a disposición del público el contenido ilícito. A demás el artículo 212 dispone que en los delitos de injuria y calumnia llevados a cabo con publicidad hay que cuestionar se la empresa proveedora puede ser calificada con medio informativo como exige el precepto legal. Para el autor se podría llegar a esta conclusión con base a 3 puntos de apoyo: 1) un medio informativo sería un medio dirigido a la comunicación, a la transmisión de datos de cualquier índole; 2) por el recurso de analogía con el artículo 1202 del código penal. No se sostiene que los sujetos sometidos en una norma, son diferentes en otra; 3) no se puede olvidar que el artículo 212 del código penal, adquiere sentido vinculado con el artículo 211 del mismo código, las calumnias y las injurias hechas con publicidad, es decir, cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

<sup>374</sup> De la misma manera las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990; 172/1990 y 240/1992, op. cit., advierte que el derecho a veto no se identifica con la censura previa prohibida por la Constitución. Véase también el artículo 20. 2. de la Constitución de Española de 1978, que afirma: “El ejercicio de estos derechos (a expresar y difundir libremente los pensamientos, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra, a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión) no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.” La misma culpa *in vigilando*, *in eligiendo*, podemos encontrar en los empresarios respecto a los daños y perjuicios cometidos por sus empleados. La culpa se justifica, puesto que los empresarios tienen una cierta obligación de control y supervisión de sus empleados. Algunos autores señalan que el proveedor de servicios de la sociedad de la información, no tiene, esta culpa *in vigilando*, *in eligiendo*, en cuanto que el destinatario de sus servicios, es libre para fijar el contenido y la utilización de los datos que aloja y trasmite pudiendo en cualquier momento, y de forma instantánea, suprimirlos o modificarlos sin que el prestador de servicios perciba estas modificaciones. A demás advierte que ni

El mismo Tribunal Constitucional nos advierte que este derecho a veto significa una carga, al director, un derecho-deber, pues debe velar para que lo publicado no infrinja los derechos de los demás<sup>375</sup>.

Efectivamente los Tribunales ya razonaron acerca de la responsabilidad solidaria de los periodistas autores y sus directores, etc. Ahora debemos observar una sección existente en un periódico, pero distinta de la anterior.

Con mucha frecuencia, podemos encontrar en los periódicos, diarios, etc., una sección que podemos denominar “cartas de los lectores”. Estas secciones además de estar jurisprudencialmente aceptadas, están también constitucionalmente respaldadas por el derecho a libertad de expresión<sup>376</sup>.

En estas secciones, los medios de comunicaciones estaban libres de responsabilidades, siempre que respeten los derechos previstos en el artículo 18 de la Constitución, y que tengan la diligencia necesaria en la identificación del autor de las cartas. Y si acaso no tenga la diligencia necesaria, la jurisprudencia entiende que el medio de comunicación asume el riesgo, y consecuentemente asume la responsabilidad<sup>377</sup>.

Ahora bien, estas reglas de responsabilidades establecidas para la prensa tradicional, debemos entender que de la misma forma, débanse pasar por analogía para

---

existe control, ni la supervisión, mucho menos relación de dependencia. La regla general del artículo 1902 del Código Civil, no es aplicable para el proveedor de servicios, salvo que se impusiera al prestador la onerosa carga del control exhaustivo. Véase en este sentido RUBÍ PUIG, Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs”, Barcelona, *Revista indret*, 2010, pp. 08. Véase en [www.indret.com](http://www.indret.com), (consultado en 16 de marzo de 2012).

<sup>375</sup> Así lo advertía las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 176/1995, de 11 de diciembre; 187/1999, de 25 de octubre. Y también las sentencias de las audiencias provinciales de Granada (Sección 4ª), de 27 de mayo de 2000 (JUR 2000/268154) y de Madrid (Sección 13ª) de 26 de enero de 2000 (AC2000/847), entre otras. Véase también GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>376</sup> *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 336/1993, de 15 de noviembre (sala 2ª). Aquí debemos observar también que la libertad de expresión siempre deberá respetar los derechos previstos en el artículo 18 de la Constitución, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

<sup>377</sup> *Vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 13 de enero (Sala 2ª) y Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2000 (RJ2000/5303).

la prensa digital, visto que ambos medios de comunicación poseen las mismas funciones.

No obstante, debemos hacer algunas distinciones en los periódicos electrónicos. La primera es que las informaciones contenidas en los periódicos y los resúmenes de prensa, bajo la coordinación de un editor, director, etc., estarán sometidos a la ley de prensa. Pero observamos que cada vez más tienden a unir la información con interactividades, foros, chats, etc., estas últimas actividades ejercidas por los usuarios en internet, nos hace considerar un periódico como proveedor de servicios de la sociedad de la información.

Por lo tanto podemos afirmar que un periódico digital, una vez cumplidos los requisitos exigidos por la LSSICE podrá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad. Siempre que tengan una función neutral, pasiva y que no interfieran en la información alojada en el periódico<sup>378</sup>.

Debemos observar también que la LSSICE, no excluye la aplicación de otras normas en materia de responsabilidad. La Ley de prensa e imprenta es una normativa especial y deberá prevalecer en relación a la LSSICE, que es una ley ordinaria. Además, la Ley de prensa e imprenta tiene un valor añadido, lo que la hace diferente de los demás proveedores de servicios<sup>379</sup>.

No obstante, debemos subrayar que siempre que un medio de comunicación digital, actuase como un mero intermediario de la sociedad de la información y cumpla los requisitos establecidos por la LSSICE, podrá beneficiarse de lo sistema de exclusión de responsabilidad de la normativa.

---

<sup>378</sup> En este sentido véase CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Además observa el autor que las empresas de tecnología como google, yahoo, netcape, etc., tienden a divulgar noticias y benefician se de las reglas de exclusión de responsabilidad. Y también advierte el que los blogs pueden formar parte de un periódico, o que pueden ser mantenidos por los periodistas contratados por el periódico, o por particulares. Podemos encontrar un claro ejemplo en el blog EP3 del periódico El país. Véase en <http://blogs.ep3.es/>, (consultado en 26 de abril de 2012).

<sup>379</sup> De la misma manera debemos observar GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

**17. Los sistemas de exclusión de responsabilidad en la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000) y en la Ley de servicios de la sociedad de la información Española (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).**

La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en internet, como ya hemos dicho, está regulada en España por la LSSICE, y a nivel comunitario por la Directiva sobre el Comercio Electrónico<sup>380</sup>.

Ambas normativas, no abarcan todas las posibilidades de intermediación en internet, establecen que sin perjuicio deberán ser remitidos al régimen general de responsabilidad. Algunos autores nos afirman que, hay una evolución significativa de los modelos empresariales en internet, productos y servicios, tornando una tarea difícil en el estrecho molde legal, establecer un modelo de responsabilidad o su exoneración<sup>381</sup>.

Las nuevas tecnologías, al mismo tiempo que nos proporcionan una evolución cultural, nos facilitan y abaratan la forma de comunicarnos, entre muchas otras características, también desarrollo otro sector con muchos intereses envueltos, la nueva economía de la red. Sabemos que los servicios de intermediación en internet, son de fundamental importancia para el funcionamiento de la red y que en un principio los legisladores, por no entender el funcionamiento, o por aplicar reglas preexistentes

---

<sup>380</sup> Podemos afirmar que en términos comunitarios los primeros instrumentos que hablan de los problemas de la responsabilidad de los intermediarios, sobre los actos ilícitos y nocivos en internet, fue la comunicación de 16 de octubre de 1996, del comité del Parlamento Europeo. Esta comunicación reclama que la principal responsabilidad recaiga en los autores de las informaciones ilícitas. Véase PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 191-193.

<sup>381</sup> Según el artículo 13 de LSSICE, los proveedores intermediarios de servicios de la sociedad de la información estarán sujetos: “(...) a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.” En este sentido véase RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, op. cit., pp. 35; PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 329-330.

(como el caso de aplicar reglas reservadas a los editores), se muestran un poco confusos y contradictorios a la hora de decidir sobre estos nuevos servicios<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup> Podemos observar en diversas jurisprudencias la disparidad de decisiones. En estos términos la decisión de la *Cour d'appel de Paris* de 10 de febrero de 1999, el caso de *E. Lefébure-Hallyday versus Valentin Lacambre*, que consideró que el prestador de servicios de alojamiento excedía manifiestamente su función técnica de transmisión de contenidos. A demás señalamos que el prestador había optado por una política de anonimato que agravó las dificultades de determinar al responsable. Los jueces estimaron que el prestador debía asumir los riesgos de su política, entendiendo que ésta le proporcionaba unos beneficios. Esta aplicación de la teoría del riesgo mereció, en particular, duras críticas. Véase en <http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990225.htm>, (consultado en 23 de marzo de 2012). Además podemos encontrar en el Tribunal de Grande Instance de Nanterre en su decisión de 8 de diciembre de 1999, *Lynda Lacoste versus Multimania et autres*, que consideró que un prestador de servicios de alojamiento de datos tiene una obligación general de prudencia y diligencia que le obliga a emplear medios razonables de información, vigilancia y acción para evitar que sean dañados derechos de terceros. La revisión de la *Cour d'appel de Versailles*, 12ème ch. Section 1, de 8 de junio de 2000, *Multimania versus Lynda Lacoste* determina que no queda suficientemente probada la negligencia o imprudencia del prestador. Así, aun reconociendo la obligación de la empresa apelante de disponer de medios de control y supervisión, no es razonable ni conveniente esperar del prestador una intromisión detallada y sistemática en los contenidos alojados que pondría en peligro la libertad de expresión, y así señala: “*Que bajo estas condiciones, independientemente de las actuales dificultades técnicas para el control de los archivos de imagen, no puede ser criticado, como anfitrión público en general, de su incapacidad para controlar de forma espontánea el contenido del sitio en disputa, que podría, en este caso, que legítimamente se desconoce, ya que no se puede invertir sin riesgo para la libertad de expresión, la comunicación o la creación de una misión que lo llevaría a interferir de forma sistemática en las relaciones jurídicas entre particulares, que se añade como el seguimiento de sitio "Frenchcelebs" (celebridades francesas), cuyo título no expresa necesariamente un contenido ilegal o ilícito, que contiene dos fotos de Lynda Lacoste, total o parcialmente sin ropa (...). No se discute que, inmediatamente después de haber sido notificado de la difusión ilícita de las fotografías de Lynda Lacoste, Producción Multimania ha tomado todas las medidas adecuadas para identificar el editor, para cerrar la cuenta "Frenchcelebs" y evitar la reapertura de un sitio que contenga dichas fotografías* (la traducción es nuestra).” Se puede consultar en <http://www.gitton.net/jurisprudence/r2000-06-08.htm>, (consultado en 23 de marzo de 2012). Véase también en caso de *Stratton Oakmont, Inc. versus Prodigy Services Company*, del Tribunal de New York. En octubre de 1994, un usuario desconocido publicó declaraciones difamatorias en el foro de asuntos comerciales de “*Money Talk*” empresa gestora de un tablón de anuncios electrónico dedicado a la información financiera de *Prodigy*. Las declaraciones indicaban que *Stratton Oakmont, Inc.*, una empresa de Long Island de corretaje de valores, y su presidente, Daniel Porush, habían cometido actos criminales y fraudulentos en relación con la primera oferta pública de Salomón-Page, Ltd. Como resultado, *Stratton* y Porush demandó a *Prodigy* y acusados anónimos en la corte del estado de Nueva York por difamación. Los demandantes alegaron que *Prodigy* debe ser considerado un “editor” de las declaraciones del cartel anónimo. En su argumento de que *Prodigy* era editor de las declaraciones difamatorias, los demandantes señalaron *Prodigy* representaciones había hecho en diversos artículos periodísticos que representa a sí misma como una organización que ejerce el control editorial sobre el contenido de sus servidores. A demás, los demandantes también se refirieron a “las directrices de contenido” de *Prodigy*, un programa de detección de software que filtra el lenguaje ofensivo, y el empleo de los moderadores o “líderes de la junta” que eran los responsables de hacer cumplir las directrices de contenido. En mayo de 1995, en el movimiento de los demandantes de sentencia sumaria parcial, el tribunal sostuvo que estas representaciones y las políticas de la página web eran suficientes para tratar a *Prodigy* como editor. El resultado fue un acuerdo extrajudicial entre las partes. La disposición de medidas de control de los contenidos que fue un criterio determinante para calificar como editor a *Prodigy*, no adquirió especial relevancia en el caso. Consultar en <http://www.citmedialaw.org/threats/stratton-oakmont-v-prodigy>, (consultado en 04 de abril de 2012).

Lo que estaba claro en la red, es que debido las dificultades de identificación del infractor, dado las posibilidades de anonimato, la forma más fácil y solvente para controlar la impunidad, sería la de responsabilizar el intermediario<sup>383</sup>.

O bien para no interferir el desarrollo tecnológico, por presiones económicas de ciertas empresas de tecnología, los legisladores estadounidenses y europeos resuelven establecer “*safe harbors*”, su traducción en español es “puertos seguros”, para estos servicios de intermediación en internet, dejando “libre” de responsabilidades por los actos ilícitos cometido por sus usuarios en la red<sup>384</sup>.

Esta estructura implementada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, intenta responder el problema de diversos conflictos de intereses, que exigía una solución equilibrada. Para muchos autores esta opción legislativa es seriamente criticable, por no resolver el problema y además por mantenerlo atado. Para estos mismos autores, la intención de los legisladores, tanto el europeo como el español, es aliviar la incertidumbres que envolvían los intermediarios en la red, por efectos de una jurisprudencia muchas veces agresiva y constantemente cambiante<sup>385</sup>.

Los puertos seguros, como lo llamamos en España, han traído a los prestadores una seguridad jurídica en relación a los contenidos ajenos depositados en sus servidores

---

<sup>383</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual...*, op. cit., pp. 284-285; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, op. cit., 2010, pp. 36.

<sup>384</sup> Libres de responsabilidades, a través de regímenes de exoneración o limitación de la responsabilidad. De la misma manera PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 329-330. Otra justificación para los *safe harbors* es el peligro que suponía para los proveedores de servicios de hacer frente a todas las acciones de indemnizaciones que podríamos encontrar en internet. Algunos autores nos observan que para los proveedores de servicios en internet sería una carga insufrible, debido la cantidad de informaciones ilícitas que circulan en la red. En este sentido véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, op. cit., pp. 182-183.

<sup>385</sup> Al respecto al tema PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 9-24, y también, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, op. cit., 2010, pp. 41-42. Además esta última autora afirma en relación a los puertos seguros, que la opción de incluir los en la normativa estadounidense, es que: “*responde a una aproximación vertical y no horizontal del problema como la abordada por el regulador comunitario. El ámbito de la Digital Millenium Copy Act se restringe a conflictos relacionados con la propiedad intelectual. Los presupuestos de la responsabilidad en el ámbito del copyright no coinciden con los elementos de la responsabilidad en otros ámbitos. Una “transposición” literal del modelo de la DMCA, nacido de una perspectiva vertical, al contexto comunitario, construido sobre una aproximación horizontal, tenía inevitablemente que dar lugar a disfunciones.*”

de servicios. Una seguridad jurídica significativa, en términos de costes económicos a los prestadores de servicios. Pero a su vez, ha dejado los usuarios afectados por sus derechos vulnerados con una sensación de impunidad.

Es importante reafirmar que nos parece claro que la responsabilidad civil en internet es una materia de muchísima relevancia. No solamente por las potenciales repercusiones económicas, sino también por los muchos derechos y libertades envueltos. Derechos y libertades esenciales para una sociedad democrática y con acceso a la información<sup>386</sup>.

### **17.1 Las reglas para la atribución o las condiciones de exoneración de responsabilidad civil.**

Podemos encontrar una serie de condiciones en los artículos 14 a 17 de la LSSICE, que permiten el desarrollo de las actividades de intermediación en internet. La ley prevé la exoneración de responsabilidad a las actividades de transmisión de contenidos, copias temporales, reproducción temporales de datos, almacenado, enlazados y también para los buscadores de información en la red.

Uno de los primeros requisitos para que el proveedor de servicios de la sociedad de la información pueda beneficiarse de la exclusión de responsabilidad, es que los datos hayan sido facilitados por un tercer destinatario, es decir, que los materiales sean ajenos al proveedor<sup>387</sup>.

---

<sup>386</sup> En estos términos GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, op. cit., pp. 175. Véase también SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información...*, op. cit., pp. 25. Para el autor la nueva sociedad de la información requiere las congruencias de las dimensiones tecnológicas, económicas y sociales.

<sup>387</sup> Los servicios prestados a distancia son aquellos que producen efectos sin que las partes estén presentes simultáneamente. Sobre la cuestión SANTAELLA GARCÍA-ROYO, Isabel, “No sujeción a autorización previa”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet...*, op. cit., pp. 134. Para algunos autores estos requisitos delimitan objetivamente la exclusión de responsabilidad. De la misma manera PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 248. Véase también en el mismo sentido el concepto de servicios prestados a distancia del artículo 2 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Efectivamente lo que nos transmite el legislador, es que creó un modelo legal, en que los proveedores o intermediarios, que cumplen en totalidad los requisitos exigidos por este modelo, no tendrán ninguna responsabilidad<sup>388</sup>.

Con base en los considerandos de la Directiva, concluimos que la intención del legislador es beneficiar a través de este modelo legal, los servicios de intermediación técnica, de naturaleza instrumental, pasiva y neutra. Donde a los prestadores de servicios que se ajustan a este modelo, no tendrán ninguna responsabilidad civil<sup>389</sup>.

Algunos autores nos afirman que la solidez de la exclusión de responsabilidad de estos proveedores de servicios de intermediación empieza a resquebrajarse. A demás que la certidumbre del régimen se debilita por las diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudencias fluctuantes<sup>390</sup>.

Cumplidas las condiciones previstas por el precepto legal el intermediario no resultará responsable. Ahora bien, no cumplidas las condiciones, el intermediario responderá por su supuesta responsabilidad de acuerdo con las reglas generales de

---

<sup>388</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual...*, op. cit., pp. 285. El autor afirma que el punto de partida de los legisladores, tanto Europeo, cuanto el Español es la exención de la responsabilidad. Véase también, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, op. cit., 2010, pp. 42-43; PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 245.

<sup>389</sup> Véase en el mismo sentido PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 245-247. El autor afirma que para beneficiarse de la exclusión de la responsabilidad el proveedor no podrá originar el mismo la información, no podrá seleccionar el destinatario de la información y tampoco modificar los datos transmitidos. Además señala que estos requisitos parece una exigencia clara del legislador, que pretende demostrar el carácter pasivo del proveedor. Nos advierte que la actividad de proveedor intermediario deberá ser meramente técnica. Sobre la materia también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servicios...*, op. cit., pp. 50. El autor señala que no hay dudas que el prestador de servicios no podrá beneficiarse de la exclusión cuando es el lo que tiene la iniciativa de la transmisión (por ejemplo, dirige un *spam* a sus usuarios de correo, a instancias del emisor) o que retoque los datos haciéndolos suyos. Véase también el considerando 42 de la Directiva sobre el comercio electrónico que señala que la exclusión de responsabilidad solo se aplican a los caso en que la actividad ejercida por el proveedor de servicio en la sociedad de la información tenga una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva.

<sup>390</sup> Entre otras divergencias, las diversas interpretaciones del conocimiento efectivo, se hay que interpretarse la norma en sentido estricto o amplio. También porque que el legislador europeo decidió no prever la exclusión de responsabilidad a los enlaces y buscadores, dejando para que los estados miembros lo decidieran.

responsabilidad, o bien por las reglas especiales, como por ejemplo, reglas previstas en competencia desleal, o de protección al honor, etc.<sup>391</sup>.

Otra consideración que debemos hacer a la responsabilidad de los intermediarios, es que, no cumplidas las condiciones previstas en la normativa, el intermediario, no será automáticamente responsable por el contenido ilícito, pero si por su actuación negligente. O bien, por su deber de diligencia, o por la identificación del autor, por el control al acceso, o por su demora en la retirada del contenido ilícito, cuando ya tenía conocimiento efectivo, o también por los daños ocasionados al titular de derecho (por ejemplo página copiada en caché)<sup>392</sup>.

Es importante subrayar que tanto la Directiva, cuanto la LSSICE, están establecidas de forma horizontal, es decir, se aplican a todos los tipos de materiales ilícitos encontrados en la red<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> Para algunos autores, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (*Manual de Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss.), desde el punto de vista civil, serán automáticamente responsables se no cumplan los requisitos exigidos para la exclusión de la responsabilidad, prevista en la LSSICE. Opinión por la cual no compartimos, y que también no comparten otros autores como PEGUERA POCH, Miquel, (“Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 03 y 04), que advierte: “la directiva de comercio electrónico no establece propiamente una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Lo que hace simplemente es fijar a favor de tales prestadores unos ámbitos concretos de exención de la responsabilidad”.

<sup>392</sup> En este sentido, debemos observar la sentencia núm. 72/2011, Sala de Civil, de 10 de febrero de 2011, del Tribunal Supremo, pp. 32, que en su fundamento de derecho cuarto al afirma que: “Además el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos”. Para el autor RUBÍ PUIG, Antoni, (“Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs, Barcelona”, *Revista indret*, 2010, pp. 16-17), el grado de diligencia dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero se podría establecer unos mínimos que ofrezcan como mínimo una aproximación a un régimen de notificación deseable. Una comunicación de un afectado con la razonable correcta identificación del contenido lesivo, podría calificarse de diligente siempre que constara por escrito y contuviera elementos como una firma o firma electrónica y datos de contacto del perjudicado o persona autorizada a actuar en nombre de aquel, también la identificación completa de la persona cuyo honor se ha afectado y cuáles son las informaciones que se solicita la retirada. De la misma manera RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, 2010, pp. 43.

<sup>393</sup> Diferentemente de la *Digital Millennium Copyright Act* estadounidense, de 28 de Octubre de 1998, que posee una aproximación vertical, es decir la normativa estadounidense sólo exime a los proveedores responsabilidad por las infracciones de propiedad intelectual, ya la Directiva Europea exime de responsabilidad por infracciones de cualquier tipo. Véase en XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...”, *op. cit.*, pp. 2. En estos términos véase

## **17.2 La exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de transmisión, alojamiento o almacenamiento de datos, copia temporal, enlaces a contenidos e instrumentos de búsquedas.**

Ambas normativas, tanto la Directiva europea sobre el comercio electrónico, como la LSSICE, con el objetivo de fomentar la utilización de las nuevas tecnologías y el comercio electrónico, establecen reglas de exclusión de responsabilidad para algunos servicios prestados en la red. Ahora bien, el artículo 13 de la LSSICE establece que los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE, estarán sometidos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico<sup>394</sup>.

Además el mismo precepto nos advierte que para determinar la responsabilidad de los intermediarios, o prestadores de servicios, deberán seguir lo establecidos en sus siguientes artículos.

En el artículo 14 de la LSSICE, o artículo 12 de la Directiva, podemos encontrar los servicios de transmisión. Ambos preceptos excluyen la responsabilidad por la información transmitida por los intermediarios que presten el servicio de transmitir en la red datos facilitados por el destinatario del servicio o simplemente que facilitan el acceso a ésta. No obstante ambos preceptos nos advierten, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos. Con la excepción de manipulaciones de naturaleza técnica, necesarias para transmitir la información. Es decir, los servicios de transmisión que hayan originado la transmisión, modificado la información que produce el daño, o

---

también JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios...”, *op. cit.*, pp. 04. No obstante debemos observar que a los servicios mixtos, es decir que contengan una parte en línea y otra fuera de línea, se aplicaran a cada parte distintos regímenes jurídicos. En este sentido véase LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de Julio)”, en MATEU DE ROS, Rafael, LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica (Coord.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 25 y ss.

<sup>394</sup> Para CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, (en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.), la interpretación del artículo 13. 1. se concluí que las reglas generales de responsabilidad civil se aplican a los proveedores de servicios de la sociedad de la información, desde que no perjudique lo dispuesto en la LSSICE. A demás que en el artículo 13. 2., se puede concluir que solamente los intermediarios que excedan el “mero ejercicio” de actividades de intermediación, serán de aplicación otras reglas de Responsabilidad Civil.

seleccione el destinatario, no podrán beneficiarse de las reglas de exclusión de responsabilidad<sup>395</sup>.

En el artículo 15 de la LSSICE, o el artículo 13 de la Directiva, establecen reglas para los servicios de copias temporales, o como efectivamente conocemos, la función caché. De la misma forma ambos legisladores excluyen de responsabilidad a los intermediarios que realicen estos servicios con una única finalidad, hacer la transmisión más eficaz. Ambos legisladores observan igualmente en los servicios de transmisión, que los intermediarios no puedan modificar la información. Además señalan que no serán responsables, a menos que tengan conocimiento efectivo, ya sea que la información haya sido eliminada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que el acceso a ella haya sido imposibilitado, o que una autoridad competente haya ordenado dicha eliminación y ellos no cumplan la orden<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Debemos observar que muchas veces en la transmisión de informaciones se producen de forma automática y temporal, copias efímeras de datos en los equipos de los intermediarios en la red que intervienen en la transmisión. Estos intermediarios conforme el artículo 14. 2., se beneficiarían de la exclusión de responsabilidad. Sobre la materia pueden consultarse PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 247 y ss.; CLEMENTE MEORO, Mario E., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003, pp. 88.

<sup>396</sup> Al respecto véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 256. El autor nos menciona que con la memoria caché se puede recuperar rápidamente una información, cuando se necesite. A demás disminuye el tráfico en internet y evita posibles colapsos en la red. Véase también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª, de 17 septiembre 2008, AC\2008\1773 en que un titular de una página web denuncia la violación de sus derechos de propiedad intelectual por parte de Google Spain, SA, quien, por medio de los sistemas de búsqueda, para incorporar una página a sus archivos realiza una copia "caché", sin que tenga la autorización del titular de la página. En concreto, la demandante afirma que Google confecciona con retales de distintas páginas web, logrando que su lista de resultados se presente como propia y obteniendo con ella beneficios publicitarios. La sentencia en primera instancia desestima la demanda al no apreciar una vulneración de los derechos de propiedad intelectual del actor, por entender que el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página web de la demandante, de forma temporal, provisional, y transitoria es conforme a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet. A demás la misma sentencia señala que esta actividad constituye un límite de los derechos de explotación de la obra, de conformidad con el art. 31 TRLPI y también con los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002. En defensa de sus actividades Google señala que realiza un solo tipo de acto de reproducción, temporal y accesoria, de las páginas web que encuentra en Internet y las manifestaciones externas de esa reproducción son esenciales, absolutamente necesarias, para la funcionalidad del buscador. No obstante la sentencia de apelación concluí que no es correcto aplicar la exclusión de responsabilidad contenida el art. 15 de la LSSI, porque el precepto no se refiere a cualquier prestador de un servicio de intermediación, de los contenidos, sino sólo a aquellos que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio. De este modo los servicios prestados por Google no se encajan en los presupuestos legales de art. 15 de la LSSI. Objeta la sentencia el carácter provisional de las copias caché efectuadas por Google, ya que esas copias caché quedan a disposición de los usuarios por un tiempo, de

En el artículo 16 de la LSSICE, o el artículo 14 de la Directiva, encontramos la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y a estos se refieren a los servicios que consisten en albergar datos proporcionados por terceros usuarios de este servicio. Los mismos preceptos señalan que será exento de responsabilidad, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o que la información revelen su carácter ilícito o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o imposibiliten su acceso<sup>397</sup>.

---

manera que es posible encontrar obras que o bien ya han sido modificadas o bien ya no aparecen en los sitios Web en los que estaban originariamente. Con ello no se reconoce una impunidad absoluta para Google a la hora de prestar su servicio caché, de puesta a disposición del público de la información copiada en memoria caché, pues ese servicio ha de ser realizado con unas condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra. Cuyas condiciones coinciden con las previstas en el art. 15 de la LSSI. Después muchas objeciones en aplicar el art. 15 de la LSSI, desestima la demanda contra Google por considerar que este ha preservado las condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición del titular de la obra.

<sup>397</sup> Así lo advertía RUBÍ PUIG, Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 8. El autor afirma que una primera desnaturalización de la norma encuentra su solución en la aplicación de las reglas de responsabilidad civil por hecho ajeno del artículo 1903. 4. del código civil. Estas reglas atribuyen la responsabilidad al principal (proveedores), las consecuencias económicas, derivadas de lo que efectivamente conocen sus dependientes. Una solución a la segunda desnaturalización pasaría por una necesaria delimitación de los deberes de cuidado, tanto de los proveedores, como del usuario perjudicado, en relación con un contenido ilícito determinado, para evitar la creación de un sistema de responsabilidad civil absoluta. Es importante observar que para el autor CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, (“La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 30 y ss.), la mera peligrosidad de la temática y planteamiento de un foro o blog, no equivale al conocimiento efectivo exigido por el artículo 16. Además advierte el autor que el primero informe de la Directiva reconoce el alcance amplio para el supuesto de almacenamiento de datos. Véase en el 1<sup>a</sup> informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 08 de junio de 2000. COM (2003) 702 *find*, Bruselas, 2111.2003, pp. 14, nota 64. Observamos algunas diferencias en los preceptos europeo y español, principalmente que LSSICE prescinde del segundo requisito de la Directiva, la falta de conocimiento indiciario o circunstancial, véase en el artículo 14 de la Directiva que afirma: “1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.” Véase también la ausencia del conocimiento indiciario o circunstancial del artículo 16 de la LSSICE que señala: “1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el

En este sentido debemos observar la sentencia interpuesta por Telecinco contra Youtube. La autora de Telecinco interpone una acción por violación de derecho de propiedad intelectual contra Youtube, defendiendo la difusión de diversas grabaciones audiovisuales de titularidad de la autora por parte de Youtube, violaba sus derechos de autor, y que además le ocasionaba una pérdida económica<sup>398</sup>.

En sus alegaciones, la autora sostiene que Youtube no se limita en servir de intermediario para que sus usuarios difundan contenidos, sino que al contrario, Youtube interviene directa o indirectamente en la creación de los contenidos. Para la autora estos alegatos pueden comprobarse a través de los términos de usos de la página web de Youtube, donde señala que Youtube es licenciataria de los contenidos de sus usuarios.

---

*destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, 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. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.” Véase también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 11. El autor afirma que el mantenimiento de un recurso que permite a un tercero alojar sus contenidos, y hacer pública esta información, constituye un intermediario de un servicio de la sociedad de la información. Ya por el contrario, cuando el proveedor elabora la información, no encaja como intermediarios y sin, el proveedor final. Observa aun que, la decisión última de alojar o no, determinada información, debe ser adoptada por el destinatario del servicio. El mismo autor nos afirma en otro trabajo, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), (*Deberes y responsabilidades de los servicios de acceso y alojamiento...*, *op. cit.*, pp. 29 y ss.), que un servidor de caching o de alojamiento que no retira los materiales ilícitos encontrados en su servidor cuando tiene el deber de hacerlo es civilmente responsable por su contribución instrumental a la producción de los mismos. Además nos afirma que la retirada de los datos o el impedimento al acceso tiene un régimen de doble presentación: 1) presentación en positivo, deberes de colaboración (arts. 8 y 11) y 2) presentación en negativo, exclusiones de responsabilidades, si se retiran los datos o se bloquea el acceso (arts. 15 y 16). Véase en el mismo sentido PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 286-287. Debemos observar también el considerando 46 de la Directiva sobre el comercio electrónico que señala al referirse a los servicios de alojamiento de datos, que la retirada de datos supuestamente ilícitos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos, habrá de llevarse a cabo respetando la libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin por los Estados miembros. Referente a los servicios de alojamiento de datos en un foro, debemos observar la jurisprudencia *Comunitell versus Bandaan.ch*, auto de 30 de octubre de 2006, Recurso núm. 353/2006.*

<sup>398</sup> Vid. la sentencia núm. 289/2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 7, de Telecinco contra Youtube.

Además Telecinco argumenta que Youtube realiza labores editoriales, con un proceso de selección y control de los contenidos que exhibe en su página web.

En los fundamentos jurídicos, la sentencia llega a la conclusión que son los usuarios quienes seleccionan los videos, que marcan y señalan para que Youtube los retire. Que los usuarios identifican los videos a través de parámetros más o menos objetivos. Destaca además que son los mismos quienes toman la decisión sobre el uso de los videos y también quienes tienen la responsabilidad por sus contenidos. Advierte que Youtube procesa el video de forma totalmente automática, y que conforme a la LSSICE no deberá responder por los contenidos almacenados por sus usuarios. Motivo a lo cual se desestima integralmente la demanda interpuesta por Telecinco por entender que Youtube es beneficiario de las reglas de exclusión de responsabilidad de los servicios de almacenamiento de datos, encontradas en el artículo 16 de la LSSICE.

Ante lo expuesto podemos concluir que siempre que un prestador de servicios en internet que simplemente almacena las informaciones ofrecidas por sus usuarios y no posee el conocimiento efectivo de que esta información es ilícita, podrá beneficiarse de las reglas de exclusión de responsabilidad encontradas en las normativas europeas y españolas.

El artículo 17 de la LSSICE, diferentemente de la Directiva sobre el comercio electrónico, establece reglas de exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen el conocimiento, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Además le advierte que esta exención de responsabilidad no ocurrirá en los supuestos en que los prestadores de estos servicios actúen bajo la dirección, autoridad o control de esos contenidos<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Diferentemente de la Directiva porque la misma no establece un régimen de exclusión de responsabilidad a estos servicios. Observamos también que el artículo 17. 1. II de la LSSI, reproduce los mismos criterios que el artículo 16. 1. II de la LSSI, en relación con la existencia del conocimiento efectivo. Sobre la cuestión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad*

La LSSICE establece a estos servicios de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, las mismas reglas de exclusión de responsabilidad de los supuestos de almacenamientos de datos. Siempre claro, que de la misma forma los proveedores de estos servicios, cumplan las formalidades exigidas por la normativa.

Debemos observar, que las mismas reglas de exclusión de responsabilidades, son para grandes proveedores como *google* o *yahoo*, como para cualquier otro sitio web, que enlace un contenido de un usuario tercero<sup>400</sup>.

Finalmente, debemos mencionar que el artículo 15 de la Directiva establece que los estados miembros no podrán imponer un deber de controlar los contenidos de los intermediarios en línea. A pesar de este precepto, el legislador europeo añade un considerando contradictorio a lo mismo.

El considerando 48 establece que los estados miembros pueden imponer a los prestadores de servicios de intermediación un deber de diligencia, con el fin de detectar y prevenir actividades ilícitas. Es decir, un precepto prohíbe el deber de controlar los contenidos, y el considerando determina que los estados miembros puedan exigir un deber de diligencia<sup>401</sup>.

---

*Intelectual...*, *op. cit.*, pp. 286. Redacción según Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. Para GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (*Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, *op. cit.*, pp. 188), al referirse a los enlaces, debe considerarse el caso de quien facilita un enlace desde una página web, a un lugar que se pueda obtener copias, de obras sometidas a derechos de propiedad intelectual, sin realizar la puesta a disposición, no comete ningún acto ilícito, por lo tanto carece de sentido responder civilmente. Algunos autores nos advierte que estas actividades de enlaces y servicios de búsquedas, son lícitos desde que no incurren en el enriquecimiento injusto que pudieran implicar las prácticas de *deep linking* o *framing*, técnicas que pueden suponer un perjuicio económico para el sitio del que provienen los contenidos. Véase en CONDE BUESO, Isabel, DIEZ LÓPEZ, Ibán, “Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet...*, *op. cit.*, pp. 290-291.

<sup>400</sup> Vid. PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, *op. cit.*, pp. 288-291. Para el autor debemos poner en relieve que esta exclusión de responsabilidad, no protegerá frente cualquier responsabilidades derivadas de estos enlaces, pero solamente los enlaces de contenidos ilícitos. A demás advierte el autor que: “Completamente distinto es el supuesto en que el lugar de destino es lícito, y la ilicitud radica en realidad en el propio establecimiento del enlace, como puede ocurrir, por ejemplo, en casos de *deep-linking* o en casos en que mediante técnicas de *framing* se presentan deslealmente como propios los contenidos procedentes de otros sitios web.”

<sup>401</sup> El considerando se refiere a los proveedores de servicios de almacenamiento de datos. Véase comentarios del considerando en JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios...”,

Llegados a este punto, observamos que los preceptos legales reguladores de los servicios de intermediación, y su consecuente responsable por contenidos ilícitos están cargados de incertidumbres, en que los tribunales deberán analizar cada caso en concreto. Los veremos más adelante algunos ejemplos.

### **18. Las principales divergencias para la exclusión de responsabilidad civil, y el problema del conocimiento efectivo previsto en los artículos 16 y 17 de la LSSICE.**

Son numerosos los problemas de interpretaciones relacionadas con la exclusión de las responsabilidades a los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Divergencias tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Las decisiones oscilantes de los tribunales ocasionaran una sensación de descontrol e incertidumbres interpretativas relacionadas con la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet<sup>402</sup>.

Se percibe que la cuestión, no era solamente la resolución de conflictos entre libertades y derechos, y si que habían muchos intereses envueltos en esta nueva sociedad, principalmente intereses relacionados con la nueva economía de la sociedad

---

*op. cit.*, pp. 05. La autora afirma que para entender las implicaciones del dicho considerando debemos hacer un hincapié en las consecuencias de pueden derivar su redacción: “*En primer lugar, nos podríamos preguntar si el deber de diligencia al que alude dicho considerando obligará a los intermediarios a disponer y operar mecanismos de filtro y control. En segundo lugar, cabe preguntarse si la negativa a operar estos mecanismos de filtro y control por un intermediario provocará que éste sea responsable. Y finalmente es especialmente importante la cuestión de si los prestadores de servicios de Internet serán responsables si dejan de detectar y eliminar datos que, según ciertos criterios, quizás de naturaleza técnica (aunque todavía indefinidos), deberían haber sido capaces de identificar. Respecto de esta tercera cuestión, y atendiendo a la letra del Considerando 48, parece probable que una parte agraviada podría argumentar que el fallo de un prestador de servicios en la identificación de material presuntamente ilícito fue debido a un negligente funcionamiento de los mecanismos de filtro y control.*”

<sup>402</sup> Para un estudio detallado ver PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, *op. cit.*, pp. 291. El autor afirma que en principio las jurisprudencias oscilaban y se demostraban con dificultades en analizar las responsabilidades de los proveedores, y comprender su naturaleza. Véase también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 28 y ss.; XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...”, *op. cit.*, pp. 03; RUIZ MUÑOZ, Miguel, “Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet: enlaces y buscadores (a propósito del conflicto judicial francés Louis Vuitton Malletier v. Google)”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 99, 2008, pp. 61-84.

de la información. Lo que podríamos concluir que las diversas normativas estaban manchadas por los lobbies de las grandes empresas de las nuevas tecnologías<sup>403</sup>.

Por presiones de grupos con distintos intereses, los legisladores europeos y españoles crearon los *safe harbors*, como un mecanismo de exclusión de la responsabilidad. Pero ambas normativas parecen no abarcar todos los problemas encontrados con las actividades y servicios prestados en internet, generando dudas relativas a las diversas interpretaciones que podemos encontrar en ambas normativas. Algunas dudas que este trabajo tendremos la oportunidad de analizar de forma detallada<sup>404</sup>.

### **18.1 Los servicios en internet que no representan una actividad económica.**

Podemos observar que no son todos los proveedores de servicios de intermediación en internet, que se beneficiaban de la exclusión de responsabilidad establecidas por las normativas. Hay un pequeño grupo de proveedores, que no pueden beneficiarse de estas reglas de exclusión. Como por ejemplo, los prestadores que intermediaban la información, pero que no tenían un papel pasivo y neutro al prestar estos servicios en internet<sup>405</sup>.

Además de estos prestadores de servicios en internet, hay otro grupo de prestadores de servicios en la red, que de la misma forma no podrían beneficiarse en los supuestos de exclusión de responsabilidad, por no ajustarse al requisito de actividad económica exigido por ambas normativas<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, *op. cit.*, pp. 175.

<sup>404</sup> Véase en XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios...”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

<sup>405</sup> Estos proveedores conformes las normativas, europea y española deberán responder sobre las reglas generales de Responsabilidad Civil. Véase el artículo 13. 1. de la LSSICE, que afirma: “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.*”

<sup>406</sup> Nos referimos por ejemplo, en el supuesto de un usuario que simplemente cría una página web, pero que de ninguna forma obtiene beneficios económicos, no puede ser considerado prestador de unos servicios de la sociedad de la información. En estos términos CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 7-8, afirma: “*La*

En la exposición de los motivos, la LSSICE nos afirma que se acogerá en la ley un concepto amplio de *servicios de la sociedad de la información*, que engloba, entre otros servicios, cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios, siempre que represente una actividad económica para el prestador.

Para la Directiva sobre el comercio electrónico los servicios de la sociedad de la información, son todos los servicios prestados, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Además nos afirma que los prestadores de servicios pueden ser cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información y que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado<sup>407</sup>.

Ahora bien, hay una grande discusión doctrinaria, referente a los servicios que efectivamente no representan una actividad económica. No obstante en el caso de estos supuestos podríamos interpretar “actividad económica” en un sentido amplio, abarcando todo el tipo de remuneración obtenida a través de los servicios prestados en internet. Principalmente los beneficios económicos obtenidos a través de publicidad. De esta forma, estos servicios se cumplieron los requisitos establecidos por las normativas

---

*mera inclusión en unas páginas personales de algún recuadro publicitario (banners) no las convierte en una actividad económica, ni, por lo tanto, son servicios de la sociedad de la información.”* Pero debemos diferenciar, los proveedores que posean publicidades dentro de su página web, y reciben una retribución económica, estos sí, consideramos dentro de los servicios prestados de sociedad de la información. De la misma manera PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet, op. cit.*, pp. 209. El autor nos afirma que la indicación del carácter normalmente remuneratorio, lo que quiere indicar es de que se trata de una actividad económica, no necesitando una remuneración directa del usuario, pudiendo ser a través de ingresos publicitarios. Véase también MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control en Internet, op. cit.*, pp. 125-145. El autor en el mismo sentido señala que para beneficiarse de la exclusión de responsabilidad que prevé la normativa europea y española, basta con que la actividad tenga un carácter comercial o que persiga un fin económico. Véase también SANTAELLA GARCÍA-ROYO, Isabel, “No sujeción a autorización previa”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet... op. cit.*, pp. 134. En este mismo sentido véase LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley...”, en MATEU DE ROS, Rafael, LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica (Coord.), *Derecho de Internet... op. cit.*, pp. 29. Para la autora basta con el servicio constituya una actividad empresarial a una de las partes, y que sea normalmente oneroso.

<sup>407</sup> Debemos observar que el derecho comunitario ya contaba con una definición de estos servicios, establecida por la Directiva de Transparencia 98/34/CE, con la nueva redacción dada por la Directiva 98/48/CE. Con respecto al tema PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet, op. cit.*, pp. 208-209. Debemos observar también el considerando 18 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

europea y española, además cumplidos los requisitos de analogía establecidos en el ordenamiento jurídico español, podrán beneficiarse de las reglas de exclusión de responsabilidad encontradas en la Ley de Servicios de Sociedad de la Información<sup>408</sup>.

## **18.2 La exclusión de responsabilidad de los servicios de enlaces a contenidos e instrumentos de búsqueda en internet.**

Podemos observar que la Directiva sobre el comercio electrónico al establecer un sistema de exclusión de responsabilidad para los proveedores de servicios intermediarios prestados en internet, resolvió dejar de lado a los proveedores de servicios de enlaces y buscadores en internet.

Diferentemente el legislador Español al transponer la Directiva al derecho interno fue más extenso que la Directiva y estableció en lo artículo 17, una sistema de exclusión permitiendo a los proveedores de servicios de enlaces a contenidos y instrumentos de búsqueda, beneficiarse de dicho sistema<sup>409</sup>.

El objetivo de la Directiva sobre el comercio electrónico es la creación de un marco jurídico coherente a escala europea y se caracteriza también por la voluntad armonizar y de eliminar disparidades en la jurisprudencia de los Estados miembros, creando una situación de seguridad que favorezca la confianza de consumidores y empresas.

---

<sup>408</sup> Sobre la materia pueden consultar PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, op. cit., pp. 218, y pp. 293. El autor señala que la doctrina ya se demostró de acuerdo en utilizar por analogía a las reglas del Código Civil, las reglas de exclusión de responsabilidad a servicios de intermediación de carácter gratuito. A demás nos menciona que: “*El fundamento de la exclusión de responsabilidad por los contenidos ajenos se halla en el carácter puramente técnico y pasivo de la función desarrollada, carácter que no se da de modo distinto en función de la naturaleza económica o gratuita del servicio.*”

<sup>409</sup> Según el artículo 17.1 de la LSSICE: “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*” En estos términos PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, op. cit., pp. 205 y ss. El autor afirma que el legislador español además de transcribir los supuestos de exclusión de responsabilidad de la Directiva (mera transmisión, caching, y alojamiento de datos), añade la exclusión de responsabilidad a la provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda.

No obstante el legislador Español fue más amplio que la Directiva. Observamos que un proveedor de servicios de enlaces a contenidos e instrumentos de búsqueda, establecido en España, tendrá mayores beneficios que en otros estados miembros de la Unión Europea, porque podrá beneficiarse del sistema de exclusión de responsabilidad previsto en la normativa Española<sup>410</sup>.

De esta manera por algún motivo el legislador Europeo, resolvió no establecer exclusión de responsabilidad a estos supuestos. Además podemos verificar que en otras ocasiones, ha tenido la oportunidad de hacerlo y no lo hizo<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> Véase algunas otras diferencias encontradas en este mismo sentido, como nos cita la autora XALABARDER PLANTADA, Raquel, (“La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...”, *op. cit.*, pp. 02 y 06), al mencionar que la Directiva en sus artículos 14 y 15, a lo que se refiere es la responsabilidad por daños y perjuicios. Que ambos preceptos distingue implícitamente, entre responsabilidad en general, y la responsabilidad en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios. No obstante sujeta ambas responsabilidades a un diferente nivel de conocimiento. Para la autora la incertidumbre y falta de concreción jurídica de este artículo deja una amplia margen para que los Estados miembros interpreten que tipo de responsabilidad se exige la ausencia de conocimiento. Nos menciona por ejemplo, la ley belga que exige el conocimiento efectivo para las acciones criminales, que ocurrirá cuando la infracción ha sido debida y formalmente notificada al proveedor de servicios. La misma ley belga, exige para las acciones de indemnización cuando la infracción ha sido de alguna manera puesta en conocimiento del prestador de servicios o que las circunstancias hacen que la misma sea aparente (*awareness*). Lo que podemos observar es que para la autora el legislador español estableció que la ausencia de conocimiento efectivo no sólo se exige para eximir al proveedor de servicios de todo tipo de responsabilidad, ya sea civil o criminal, sino que además se le añade un segundo requisito: que la ilicitud haya sido establecida por la autoridad competente y que el proveedor de servicios haya sido debidamente notificado. Debemos observar que la autora haz una otra consideración importante, al comparar que el sistema estadounidense de la *Digital Millenium Copy Act* sólo cubre la exención de la responsabilidad por daños y perjuicios, y que no obstante podemos observar que la Directiva sobre el comercio electrónico exime de cualquier tipo de responsabilidad. Para la autora estas diferencias y posibles interpretaciones contradictorias no favorece el camino hacia la pretendida armonización de la Unión Europea. Al respecto véase JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios de internet...”, *op. cit.*, pp. 04-05.

<sup>411</sup> En estos términos PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, *op. cit.*, pp. 227. El autor señala que el legislador Europeo deja constancia de algunas recomendaciones referente al tema. En particular las recomendaciones del ECLIP (Electronic Commerce Legal Issues Plataform), que de forma específica responsabiliza los intermediarios, cuando teniendo conocimiento efectivo de la actividad infractora no la retira. Pero debemos observar que el artículo 21. 2. de la Directiva establece: “Al examinar la necesidad de adaptar la presente Directiva, el informe analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización, a los procedimientos de “detección y retirada” y a la imputación de responsabilidad tras la retirada del contenido.” No obstante el primero Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) /\* COM/2003/0702 final \*//, no hace ninguna referencia sobre estos servicios. Podemos consultar el informe en,

En nuestra opinión, entendemos que el legislador Europeo no considero que estos proveedores de servicios, tenían una carácter neutral, y pasivo, y que por esto motivo resolvió no incluirlos.

Un ejemplo de la no armonía de los estados miembros, podemos encontrar en la legislación francesa, que de la misma forma que la Directiva, no estableció una regla de exclusión de responsabilidad para los servicios de enlaces de contenidos y sistemas de búsqueda<sup>412</sup>.

### **18.3 El problema del conocimiento efectivo previsto en los artículos 16 y 17 de la LSSICE.**

Podemos afirmar que la primera norma europea que nos menciona la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios en internet fue el *Defamation Act* de 1996. Una norma británica que eximia la responsabilidad por difamación al intermediario que no

---

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:ES:HTML>, (consultado en 26 de abril de 2012). En este mismo sentido véase XALABARDER PLANTADA, Raquel, "La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...", *op. cit.*, pp. 07.

<sup>412</sup> Debemos observar la famosa sentencia Francesa sobre el caso Louis Vuitton Malletier *versus* Google, citado por RUIZ MUÑOZ, Miguel, "Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet...", *op. cit.*, pp. 61-84. En resumen de los hechos la sentencia nos menciona, que google vendía a empresas anunciantes, palabras claves, de manera que, utilizadas como términos de búsqueda por los usuarios de internet, aparecían en el buscador de forma preferente. El problema es que las palabras utilizadas estaban directamente ligadas a la empresa demandante, y colocadas en el buscador, aparecían de forma preferente marcas ajenas de competidores. Para el autor, hay un claro desvío de clientela. La doctrina francesa es consciente de la dificultad de supervisión de los buscadores por la gran cantidad de información, pero nos observa que el coste de la vigilancia será menor que el importe de las condenas pronunciadas. En el caso enjuiciado del Louis Vuitton Malletier v. Google, del Tribunal de Grande Instance de Paris de 4 de febrero de 2005, el buscador no estaba amparado por las reglas nacionales de exclusión de responsabilidad, de la legislación francesa, pero este no fue el principal motivo de su condena. Debemos observar que para el autor: "(...) lo que sucede en el Derecho francés, es que ante la inexistencia de una norma específica nacional de exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de enlaces y de herramientas de búsqueda de información, a diferencia de la DMCA y de nuestro art. 17 de la LSSICE, y ante las "dudas" planteadas en su propia doctrina y jurisprudencia respecto a la posibilidad de dar cabida a estos intermediarios de la sociedad de la información dentro de la figura del (hôte) de materiales ajenos, no parece que le quede otra alternativa que acudir al Derecho europeo y plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE, para que le resuelva la cuestión por referencia al Derecho comunitario, que como venimos diciendo no desarrolla la figura del prestador de enlaces ni del motor de búsqueda, pero sí la del alojador en el art. 14 de la DCE." Pero la principal cuestión que en este momento nos interesa, es que el legislador francés no incluye expresamente a los motores de búsqueda en la categoría de los intermediarios técnicos del art. 6.I.2º LCEN, pero podemos observar que podrían beneficiarse de la exclusión de responsabilidad siempre y cuando que se limiten a desarrollar un papel puramente pasivo y instrumental. El tribunal de apelación lo entendió que el buscador no se limitó a esa tarea de almacenamiento, sino que organizó la redacción de los anuncios y su colocación, puso a disposición de los anunciantes.

ha tenido conocimiento del acto. Y además, que no haya tenido sospechas de la presencia del acto<sup>413</sup>.

Esta normativa británica no se refiere al conocimiento de una forma efectiva, se refiere al conocimiento de una forma más amplia y general. A partir del texto de esta normativa, podríamos entender que el conocimiento pudiera darse de una forma razonable, directa, o partiendo de datos que posibilitan la aprehensión de la realidad.

El conocimiento efectivo es materia de muchas divergencias en la doctrina. Este conocimiento aparece como criterio fundamental para que se determine de un intermediario podrá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad. Por lo tanto, nos parece razonable analizar los supuestos en que el conocimiento efectivo, puede generar dudas de interpretación<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Podemos encontrar esta normativa en, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/31/contents> (consultado en 16 de marzo de 2012). Y también en el caso Británico *Godfrey versus Demon Internet Ltd*, jurisprudencia relaciona con la aplicación del *Defamation Act*. Véase en el mismo sentido PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 176 y pp. 184-185. También debemos observar la Ley Sueca de 1998, sobre la responsabilidad de los BBS (*Bulletin Board System*), que establece un deber de supervisión de contenidos en la medida que pudiera ser exigida. La ley abarca los servicios web, grupos de noticias, etc., pero excluía de su ámbito de aplicación los correos electrónicos. Mencionaba que la supervisión debería analizarse a cada caso en concreto, y se le número de mensajes fuera elevado, debería proporcionar un buzón de quejas. Observa la ley que el proveedor estaba obligado a retirar los mensajes que de modo obvio incurrieran en delitos, o infringiera los derechos de autor.

<sup>414</sup> Para APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, (“El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, *RdNT*, 2003, núm. 2, pp. 87-111), no queda claro si otros medios pueden ser adoptados por los prestadores de servicios o que futuramente los legisladores prevean otros procedimientos. Este autor cree que abarca ambos supuestos. No obstante, nos menciona que le parece dudoso que la mera notificación del usuarios lleve al conocimiento efectivo, salvo se así lo establece el prestador. Véase también CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades de los Servicios...*, *op. cit.*, pp. 41. Para el autor la expresión “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse” no parece aludir a una facultad de apreciación jurisdiccional, sino que una ordenación normativa. El mismo autor en otro trabajo, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, (“La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 28-29), señala que una interpretación más conforme a la directiva no se excluí que se pueda probarse la existencia de conocimiento efectivo de cualquier otra manera. Para el autor debemos tener una interpretación más amplia, abierta de la norma. Para PEGUERA POCH, Miquel, (*La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, *op. cit.*, pp. 297), el supuesto de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse” nos es claro. Para el autor es probable que el legislador se refiera a medios que en el futuro se pueda declarar como expediente que se dan lugar a que se entienda adquirido el conocimiento. El mismo autor en otro trabajo, PEGUERA POCH, Miquel, (“Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 17), afirma: “*Quien señala que la necesidad de interpretar la ley española de conformidad con la directiva, apoya la conclusión de que el artículo 16.1.II debe leerse en un sentido no limitativo, y matiza que debe tenerse presente, sin embargo, que el mero conocimiento material de la presencia de determinados contenidos no significa necesariamente "conocimiento efectivo de la ilicitud", cosa que probablemente solo pueda apreciarse en los casos en que la ilicitud resulte obvia*”. Véase

Efectivamente las dudas que encontramos en la doctrina y jurisprudencias son las relacionadas con los artículos 16 y 17 de la LSSICE. El artículo 16. 1. a), establece que proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos no serán responsables siempre que: *“No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, (...)”*

Ambos preceptos al establecer la exclusión de la responsabilidad, nos advierten que: *“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, 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.”*

Para nosotros, es importante subrayar que en el caso de alojamiento o almacenamientos de datos, el legislador Español simplemente transpone lo establecido pela directiva, pero prescindió de un importante requisito. De que será excluida la responsabilidad, el proveedor que carecer no solo de conocimiento efectivo de la

---

también GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p. Su regulación en la ley 34/2002 y en la Propiedad Intelectual”, *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2004, pp. 97-98. Para el autor es dudoso que la simple notificación fehaciente o una denuncia, pudiera desencadenar un conocimiento efectivo. Pero nos advierte que si así hay que interpretarse, esta notificación debe describir de forma muy detallada la información ilícita. Véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet, op. cit.*, pp. 295. El autor nos advierte que el legislador español, en el caso de alojamiento de datos, prescinde del requisito del conocimiento de hechos o circunstancia que revelan el carácter ilícito de la información. Motivo por lo cual la doctrina y jurisprudencia plantean dudas sobre la compatibilidad de la normativa interna con lo dispuesto en la normativa europea. Debemos observar también que la *Digital Millenium Copy Act*, establece diferentemente de las normativas Europeas y española, que el proveedor de servicios de la sociedad de la información es quien deberá demostrar que no ha tenido el conocimiento de la actividad ilícita.

ilicitud, sino que también de hechos o circunstancias que revelen el carácter ilícito de la misma<sup>415</sup>.

Algunos autores afirman que estos dispositivos no se hallaban en los primeros borradores, y que fueron introducidos por el Anteproyecto de 30 de abril de 2001<sup>416</sup>.

Lo que podemos observar, es que los requisitos de los artículos 16 y 17 de la LSSICE, son imprecisos y susceptibles de muchas interpretaciones y discusiones doctrinales. Un ejemplo de la imprecisión de estos supuestos, ocurre cuando el legislador no precisa quien tiene el deber de notificar el proveedor de la resolución judicial, y si el mismo deberá ser parte del procedimiento<sup>417</sup>.

Otro ejemplo podemos encontrar cuando el legislador determina que se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo, y que se apliquen procedimientos de detección y retirada, que aparece bajo la clausula “sin perjuicio”. Lo que concluimos es que si el proveedor establece estas clausulas y es notificado, el proveedor pasará a tener un conocimiento efectivo.

Y por último, más una vez bajo la clausula de “sin perjuicio”, el supuesto que más discusiones doctrinales y jurisprudenciales de interpretaciones podemos encontrar. El supuesto de “*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”.

Debemos observar que la lectura de los artículos 16 y 17 de la LSSICE, nos ofrece muchas interpretaciones, dos en particular. Una con un carácter limitativo o restrictivo, los supuestos indicados en el artículo. Y otra, que nos permite apreciar un

---

<sup>415</sup> Según el artículo 14. 1. a) la directiva que establece la exclusión de responsabilidad al proveedor de servicios que: “*no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, (...)*”. De la misma manera véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, *op. cit.*, pp. 295 y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 24 y ss. Para este último autor la LSSICE no habla de la ilicitud de la información, deja fuera de “focus”.

<sup>416</sup> Sobre la cuestión PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, *op. cit.*, pp. 296.

<sup>417</sup> Con respecto al tema PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, *op. cit.*, pp. 296-297.

conocimiento efectivo en una forma más amplia y extensa, con un carácter no limitativo, en supuestos distintos de los expresamente mencionados<sup>418</sup>.

Para llegar a alguna conclusión debemos observar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, que pone fin, al recurso de casación de la Asociación de internautas, contra la parte recurrida, Sociedad General de Autores y Editores, SGAE y don Celso, que la doctrina esperaba con grandes expectativas, para aclarar las diversas interpretaciones referente al conocimiento efectivo<sup>419</sup>.

Los hechos son que SGAE y don Celso, representados por sus procuradores, interpusieron una demanda contra la Asociación de Internautas, alegando que esta última, es titular de una página en internet, con nombre de dominio, [www.putasgae.org](http://www.putasgae.org), que atentaba contra el honor de los demandantes.

Además, los demandantes alegan que la demandada, dirige sus comunicaciones a otra página con el nombre de <http://antisgae.internautas.org>, y que esta página también atentaban contra el honor de los demandantes.

---

<sup>418</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet...*, op. cit., pp. 184. El autor señala al referirse a los problemas que podemos plantearnos al interpretar el conocimiento efectivo del contenido ilícito, es que algunos han defendido por la regla del conocimientos acumulativo, que es la suma de conocimiento de todos los auxiliares, dependientes y representantes del los proveedores. Otros, han defendido por el conocimiento fragmentado, que se excluí la responsabilidad al proveedor, cuando quien posea el conocimiento se trate de un auxiliar carente de funciones de decisión o representación. Véanse los demás autores que se limitan a mencionar la interpretación de un conocimiento efectivo de una forma limitativa o no limitativa. Véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, op. cit., pp. 307, y también en estos términos CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), *Deberes y responsabilidades...*, op. cit., pp. 39. este ultimo autor afirma que debemos interpretar “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, entendiendo establecerse en un sentido amplio, equivalente a considerarse. El mismo autor pero en otra obra, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, (“La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., op. cit., pp. 30 y ss.), nos afirma que para un conocimiento efectivo se valorará un conjunto de distintos elementos probatorios disponibles. Debemos observar también la sentencia de la Audiencia provisional de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, que afirma que el conocimiento efectivo debe darse por cualquier medio que sea, y, en concreto, señala que la comunicación por burofax, es un medio para obtener el conocimiento efectivo. Sin embargo, podemos encontrar en la sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2096), una opinión distinta, que considera que un burofax no es un medio suficiente, cuando sus términos son tan vagos, cuando el usuario perjudicado no ha concretado cuáles son las información que considera que son intromisiones ilegítimas en su derecho al honor.

<sup>419</sup> Véase Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2009 de 9 diciembre.

La sentencia de 15 de junio de 2005, del juzgado de 1ª Instancia número 42 de Madrid, confirmada en la apelación por sentencia de 6 de febrero de 2006 de la Sección 19ª de la Audiencia Provisional de Madrid, condena la Asociación de Internautas a eliminar las páginas de su dominio, así como los contenidos, que atentan contra el honor de SGAE y don Celso. Condena a abonar en concepto de indemnización los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima, como también a publicar la sentencia condenatoria en la página de la asociación, etc.

La asociación de internautas recurre en casación al Tribunal Supremo, alegando una infracción a los artículos 18 y 20 de la Constitución española y una infracción del artículo 16 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Debemos observar que la libertad de expresión es un derecho fundamental señalado en el artículo 19º de la Declaración universal de los derechos humanos, de 1948, y consagrado en gran parte de las democracias en el mundo. Su aparición en la Constitución Española está presente en el artículo 19 y 20. Podemos decir que su definición, en una forma simplificada, es la libre difusión de las ideas. Y por este motivo, la libertad de expresión, fue pilar de algunas guerras en el mundo y revoluciones, como la Revolución Francesa<sup>420</sup>.

El artículo 20. 4. de la Constitución Española de 1978, nos afirma que esta libertad de expresión, tiene límites en el respeto a otros derechos reconocidos en el mismo título, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. De la misma forma, es común observar en los tribunales y en la doctrina, estos límites a la Libertad de expresión, en particular cuando esta libertad entra en conflicto con otros valores o derechos. Debemos observar que las limitaciones a la libertad de

---

<sup>420</sup> También podemos encontrar referente a la libertad de expresión en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 19, 2., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo se reconoce la libertad de expresión en el artículo 5º de la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989. Véase también el comentario del autor PEGUERA POCH, Miquel, (*La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, *op. cit.*, pp. 193), que nos afirma referente a la libertad de expresión que debemos observar el principio de la “tazabilidad”, bajo la idea que los individuos son libres para expresar sus ideas, pero también deben ser responsables por sus propios actos.

expresión pueden seguir el "principio de daño" o el "principio de delito", como por ejemplo en el caso del atentado al honor, la pornografía o el "discurso del odio"<sup>421</sup>.

En el caso de nuestra sentencia, la libertad de expresión viene acompañado por manifestaciones injuriosas contra SGAE, por lo que el Tribunal halló que la libertad de expresión ultrapasó el límite de la exteriorización de la crítica, pensamientos, crítica necesaria a una sociedad democrática.

A demás, la decisión del recurso de casación recuerda la Sentencia 204/1997, de 25 de noviembre del Tribunal Constitucional, que nos menciona que *la libertad de expresión no es absoluta*<sup>422</sup>.

Para el Tribunal Supremo el conocimiento efectivo era evidente. Que el uso de la palabra “putasgae”, así como otras expresiones, revelaban el carácter del contenido ilícito, que sin dudas ultrapasaba los límites de la libertad de expresión, constitucionalmente protegida. Y así nos menciona en su fundamento cuarto: *“tal título [putasgae], por su carácter insultante, era un medio adecuado –ex re ipsa- para revelar, junto con las circunstancias concurrentes –en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente-, el tenor injurioso de los datos alojados”*.

---

<sup>421</sup> Para la autora, los intermediarios si encuentran en una situación de encrucijada, en un completo nudo, en que convergen derechos fundamentales, y algunas razones técnicas, libertades y derechos a la personalidad, derechos de propiedad intelectual y sus límites. Además nos afirma que: “(...) sigue requiriendo un intenso esfuerzo de comprensión y de interpretación de las normas, las generales y las especiales.” Vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, 2010, pp. 49.

<sup>422</sup> En este mismo sentido SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp.94. Para el autor estos derechos a la libertad de expresión, como afirmamos, no tiene un carácter absoluto. Los Estados pueden restringir este derecho, pero nos advierte que estas restricciones son objeto de un límite atendiendo a tres criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 1) Restricciones Previstas por ley; 2) Las restricciones deben ser necesarias (una necesidad social imperiosa); 3) Debe perseguir uno de los objetivos legítimos enumerados limitativamente; entre ellos que la protección de la moralidad y de la salud pública son especialmente atinentes para la protección de la dignidad humana y la lucha contra los contenidos nocivos en Internet. En este sentido véase la sentencia *Handyside*, Reino Unido de 1976.

A demás se observo que en ningún momento la Asociación de Internautas, ha tenido una diligencia necesaria, para evitar los contenidos ilícitos publicados en su página.

Debemos mencionar que en proceso en primera instancia, se comprobó que la Asociación de Internautas era el titular de dominio en el registro de la página web putasgae. Pero la misma, intenta inútilmente alegar que el verdadero titular de putasgae, había indicado un nombre falso en el registro de dominio, y que la asociación cuando tuvo conocimiento de ello, pidió que la plataforma rectificara<sup>423</sup>.

De todas formas, la decisión en la sentencia de apelación señala: “(...) *cuanto menos de obliga a articular prueba para destruir esa más presunción de titularidad, prueba que no articula, (...)*”<sup>424</sup>.

La sentencia llega a “*la plena convicción de la responsabilidad de la demandada en la denominación putasgae y en los contenidos a los que la demanda se refiere como atentatorios al honor de los demandantes.*”<sup>425</sup>”

La misma sentencia de apelación parece llegar a la conclusión de que la demandada tenía un conocimiento efectivo de las expresiones difamatorias, y una vez más, que las expresiones por si, califican el carácter atentatorio al honor<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> Vid. la sentencia de 15 de junio de 2005, del Juzgado de 1ª Instancia núm. 42 de Madrid.

<sup>424</sup> Sobre la cuestión el fundamento jurídico 7º de la sentencia de 6 de febrero de 2006 de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

<sup>425</sup> Vid. el fundamento jurídico 7º de la sentencia *supra cit.*

<sup>426</sup> Véase el fundamento jurídico 8º de la sentencia *supra cit.* Debemos observar también la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 420/2008 de 22 de septiembre (*JUR* 2009/107918), que nos afirma que no siempre es necesario una resolución judicial que declare la ilicitud de los contenidos. En el caso de esta sentencia, las manifestaciones y fotografía deberían interpretarse según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto. Deberían también observar los antecedentes históricos y legislativos conforme la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, *atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del CC)*. Nos advierte también la sentencia que en el actual mundo de las telecomunicaciones, *caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, en el que se emplean expresiones tales como “gilipollas”*. La misma sentencia nos menciona que se inserta una fotocomposición con la cabeza cortada del demandado, y que por este motivo se multiplica los perjuicios ocasionados, hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables. Sobre la materia pueden consultar el autor RUBÍ PUIG, Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 16, 13 y 14.

En ningún momento las sentencia de primera instancia y de apelación hacen un análisis de los requisitos de lo artículo 16 de la LSSICE. Motivo por lo cual da doctrina esperaba con grandes expectativas la resolución de este recurso de casación del Tribunal Supremo, y su interpretación de conocimiento efectivo e otros medios de conocimiento.

Efectivamente hay un grado de diligencia, que claro dependerá de las circunstancia de cada caso, pero es posible establecer unos grados mínimos que ofrezcan una aproximación a un régimen de notificación deseable<sup>427</sup>.

Para algunos autores este grado de diligencia o la retirada de los datos o el impedimento al acceso tienen un régimen de doble presentación: 1) presentación en positivo, deberes de colaboración (arts. 8 y 11) y 2) presentación en negativo, exclusiones de responsabilidades, si se retiran los datos o se bloquea el acceso (arts. 15 y 16)<sup>428</sup>.

Lo que observamos es que la demandada no ha tenido ningún grado de diligencia, ni tampoco cuando ha tenido el conocimiento efectivo, procedió la retirada de los materiales ilícitos, cuando tiene el deber de hacerlo. Por lo tanto, es civilmente responsable por su contribución instrumental a la producción del delito.

Efectivamente el Tribunal Supremo decidió teniendo en cuenta la posibilidad de otras formas de acreditar el conocimiento efectivo. Interpretando de una forma no limitativa, amplia y abierta el artículo 16 de la LSSICE<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Debemos observar que algunos proveedores de servicios de la sociedad de la información, ofrecen unos mecanismos voluntarios que pueden facilitar el conocimiento efectivo. En estos términos podemos encontrar en RUBÍ PUIG, Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 15. Además la sentencia de 3 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2010/941), advierte que el proveedor de servicios de la sociedad de la información en el caso de la citada sentencia, había establecido que a los usuarios que consideren lesionados sus derechos, pueden utilizar la opción de enviar reclamaciones al proveedor a la dirección y de la forma establecida en las condiciones generales del contrato. Y que habían también la posibilidad de comunicar los abusos de los derechos vía online.

<sup>428</sup> Así lo advierte CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), *Deberes y responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 34.

<sup>429</sup> Véase la decisión de la referida sentencia del Tribunal Supremo en su fundamento cuarto que nos afirma referente a la interpretación del conocimiento efectivo en un sentido restricto: “*No es conforme a la Directiva - cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios - la interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la*

De la misma forma, para nosotros el precepto debe leerse en sentido no limitativo, en un sentido amplio, abierto de la norma. El legislador deberá valorar un conjunto de distintos elementos probatorios, para comprobar si el proveedor de servicios de intermediación en internet, ha tenido un conocimiento efectivo del acto lesivo<sup>430</sup>.

---

*propuesta por la recurrente –interpretación estricta-, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse" -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel 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." Referente a la misma sentencia, la autora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, ("I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...", *op. cit.*, 2010, pp. 48), nos advierte que mismo que el Tribunal Supremo tenga confirmado las interpretaciones en un sentido más amplio sobre la noción de "conocimiento efectivo", en la práctica aun hay muchas interpretaciones y incertidumbres. Además nos afirma que: "No hay un deber de supervisión previa y general pero, ¿existe entonces un deber de diligencia en la prevención que obligue a los intermediarios a establecer sistemas de detección y retirada? El mero establecimiento de un sistema preventivo de detección de contenidos ilícitos, ¿implica un comportamiento diligente o es preciso que mediante tal sistema el intermediario haya efectivamente identificado el contenido que puede vulnerar derechos de terceros? Conocer la ilicitud no sólo significa tener conocimiento del contenido sino apreciar y valorar afirmativamente su ilicitud, ¿es viable, y conveniente, que un intermediario lo haga en relación con situaciones de ilicitud que no son evidentes o que requieren un análisis profundo de los intereses o derechos en juego? Si el temor de resultar responsables por efecto de una amplia interpretación del conocimiento efectivo empuja a los intermediarios a retirar contenidos simplemente sospechosos demasiado pronto, ¿estamos protegiendo adecuadamente todos los derechos que pueden resultar afectados? ¿Será responsable el intermediario por retirar demasiado pronto o sin contar con pruebas suficientes o ante denuncias poco razonables? ¿Lo será entonces por retirar demasiado tarde o por no hacerlo a pesar de contar con pruebas que a juicio del afectado eran suficientes o ante denuncias razonables?"*

<sup>430</sup> En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "La responsabilidad de los proveedores de Información...", en AA.VV., *op. cit.*, pp. 30-34. También, podemos encontrar la misma interpretación en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 (AC 2010/941), en la que se plantea si los actores sufrieron una intromisión ilegítima en el honor, intimidad y en la propia imagen en el chat existente en la comunidad denominada Chaturanga, dedicada a las partidas y campeonatos de ajedrez. Nos señala la sentencia que el conocimiento efectivo se puede tener por cualquier medio, de una forma amplia. Lo consideró que el demandado tuvo conocimiento efectivo desde que recibió un burofax en el día 21 de febrero de 2005, y que debería borrar inmediatamente las informaciones donde terceros cometían infracciones. En el mismo sentido podemos encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/376933). Debemos observar que no son todas las jurisprudencias que tienen una interpretación no limitativa del artículo 16 de la LSSICE. Podemos observar una distinta interpretación de la norma en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 835, de 20 de diciembre de 2005 (AC 20067233), que razona que el precepto debe interpretarse de forma restrictiva, al no existir una declaración previa del órgano competente, declarando la ilicitud de las informaciones contenidas en la página web. La sentencia declara la exención de responsabilidad de la demandada en el presente supuesto. Advierte que no hay la existencia de la lesión al derecho fundamental al honor del actor. Que el autor podría haber acudido al establecido en el artículo 8 de la LSSICE. Véase en el mismo sentido la sentencia núm. 289/2010 del

Además debemos observar, el grado de diligencia que ha tenido el proveedor de servicios de la sociedad de la información. Los mecanismos de detención y retirada. Es frecuente también, que los proveedores establezcan servicios de reclamación, y que tengan un administrador. Algunas páginas web, de antemano advierten a los usuarios que pueden examinar los contenidos y que tienen la posibilidad de seleccionar y retirar los que puedan ocasionar daños a terceros. Podemos encontrar en el mercado programas que detectan expresiones insultantes, con la posibilidad de que los proveedores averigüen si algún usuario está ocasionando daño a un tercero<sup>431</sup>.

Parece claro que ambas normativas, tanto Europea como Española, lo que pretenden es responsabilizar al autor de la información dañosa. Pero para que esto ocurra deberían fomentar mecanismos de identificación en internet, deberían impedirse mensajes anónimos en la red, por la dificultad que luego supone responsabilizar al autor de estos contenidos lesivos.

#### **18.4 El deber de diligencia, detección y retirada de los proveedores de servicios en internet.**

Hemos visto hasta aquí como los legisladores españoles y europeos establecen regímenes de exclusión de responsabilidad a los proveedores de servicios que intermedian de una forma pasiva y neutral, las informaciones encontradas en la red.

---

Juzgado de lo mercantil, núm. 7, de Telecinco contra Youtube, que señala que la legislación española parece claramente optar por un concepto restrictivo y limitativo del conocimiento efectivo. Que para obtener este conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, un órgano competente deberá determinar. Advierte que una interpretación estricta y ortodoxa de los preceptos legislativos exigiría que la ilicitud hubiera sido declarada un por órgano jurisdiccional, por entender que solamente ellos son los competentes por determinar la ilicitud o no de la información.

<sup>431</sup> Al respecto PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios...*, *op. cit.*, pp. 308. Para el autor cabe plantear se una interpretación cerrada y limitativa de los preceptos 16 y 17 de la LSSICE nos proporciona una mayor seguridad jurídica y que protege en mayor medida la libertad de expresión en internet. Advierte el autor que la exigencia de una declaración de un órgano competente evitara que sea el propio proveedor de servicios quien tenga que juzgar la ilicitud de la información almacenada, y observa que seguramente el proveedor no está preparado. La interpretación restrictiva evitaría también que el proveedor retire cualquier contenido sospechoso, ante el temor de que puédsese considerarlos conocedores de contenido ilícito.

Veamos ahora cuales son los mecanismos adoptados por ambos legisladores cuando el proveedor pasa a tener un conocimiento efectivo de la ilicitud de la información<sup>432</sup>.

El considerando 45 de la directiva señala que las exclusiones de la responsabilidad de los proveedores de servicios en la red no afectan a la posibilidad de establecer acciones de cesación de distintos tipos. Además nos advierte que las acciones de cesación pueden consistir, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

El mismo considerando se reitera en cada uno de los supuestos de exclusión de responsabilidad de la directiva, donde nos afirma que la exclusión de responsabilidad no afectará la posibilidad de un “*tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida*”<sup>433</sup>.

Debemos observar que el proveedor de servicios, para beneficiarse de la exclusión de responsabilidad, deberá cumplir los requisitos objetivos y subjetivos de la directiva, como también podrá hacer frente a una acción de cesación<sup>434</sup>.

Esta acción de cesación, podrá exigir que el proveedor de servicios ponga fin a una infracción, o podrá impedirla. Conforme la directiva deberá ser una orden de un tribunal o de una autoridad administrativa.

---

<sup>432</sup> Sobre la cuestión CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento...*, *op. cit.*, pp. 244 y ss.; PEGUERA POCH, Miguel, “Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 02-12; XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...”, *op. cit.*, pp. 07 y ss.; PEGUERA POCH, Miguel, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)...”, *op. cit.*, pp. 02-10.

<sup>433</sup> Véase en este sentido los artículos 12. 3., 13. 2. y también el 14. 3., inc. primero, de la Directiva sobre el comercio electrónico.

<sup>434</sup> A los requisitos objetivos nos referimos los encontrados conforme la naturaleza de la actividad. A los requisitos subjetivos, nos referimos al conocimiento efectivo de la actividad ilícita, y el deber de diligencia a partir del momento que el proveedor tenga el conocimiento efectivo de la actividad ilícita. Para PEGUERA POCH, Miguel, (“Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 10), al proveedor le exige un “plus de diligencia”, en relación a casos determinados, para poner fin o impedir cierta infracción. Para el autor, no basta con que el proveedor reciba una notificación de un particular, para que despliegue una diligencia adicional, pero un requerimiento privado podría ser suficiente para que el proveedor lleve a cabo las acciones que le exige la directiva para casos en que tenga el conocimiento efectivo de la actividad o información ilícita. Debemos observar que esta diligencia adicional se exigirá en conformidad con los estados miembros.

Al establecer la directiva que el proveedor de servicios podrá impedir la infracción, instituyendo así acciones preventivas a los proveedores. No obstante estas acciones según la directiva deberán ser suficientemente específicas y determinadas. Además deberán nacer de una orden judicial o administrativa. Debemos observar que la directiva también señala que los estados miembros podrán establecer deberes de control previo a casos específicos<sup>435</sup>.

Según la directiva en los servicios de alojamiento de datos en internet, podemos encontrar ciertas obligaciones de supervisión y comunicación para que estos servicios estén exonerados de responsabilidades.

Esta obligación observamos cuando el precepto nos afirma que tan pronto que el proveedor de servicios tenga el conocimiento efectivo de la ilicitud, desarrolle una actividad diligente, retirando los datos o bloqueando el acceso. De esta forma podrá beneficiarse de las reglas de exclusión de responsabilidad<sup>436</sup>.

Aquí una vez más volvemos al problema del conocimiento efectivo, si debemos interpretarlo en sentido amplio o restrictivo. Como hemos dicho anteriormente, en nuestra opinión deberá interpretarse en sentido amplio.

---

<sup>435</sup> De la misma manera PEGUERA POCH, Miguel, “Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 11. El autor señala que las posibles obligaciones de control previo, no podrán ser obligaciones de una forma general en el ordenamiento, sino que deberán nacer de un orden judicial concreta o administrativa al proveedor de servicios. Además que los estados miembros también pueden establecer deberes de control previo, pero siempre en casos específicos. Nos afirma que si la orden dictada no es suficientemente específica y determinada, el proveedor podrá confundirse sobre cuales las informaciones deberá permitir o impedir para evitar la infracción.

<sup>436</sup> En estos términos debemos observar la sentencia núm. 289/2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 7, de Telecinco contra Youtube, en que se desestima la demanda por entender que el sistema de detención, notificación y verificación instalada por la demandada ha resultado eficaz. Advierte la sentencia que en este caso los titulares de derechos perjudicados, pueden solicitar la retirada del contenido ilícito, junto con una explicación justificada de su derecho. Además menciona que en el caso de esta página web (Youtube), la notificación será trasladada para el usuario, que podrá efectuar una contra notificación si así lo aspire. Para la sentencia resultó evidenciada que la demandada prestaba un servicio de intermediación en los términos de la LSSICE, y que no tiene una obligación de controlar los contenidos que los usuarios alojen en su página web, su única obligación es corroborar con los titulares de derechos, una vez identificado un contenido ilícito. Lo que quedó efectivamente demostrada por la demandada por que poseía mecanismos de detección y retirada eficaces.

Para algunos autores la directiva deja una zona gris, entre el conocimiento efectivo, o no de la actividad ilícita, que es el caso del proveedor de servicios que ignora el carácter ilícito de la información almacenada<sup>437</sup>.

Ahora bien, el legislador europeo por considerar una carga excesiva al proveedor de servicios de alojamiento de datos en internet, resolvió no obligarlo a ejercer la obligación de supervisión o vigilancia las informaciones encontradas en su servidor<sup>438</sup>.

Por otra parte en el segundo inciso del mismo precepto de la directiva prevé la posibilidad de los Estados miembros establezcan obligaciones a los proveedores de servicios de la sociedad de la información para que comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes las posibles informaciones ilícitas o las actividades ilícitas llevadas a cabo por usuarios de su servicio o también la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los usuarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> Véase PEGUERA POCH, Miquel, “Mensajes y Mensajeros en Internet...”, *op. cit.*, pp. 11. El autor plantea se esta ignorancia, puede ser precisamente una falta de diligencia, en el sentido de no haber tomado iniciativa para saber se la información almacenada es ilícita o no. En otras palabras, si la directiva establece un deber de diligencia a los estados miembros, una obligación de inspeccionar o examinar las informaciones almacenadas para conocer se son ilícitas o no.

<sup>438</sup> Con respecto al tema el artículo 15. 1. de la Directiva sobre el comercio electrónico, establece una inexistencia de obligación general de supervisión, cuando señala: “*Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.*” Debemos observar también que hay un deber de colaboración prevista en el artículo 11 de LSSICE y no un deber de control y vigilancia de contenidos por parte de los prestadores de servicios. En este sentido véase DEL ROSARIO SANFELIU, Silvia, “Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet...*, *op. cit.*, pp. 231. De la misma manera PEGUERA POCH, Miquel, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 338-341.

<sup>439</sup> Sobre la cuestión XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...”, *op. cit.*, pp. 11. La autora señala que la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual ha avanzado en el sentido de asegurar a los titulares de derechos de propiedad intelectual objeto de infracción la posibilidad de obtener información para identificar y localizar a los supuestos infractores. Véase el artículo 8 de la referida directiva que establece: “*Los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que*

La simple sospecha de la información o actividad ilícita no es suficiente para que se responsabilice el proveedor de servicios de la sociedad de la información. Debemos observar en este sentido que la normativa estadounidense *Digital Milleniun Copy Act*, diferentemente de la Directiva Europea, dispone de un mecanismo de aviso y retirada, que además de aportar prueba referente al conocimiento efectivo, establece la posibilidad de facilitar el cese de la actividad o información ilícita<sup>440</sup>.

Por lo que respecta a las notificaciones o avisos y retiradas, debemos observar el considerando 40 de la Directiva sobre el comercio electrónico, señala que las divergencias entre normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información obstaculiza el correcto funcionamiento del mercado interno, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y puede producir distorsiones de la competencia. Por lo tanto observa que en algunos casos, los intermediarios de servicios en internet, tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales.

El mismo considerando observa que lo dispuesto en la Directiva deberá establecer una plataforma apropiada para obtener mecanismos rápidos y fiables que admitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella. Y aconseja a las partes implicadas, es decir, los usuarios y los intermediarios en internet, que elaboren y negocien tomando como base acuerdos voluntarios mecanismos de avisos y retiradas. Señala que todas las partes implicadas en el suministro de servicios de la sociedad de la información tienen interés en que este tipo de mecanismos de avisos y retiradas se apruebe y se apliquen. Terminado el considerando advierte que lo dispuesto en la Directiva sobre responsabilidad no supondrá una barrera para que las partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva algunos sistemas técnicos de

---

*infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que: c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras; (...)*"

<sup>440</sup> Sobre la materia pueden consultarse XALABARDER PLANTADA, Raquel, "La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet...", *op. cit.*, pp. 06-07.

protección e identificación y de supervisión que permite la tecnología digital dentro de los límites trazados por las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE<sup>441</sup>.

En el mismo sentido encontramos el considerando 48 de la Directiva al referirse a los servicios de alojamiento de datos que señala que los dispuesto en la Directiva no afectara la posibilidad de que los Estados miembros reclamen a los intermediarios de servicios de la sociedad de la información, que apliquen un deber de diligencia, que podríamos esperar de ellos, y que conste en el derecho nacional, para que se detecte y se prevengan actividades ilegales.

Ahora bien, hay que observar que para muchos autores, los proveedores de servicios de la sociedad de la información, que eliminan un material supuestamente ilícito, por consecuencia de una simple notificación del usuario, atentan contra la libertad de expresión, contra de la libre competencia, y también contra el principio constitucionalmente consagrado del debido proceso legal<sup>442</sup>.

Está claro que la Directiva no limita la posibilidad de ejercitar acciones de cesación contra el proveedor de servicios en la sociedad de la información. Sin embargo, el legislador Español al transponer la directiva a la legislación interna, no menciona la posibilidad del ejercicio de esta acción<sup>443</sup>.

Podríamos entender que el legislador español no lo consideró necesario la declaración de esta acción de una forma expresa, por entender que podría deducirse. Pero al no preverla de una forma expresa, ha dejado dudas interpretativas en la doctrina y jurisprudencia, como las que encontramos en la sentencia de 10 de noviembre de

---

<sup>441</sup> Véase la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Y también la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones

<sup>442</sup> De la misma manera JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios de internet...”, *op. cit.*, pp. 07.

<sup>443</sup> Debemos observar que el legislador europeo en el mismo sentido, en el artículo 16. 1. de la Directiva sobre el comercio electrónico fomenta la elaboración de códigos de conducta.

2004, que sorprendentemente deniega la cesación de la actividad, contra un proveedor de servicios en internet<sup>444</sup>.

Observamos que la interpretación de que el legislador español impida el ejercicio de la acción de cesación, es completamente en contra lo que establece la directiva. A demás, hemos visto que las reglas de exclusión de responsabilidad, no generan la responsabilidad de proveedor de servicios de la sociedad de la información, debiendo este ultimo responder por las reglas generales de responsabilidad encontradas en el código civil, es decir, el intermediario de servicios que no cumpla los requisitos previstos por la normativa española y europea, no se beneficiara de las reglas de exclusión de responsabilidad previstas en estas normativas, pero podrá responder de acuerdo con las reglas generales del código civil, que establecen que deberá considerarse la existencia del daño, la relación de causalidad, así como la negligencia de la supuesta responsabilidad<sup>445</sup>.

De todas las formas el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual, que transpone la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información y también la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004,

---

<sup>444</sup> Al respecto véase PEGUERA POCH, Miquel, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)...”, *op. cit.*, pp. 08. Véase también PEGUERA POCH, Miquel, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 348-349. El autor advierte que la exclusión de responsabilidad no impide acciones de cesación como prevé expresamente la Directiva y que el legislador español curiosamente no lo hizo. También puede verse en la sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, Auto de 10 Noviembre de 2004, proc. 14/2004. La sentencia citada en su fundamento de derecho tercero al referirse a la responsabilidades que definen los arts. 14 y ss. de la Ley 34/2002 señala que: “*la exención de responsabilidad que este precepto establece comporta --retomando conceptos anteriormente expuestos-- la consecuencia indirecta de que no resulte legalmente posible atribuir a quienes prestan esa clase de servicios, fuera del deber general de colaboración con las autoridades que establece el art. 11 y al que más adelante haremos referencia, un deber propio y genuino de cesación o de retirada de contenidos aún en el supuesto de conocer el carácter ilícito de los mismos.*” Pero al final advierte que una resolución de aquel Juzgado accediendo a la adopción de la acción de cesación solicitada con base en el art. 11 incurriría en vicio de incongruencia, lejos de invocar la existencia en la demandada del deber de colaboración que dicho precepto establece: “*(...) pretenden imponerle la obligación de cesación como una obligación propia que le incumbiría personalmente, lo que, en vista de lo razonado en los numerales precedentes, no puede sostenerse teniendo en cuenta la ausencia de indicios (o *fumus boni iuris*) en relación con el desempeño por parte de dicha entidad mercantil de alguno de aquellos servicios o prácticas de intermediación susceptibles de hacer surgir ex lege esa clase de obligación personal.*” Véase también la sentencia del STS 773/2009, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009, (RJ 2010, 131).

<sup>445</sup> Referente al tema véase CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento...*, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual, podemos encontrar expresamente en sus artículo 138, 139 y 141, la posibilidad de adoptar medidas de cesación y otras medidas cautelares<sup>446</sup>.

Entendemos que estas medidas de cesación y retirada son fundamentales al buen funcionamiento de internet. Perfilan una mayor seguridad en relación a las nuevas tecnologías, en especial internet. No obstante entendemos que una simple notificación de un usuario de que existan circunstancias sospechosas no es el suficiente para decidir si una actividad es ilícita o que afecta derechos de un tercero<sup>447</sup>.

Debemos observar que en las normativas europea y española es el perjudicado quien deberá demostrar que se ha lesionado su derecho. En cambio, la *Digital Millenium Copy Act*, normativa estadounidense, el *onus* de la prueba recae sobre el

---

<sup>446</sup> Con respecto al tema véase el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, (BOE núm. 97, de 22-04-1996). Podemos observar en el artículo 138, la posibilidad de acciones y medidas cautelares urgentes. El precepto advierte que los titulares de derechos, sin el perjuicio de otras acciones o medidas que le correspondan, podrán solicitar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir una indemnización por los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá exigir la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor. De la misma forma advierte que los titulares de derechos podrán solicitar la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141 de la misma ley. Además nos señala que las medidas de cesación y medidas cautelares podrán solicitarse mismo cuando sean contra algunos intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción. Observa el mismo precepto que sin el 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. Y también que las medidas deberán ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias. Sobre la cuestión también el artículo 139 que establece el cese de la actividad ilícita que podrá comprender, entre otros en la letra a: “*La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162*”. Y también en la letra h del mismo precepto y lo que nos interesa más en este trabajo: “*La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, 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.*” Por último debemos observar el artículo 141 que señala medidas cautelares en caso de infracción en que exista temor de que ésta va a producirse de modo inminente. Advierte que las autoridades judiciales podrán decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en la mencionada ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos. En especial debemos observar el número 6 del mismo precepto, que establece: “*La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*”.

<sup>447</sup> Véase la sentencia núm. 289/2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 7, de Telecinco contra Youtube, que en su fundamento jurídico tercero señala que los únicos competentes para determinar si una actividad es ilícita o no, son los órganos judiciales. En este mismo sentido véase la sentencia de la audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, núm. 95/2010, de 19 de febrero de 2010.

proveedor, que deberá demostrar que no ha tenido el conocimiento efectivo de la actividad ilícita. De esta forma el legislador estadounidense dificulta que el proveedor de servicios se beneficie de las reglas de exclusión de responsabilidad encontrada en la normativa<sup>448</sup>.

Efectivamente el proveedor de servicios al tener el conocimiento efectivo de la existencia de un ilícito debe actuar con prontitud para eliminar o impedir el acceso a información o actividad ilícita. Para esto deberá observar las circunstancias, y la claridad que representa la actividad o información ilícita. La notificación del usuario servirá para que el proveedor pueda verificar la información o actividad y en consecuencia podrá dar la oportunidad al supuesto infractor defenderse. Claro siempre haciendo constar esta posibilidad en los términos de usos de su página web.

A demás a nuestro entender, el proveedor de servicios de la sociedad de la información, deberá facilitar todos los datos para la identificación del supuesto infractor, teniendo en cuenta los derechos a la intimidad personal, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información presentes en las legislaciones patrias<sup>449</sup>.

Sin duda encontramos divergencias en relación a los mecanismos de detección y retirada de informaciones o actividades en internet. Pero no estamos de acuerdo que estos mecanismos amenacen la libertad de expresión, que como hemos visto anteriormente tienen algunos límites marcados por la constitución y las diversas jurisprudencias. Al contrario garantizan el buen funcionamiento de la red, y protegen los

---

<sup>448</sup> Debemos observar el artículo 512. c), 1. de la *Digital Millenium Copy Act* que señala que un proveedor de servicios que reciba una notificación de un titular de derecho de autor afirmando que cierto contenido infringe su derecho de autor, no será responsable si actúa rápidamente bloqueando el acceso al supuesto contenido unido.

<sup>449</sup> Véase referente a la protección de datos y la intimidad, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su capítulo III, que establece el secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, donde advierte que los datos de los usuarios en internet solamente podrán ser fornecidos mediante una orden judicial. De igual manera refleja VILASAU SOLANA, Mónica, VILA MUNTAL, Maria Àngels, “Intimidad y datos personales en Internet”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad...*, op. cit., pp. 152-215.

derechos de los perjudicados, para que la información o actividad ilícita no perdure en el tiempo.

## CAPÍTULO V: LOS RIESGOS Y RETOS A SUPERAR EN LA WEB 2.0 Y EL NUEVO MARCO ECONOMICO DE INTERNET

### 19. Los riesgos de los ataques no aparentes de internet.

Además de los riesgos frecuentes a los usuarios de internet, hay algunos riesgos o ataques en la red que no presentase aparente actualmente, pero que ya son motivo de inquietud en el medio informático. Como podemos encontrar las causas naturales que pueden ocasionar una sobrecarga en la red y hoy figura como una preocupación por la dependencia de la sociedad en las nuevas tecnologías. Un ejemplo de lo sucedido podríamos encontrar en las tormentas de nieve ocurridas en Canadá, Nueva York y Francia, que fueron noticias en los últimos años por la gravedad de la situación<sup>450</sup>.

---

<sup>450</sup> En este sentido SETTEMBRINO, François, Risk Management, los riesgos electrónicos, *Revista Gerencia de Riesgos y Seguros*, Segundo Cuatrimestre, núm. 113, 2012; GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales no Solicitadas, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 3, Navarra, 2005; AA.VV., *Robo de Identidad y Protección de Datos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010; VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal y Sociedad de la Información*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008; DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas*, Comillas, Madrid, 2004; GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006; PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Cyberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; PARDO ALBIACH, Juan, *Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros*, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, *Ciberacoso y Derechos de la Personalidad*, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; SUÁREZ PLIEGO, María, La Directiva 2006/24/CE de Conservación de datos y el artículo 52, apartado 1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales: Opinión del Abogado General, 28 de enero de 2014, *Asociación Profesional Española de Privacidad*, en <http://www.a pep.es/la-directiva-200624ce-de-conservacion-de-datos-y-el-articulo-52-apartado-1-de-la-carta-europea-de-los-derechos-fundamentales-opinion-del-abogado-general/>, (consultado en 10/06/2014); AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014; ALHASSEN, Maytha, Siria y Egipto la barrera del miedo ha caído, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014; RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014; CARDOSO, Gustavo, Movilización Social y Medios Sociales, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014; CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet: El Acoso, *Revista Universidad de Granada*, núm. 1, 2003, Granada, INSS: 1695-324X, en [http://www.acosomoral.org/pdf/Art\\_NUEVA\\_CARA\\_INTERNET\\_ACOSO\\_ETIC@NET\\_2003.pdf](http://www.acosomoral.org/pdf/Art_NUEVA_CARA_INTERNET_ACOSO_ETIC@NET_2003.pdf), (consultado en 02/07/2014); BENITO OSMA, Félix, La Web 2.0 y Las Redes Sociales en la Sociedad y

Otro peligro de igual importancia está en las políticas de los estados autoritarios, que utilizan de este régimen para bloquear las comunicaciones e informaciones que circulan en la red para no fuera vista por sus ciudadanos. Ejemplos de estos tipos de situaciones podemos encontrar en los casos de Egipto, Túnez, China y Brasil, en que los gobiernos pararan la circulación de determinada información que no les interesaba, o por falta de democracia en estos países o por autoritarismo o por el simple motivo que no convenía a estos estados. Algunos bloqueaban las noticias o páginas web totalmente y otros en gran parte, enflaqueciendo las libertades de los ciudadanos. Incluso países que se dicen democracias han utilizados de estas herramientas para su propio beneficio<sup>451</sup>.

Algunos autores advierten que incluso una tormenta magnética de gran intensidad nos traería consecuencias demasiadas dramáticas para la población. Las tecnologías de la información están presentes en todos los sectores de nuestras vidas, y ninguna maquinaria está protegida para este tipo de situación. Además de no tenemos ningún tipo de experiencia pasada para este tipo de situación para tenerlo como ejemplo y saber cómo afrontarlo<sup>452</sup>.

Lo cierto es que cada día estamos más dependientes de las nuevas tecnologías, incluso las nuevas generaciones ya no saben cómo utilizar determinadas herramientas manualmente. No tenemos el control de los riesgos futuros de esta dependencia en la sociedad de la información y aun son inúmeros estos riesgos. Tenemos que educar y advertir la población de los posibles daños futuros e intentar al máximo buscar soluciones para esta amenaza. Todo está en juego, nuestra libertad, intimidad, privacidad y nuestra dependencia por las nuevas tecnologías.

---

en la Empresa: Riesgos, Responsabilidad y seguro, *Revista Española de Seguros*, núm. 153-154, 2013, ISBN: 0034-9488.

<sup>451</sup> Señala SETTEMBRINO, François, *Risk Management...*, *op. cit.*, que el asunto parecía muy sensible para los Estados, dado la posibilidad de contagio que habría que evitar a cualquier precio. Principalmente por las reacciones de los ciudadanos.

<sup>452</sup> De la misma manera véase SETTEMBRINO, François, *Risk Management...*, *op. cit.*, 2012.

## 20. El nuevo marco económico y el cibermarketing.

Las nuevas tecnologías instauraran un nuevo marco económico y abrirán el camino para el desarrollo de nuevas técnicas de comunicación, formas de publicidad y marketing. Son incuestionables las ventajas del cibermarketing y ciberpublicidad frente a los medios tradicionales. Incluso se percibe que cada día más las empresas de diversificados sectores consideran esencial para mantenerse competitivos darse conocer por las nuevas tecnologías<sup>453</sup>.

Diversas son las razones para este aumento significativo del cibermarketing en los tiempos actuales, entre ellas los costes más bajos están en el tope de la lista. Otra de las razones es la posibilidad de llegar con precisión en sus clientes potenciales, a través de un perfil de sus preferencias. Por último y no menos importante es la interactividad que permite internet, donde los usuarios tienen la posibilidad de interactuar con las empresas<sup>454</sup>.

El gran litigado riesgo de esta práctica en la red está en el envío masivo de informaciones comerciales no solicitadas por los usuarios, ocasionando interminables inconvenientes a los mismos, que a todo el tiempo están recibiendo publicidad no deseada al revés de estar recibiendo informaciones consideradas por los ellos importantes y de relevancia. O muchas veces se perdiendo en la mezcla de ambas informaciones, ocasionando una confusión de informaciones<sup>455</sup>.

La preocupación referente a los avances tecnológicos son constantes en los estados, tanto que el consejo de la Unión Europea, en su Resolución de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los Consumidores en la sociedad de la información,

---

<sup>453</sup> De la misma manera encontramos GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales no Solicitadas, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 3, Navarra, 2005, pp. 19.

<sup>454</sup> Para GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales..., *op. cit.*, pp. 21, con internet la empresas de marketing y publicidad pueden programar la información deseada por cada cliente. Es el usuario que elige la información y espera que se adecuen a sus intereses. La publicidad en internet esta direccionada a un cliente potencial y se multiplican y amplían las posibilidades de contacto directo con el fabricante y en la publicidad tradicional los consumidores mantienen un actitud pasiva.

<sup>455</sup> En el mismo sentido advierte GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales..., *op. cit.*, pp. 25, sobre el riesgo del envío masivo de informaciones.

señala que internet puede traer innúmeras ventajas a los consumidores, sin embargo no deja de dar lugar a nuevos contextos en que los usuarios o consumidores no están familiarizados o muchas veces no estén de acuerdo y que a la vez pueden poner en riesgo sus intereses<sup>456</sup>.

---

<sup>456</sup> Vid. GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales..., *op. cit.*, pp. 28. Veamos también la constitucionalización comunitaria de la protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1.992 (Tratado de Maastricht). Debemos observar el art. 129, A, del tratado, en que posteriormente fue reformado por el Tratado de Ámsterdam (art. 153 TCE) señala que la Comunidad contribuirá al alcance de un alto nivel de protección a los consumidores mediante medidas que adopte y acciones efectivas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados Miembros en la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como garantizarles una información adecuada. Cada estado miembro deberá adoptar estas medidas combatibles con el tratado para mayor la protección de los consumidores. Advierte el tratado que: *La actuación normativa no se ha llevado exclusivamente mediante Directivas, también los reglamentos de la Comunidad han afectado, aunque de manera colateral al ámbito de los consumidores, regulando aspectos de las políticas propias comunitarias, como puede ser la política agraria común (PAC)*. Debemos observar también la comisión del Libro Verde sobre la protección del consumidor en la Unión europea de 2 de octubre de 2001. COM (2001) y sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, presentado por de 19 abril de 2002 (COM (2002), en la que se estudian los modelos, dificultades y perspectivas para proceder en un futuro a la elaboración de directrices en la protección del consumidor. Veamos también la Resolución de 2 de diciembre de 2002, COCE 11/2003, de 17 de enero, la Unión ha aprobado la denominada “Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006)”. A nivel Europeo no podemos dejar de mencionar el Reglamento (CE) número 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, en materia de cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores; la Resolución del Consejo de 26 y 27 de Marzo de 2003, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La educación de los consumidores”; la Directiva 2001/101/CE del Parlamento europeo (PE) y el Consejo, de 26 de noviembre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios destinados al consumidor final; la Directiva 2001/83/CE, del PE y el Consejo, de 6 de noviembre, que establece un Código comunitario sobre medicinas para uso humano; la Directiva 2000/31/CE del PE y el Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior; la Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre publicidad engañosa; la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, de protección a los consumidores en materia de contratos a distancia; la Comunicación de la Comisión de las Comunidades europeas al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico social y al Comité de las regiones sobre la iniciativa europeo de comercio electrónico COM (1997); la Resolución del consejo de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DOCE C23 de 28 de enero de 1999); la Decisión núm. 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por el que se establece el marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores; la Directiva 1999/93/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos; la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; y por ultima la Directiva 79/581/CEE, del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios.

Efectivamente para el Consejo de la Unión Europea la transparencia y la calidad de la información, las ofertas, condiciones contractuales, su intimidad y sus datos personales, son algunas de las cuestiones que les preocupa y en que los consumidores están interesados, así como de igual importancia, la confianza y la equivalencia a las transacciones tradicionales. Por este motivo hay una singular preocupación en las injerencias no consentidas en los datos personales de los usuarios de internet, donde estas injerencias pueden ocurrir de diversificadas formas, como mediante las campañas comerciales singularmente agresivas, que generan desconfianzas en la hora de utilizar este medio o recelos a la hora de fornecer cualquier dato personal en internet mismo cuando necesario<sup>457</sup>.

En el reconocimiento del derecho de los usuarios y de los consumidores a nivel europeo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha jugado un papel decisivo. Son inúmeras las decisiones en el sentido de proteger los derechos de los usuarios contra las injerencias no consentidas en la esfera privada de los individuos. Incluso sentencias como del caso Cassis de Dijon, de 20 de febrero de 1979, en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas plantea la necesidad de llevar a cabo la defensa de los consumidores, además de la lealtad de las transacciones comerciales, como no imponer restricciones al libre cambio. Actualmente son numerosos los pronunciamientos del Tribunal en los que recalca la necesidad de adaptar de manera clara e inequívoca los derechos de los usuarios en materia de protección contra las campañas comerciales agresivas, así como la obtención no autorizada de informaciones personales de los usuarios. Todo esto, con el objetivo de una seguridad y credibilidad de la red<sup>458</sup>.

---

<sup>457</sup> En este sentido véase el considerando 6 de la Resolución del Consejo de Europa de 19 de enero de 1999 y la Decisión núm. 283/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999. Así como GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y Comunicaciones Comerciales..., *op. cit.*, pp. 28-30.

<sup>458</sup> Referente al tema véase el principio del caso Dijon en <http://www.icex.es> (consultado en 20/05/2014), en esta página web se puede encontrar un artículo en que explica los cambios que ocasionaran la sentencia del caso, así como partes de la decisión como: “*Todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro, de conformidad con la reglamentación y los procedimientos de fabricación leales y tradicionales de este país, debe ser admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro*”.

Efectivamente muchas de las veces son los propios ciudadanos que sin darse cuenta abren las puertas para los abusos a la privacidad y los datos personales en internet, donde una simple tarjeta de fidelidad ofrecida por las empresas permiten saber mucho más de lo necesario, como por ejemplo nuestros gustos y lo que hacemos<sup>459</sup>.

Pese todo este objetivo en busca de una red confiable, hay una grande preocupación en la dependencia de la sociedad en los sistemas de información. Podemos encontrar innúmeras materias relacionadas con las posibilidades de que un número reducido de personas "expertos en informática" puedan manipular la información encontrada en la red o informaciones de carácter personal disponibles solamente en nuestros ordenadores o fornecidas a prestadores de nuestra entera confianza. O aun que gobiernos autoritarios espíen nuestras informaciones y las interpreten como mejor les conviene. O en definitiva, que nos tornemos tan dependientes de la informática que cualquier fallo en este sistema podríamos estar completamente perdidos y sin saber lo que hacer.

## **21. El problema de la privacidad y las comunicaciones electrónicas.**

Los estados en el recorrer de los años intentan en sus constituciones y normativas asienten una serie de derechos para la protección a la esfera más íntima de las persona, como su dignidad que conlleva al libre desarrollo de la personalidad, o también protejan los derechos inherentes e inviolables de las personas, como la integridad personal, moral y física, que son la base y hacen sentido a los demás derechos<sup>460</sup>.

También esta protección se extiende a los derechos fundamentales del artículo 18, con especial referencia a los derechos personalísimos: el honor, la intimidad, propia

---

<sup>459</sup> De la misma manera SETTEMBRINO, François, Risk Management..., *op. cit.*, 2012.

<sup>460</sup> En este sentido véase MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 88-89. Véase también los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, así como junto a estos derechos están el derecho a vida y la integridad física.

imagen y el secreto de las comunicaciones y el uso de la informática, en que este desvinculado del derecho a la intimidad, ya que las comunicaciones han de estar protegidas independiente de su contenido.

En este sentido, la Unión Europea preocupada con los avances de las nuevas tecnologías y la privacidad de las personas, constituye la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas con el objetivo de armonizar las disposiciones de los Estados Miembros para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial su intimidad en respecto a los datos personales en las comunicaciones electrónicas<sup>461</sup>.

Un dato es la noticia en su origen, sin haber sido sometido a tratamiento ni adecuación. Cuando un dato o conjunto de datos es sometido a tratamiento o adecuación a un fin, se convierte en información. Esta información posee fundamental importancia en la actualidad, dado que la misma contribuye a la difusión de conocimiento y formación de las personas. Los medios de comunicación con su gran capacidad de difusión hacen pensar en unos grandes e influyentes agentes de cambio con mayor riqueza de información y optimizan conocimientos<sup>462</sup>.

La informática como forma de almacenamiento y tratamiento de la información puede convertirse en instrumento de presión y control social. Es la persona titular de los datos que necesita protección, ya que el dato en sí, no necesita protección. Lo que se trata de proteger es la persona del manejo no autorizado de sus datos personales<sup>463</sup>.

Algún autor señala que hay quien piensa que las sanciones para la protección de los datos resulta irrelevante por ser mayor el beneficio obtenido y ni siquiera tiene poder disuasorio. Gran parte de los problemas se solucionaría con el principio del tratamiento leal de los datos, que es una indicación de sentido común, centrado en una transparente

---

<sup>461</sup> De la misma manera véase en DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas*, Comillas, Madrid, 2004, pp. 15.

<sup>462</sup> Véase en DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, op. cit., pp. 18.

<sup>463</sup> De la misma forma señala DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, op. cit., pp. 18.

información al titular de los datos de forma que actúe conforme mejor le convenga en defensa de su intimidad<sup>464</sup>.

Debemos acudir a niveles de seguridad que permiten conocer los riesgos, valorar, aceptar o no ese riesgo y en algunos casos saber cómo solucionar los problemas generados por este riesgo. Se trata de prever la correcta utilización y tratamiento de los datos, desde el punto de vista jurídico, asegurando su correcto tratamiento, su veracidad, exactitud y legalidad<sup>465</sup>.

Por este motivo la LOPD en su artículo 9 establece en la seguridad de los datos el responsable por los mismos deberán adoptar todas las medidas de índole técnica y organizativas que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y que eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizados de terceros, siempre observando el estado de la tecnología, la naturaleza de los datos y los riesgos a que están expuestos. También advierte que no se registrarán estos datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones con respecto a su integridad y seguridad.

Luego como una forma de control la LOPD en su artículo 26 observa que las personas o entidades vengán cuidar de ficheros de datos de carácter personal deberán notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos, informando quien será el responsable, la finalidad, su ubicación, el tipo de datos, las medidas de seguridad indicando los niveles exigibles, las cesiones que prevean realizar, las transferencias a países terceros en su caso, del fichero creado.

De la misma manera podemos observar que se repite las mismas especificaciones en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones la formula de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, op. cit., pp. 21-32. Véase también Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Vigente hasta el 11 de Mayo de 2014), BOE núm. 264 de 04 de Noviembre de 2003.

<sup>465</sup> En estos términos DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, op. cit., pp. 67.

<sup>466</sup> Véase en este sentido el artículo 19 de Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, BOE núm. 304 de 20 de Diciembre de 2003, que señala: Todos los prestadores de servicios de certificación han de formular una declaración de prácticas de certificación en la que detallarán, las

En suma el consentimiento para el tratamiento de los datos hay que ser inequívoco y específico, lo que excluye el tácito y el subtendido, ya que es la garantía fundamental para el tratamiento<sup>467</sup>.

Las guías informatizadas con datos de los usuarios pueden ser un gran problema a la intimidad de los mismos. Por este motivo se hace necesario una delimitación clara de cómo será utilizada. Así como una regulación equilibrada de cómo se deberá tratar estos datos. El gran problema de esta posibilidad en el tratamiento de estos datos accesibles al público, es la confusión con otros datos que no son accesibles, incluso datos que muchas veces son desconocidos por su titular<sup>468</sup>.

Ya hemos observado como la tecnología nos va trayendo avances pero también problemas, y poco a poco las normativas intentan buscar garantías y soluciones para los mismos. Un ejemplo claro está en los correos comerciales, los llamados *Spam* que en un principio llegaban a los usuarios indiscriminadamente y en grandes volumen. Los *Spam* son basados en la filosofía de información comercial al mayor número posible de destinatarios. Fue uno de los temas más controvertidos en la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (LSSI), que

---

obligaciones que se comprometen cumplir relativas a la gestión de los datos de creación y verificación de firma y de los certificados electrónicos, *las condiciones aplicables a la solicitud, expedición, uso, suspensión y extinción de la vigencia de los certificados las medidas de seguridad técnicas y organizativas, los perfiles y los mecanismos de información sobre la vigencia de los certificados y, en su caso la existencia de procedimientos de coordinación con los Registros públicos correspondientes que permitan el intercambio de información de manera inmediata sobre la vigencia de los poderes indicados en los certificados y que deban figurar preceptivamente inscritos en dichos registros*. Esta declaración de prácticas de certificación deberá estar fácilmente disponible al público, de forma gratuita.

<sup>467</sup> En este sentido DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 76. El autor señala que el consentimiento puede ser tácito, pero se dificulta en gran medida y en algunas ocasiones sería casi imposible su realización.

<sup>468</sup> De La misma forma encontramos DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 85-86. Así como el considerando 39 de la Directiva 2002/58/CE sobre la Privacidad, *op. cit.*, que señala la obligación de informar todas las fases a los abonados y que los datos recabados no pueden destinarse a otra finalidad de la recabada. Así como el considerando 38, que advierte que las guías de abonados en internet alcanzan gran difusión y tienen carácter público. Por este motivo que son los abonados que deciden se hacen público o no sus datos personales. Además de ser informados acerca de la finalidad de las guías y de cualquier uso particular que pueda hacerse de las versiones electrónicas. Así como debemos observar el artículo 12 de la misma Directiva relativa a las Guías de abonados, que señala que los Estados miembros velarán por que se informe a los abonados antes de ser incluidos en las guías la finalidad de la misma, impresas o electrónicas, en las que puedan incluirse sus datos personales, así como de cualquier otra posibilidad de uso basada en funciones de en las versiones electrónicas de la guía. Los abonado tendrán la oportunidad de decidir si sus datos personales figuren en las guías, en su caso cuales los datos, cuales finalidades.

impone acertadamente la condición de que haya sido solicitado o autorizado el correo electrónico por el destinatario<sup>469</sup>.

El principal problema se generó por la dificultad de control de estos correos, lo generaría una regulación de ineficacia inexistente y sin lo efectivo cumplimiento, ya que con las nuevas tecnologías y la extraterritorialidad de internet tendría la posibilidad de realizar estas determinadas acciones en países que se permite los spam.

Por este motivo se intentó buscar un equilibrio para el cumplimiento de las normativas y consecuente seguridad a las personas. Lo podemos observar en la redacción de los artículos 21 y 22 de la Ley dos Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico<sup>470</sup>.

Lo que está claro es que las normativas lo que intentan armonizar son los derechos básicos y fundamentales de las personas. Sin embargo, con todos los avances tecnológicos, intereses económicos y particularidades en la conservación de datos en internet algunos de estos derechos aun se quedan expuestos, dejando de lado algunas de las garantías constitucionales de los ciudadanos<sup>471</sup>.

Las transposiciones de las leyes abren un camino para una reflexión sobre el aprovechamiento de las Directivas. Así como abren las posibilidades de redefinir

---

<sup>469</sup> Véase el artículo 21 de La Ley de Servicios de La Sociedad de La Información y Comercio Electrónico, que advierte que *queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas*. Con la excepción de que exista una relación contractual previa, *siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente*. Con la posibilidad del destinatario oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito. En el caso de remisión por correos electrónicos deberá consistir la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho de oposición.

<sup>470</sup> De la misma manera véase DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 92-94. Véase también el Órgano de Control de España, La Agencia España de Protección de Datos, así como los artículo 35 a 49 de la LOPD y artículo 43.1 de la LCE.

<sup>471</sup> Véase la Directiva 97/66/CE artículos 1. Así como la Directiva de la Privacidad y las Comunicaciones electrónicas artículo 1, y Directiva 95/46/CE artículo 1. Además señala DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 107, que no está de un todo claro si ha garantizado una protección adecuada a las libertades y derechos fundamentales, o solamente se creó un marco que pretenda ser un desarrollo teórico de la protección ofrecida.

determinados aspectos para una efectiva protección de los derechos y estructurar una vía para un equilibrio entre los intereses involucrados<sup>472</sup>.

Lo que se debería buscar es un mayor debate y participación de todos los usuarios para poderse valorar y buscar un verdadero sentido y equilibrio de las normas para una convivencia social justa<sup>473</sup>.

## **22. La vulnerabilidad de la protección de datos de carácter personal.**

La conservación, el tratamiento, la cesión de los datos siempre fueran materia de controversia entre la Unión Europea y los estados miembros. Innúmeras fueran las discusiones relativa a esta tema, incluso algunos estados se manifestaran firmemente contra las Directivas relacionadas con la materia, como es el caso de Irlanda y Austria que plantearan cuestiones prejudiciales (asuntos C-293/12 y C-594/12), en consecuencia de la compatibilidad entre las obligaciones de conservación de los datos de carácter personal por parte de los Proveedores de Servicios de Comunicaciones, de la Directiva 2006/24/CE, y las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE.

A nivel español podemos encontrar la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que advierte que cualquier entidad en territorio español, sea de carácter público o privado, que trato con los datos de carácter personal debe cumplir lo establecido por las leyes de protección de datos. Y tendrá por objeto la garantía y protección, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales, especialmente los derechos al honor e intimidad personal y familiar de los individuos<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 108.

<sup>473</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel-Ángel, *La Transposición de la Directiva...*, *op. cit.*, pp. 108.

<sup>474</sup> En este sentido podemos consultar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, *op. cit.*, así como VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal y Sociedad de la Información*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 60.

Los Datos de carácter personal son considerados cualquier información relativa a personas físicas identificadas o identificables. El tratamiento de los datos hace referencia a todas operaciones o procedimientos de carácter automatizado o no, que permite la recorrida, grabación, la guarda, elaboración, modificación, bloqueo, cancelación, cesión, transferencias, es decir, todo lo que implica el vinculo con los datos de las personas identificadas o identificables. El tratamiento de los datos deberá venir acompañado de los principios establecidos en las leyes de cada estado, en el caso de España por la LOPD<sup>475</sup>.

Los datos de carácter personal son destinados en internet con finalidades específicas de sus usuarios. Por lo tanto, no podrán se destinar a actividades incompatibles con aquellas que se destino. No obstante, no se considerará incompatible el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos<sup>476</sup>.

Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de cumplir con su finalidad, no podrán ser conservados por un plazo superior al cual fue destinado. No obstante según el Reglamento de desarrollo de la LOPD, podrán conservarse los datos de carácter personal durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de

---

<sup>475</sup> En estos términos VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, op. cit., pp. 60-62. Así como el artículo 3 de la LOPD. Véase también el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Publicado en BOE núm. 17 de 19 de Enero de 2008, que advierte en su artículo 5. 1. F), que Datos de carácter personal son: *Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*

<sup>476</sup> En este sentido podemos observar el artículo 2. 3 de la LOPD, así como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, BOE de 29 de Junio de 1985; Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, BOE de 11 de Mayo de 1989; Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, BOE núm. 93, de 18 de abril de 1986. Debemos señalar también el artículo 2. 2 que advierte: *El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.*

responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado<sup>477</sup>.

La cesión del tratamiento de los datos de carácter personal solo podrá ocurrir con el previo consentimiento del interesado, de modo expreso inequívoco y preciso, con algunas excepciones encontradas en el Reglamento de desarrollo de la LOPD<sup>478</sup>.

La seguridad de los datos es fundamental en internet. Los riesgos, destrucción accidental o ilícita, pérdida, alteración, difusión o accesos no autorizados o indebidos, que están expuestos los datos de carácter personal pueden derivarse tanto de acción de hombre como de causas naturales, técnicas o física. Por esto motivo tenemos la necesidad de adoptar medidas prácticas eficientes de seguridad para el tratamiento de los datos. Es de fundamental importancia que las normativas vigentes estén de acuerdo con las necesidades relativas a seguridad de los datos. Porque es mediante estas normativas que los responsables por el tratamiento de los datos determinan sus reglas de seguridad<sup>479</sup>.

El responsable del tratamiento de los datos deberá elaborar un documento de seguridad que especificará el ámbito de aplicación de los recursos protegidos; las medidas, normas, procedimiento de actuación y reglas que garanten el nivel de seguridad necesario; las funciones y obligaciones del personal responsable por el tratamiento de los datos; la estructura y descripción de los sistemas de información; procedimientos de notificación, gestión de incidencias; los procedimientos de copia y recuperación; transporte, soporte y procedimiento de destrucción y reutilización de soportes<sup>480</sup>.

---

<sup>477</sup> Vid. VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, op. cit., pp. 64-65. Así como el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Publicado en BOE núm. 17 de 19 de Enero de 2008, en su artículo 9 relativo a la seguridad de los datos.

<sup>478</sup> Véase en Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, op. cit.

<sup>479</sup> De la misma manera VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, op. cit., pp. 77 y ss.

<sup>480</sup> Véase en VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, op. cit., pp. 147-148. Referente al tema podemos encontrar un modelo de documento de seguridad en [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/modelo\\_doc\\_seguridad.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/modelo_doc_seguridad.pdf).

Las medidas de seguridad deberán estar en todo momento actualizadas y revisadas de acuerdo con las tecnologías existentes en el momento. Las informaciones deberán ser claras a los usuarios en el documento de seguridad. En el caso de incidencias el registro deberá constar, el tipo de incidencia; el momento en que se ha producido; la persona que notifica; a quien se le comunica; sus efectos; las medidas efectuadas para corrección de la incidencia<sup>481</sup>.

Como medida preventiva de identificación es común que disponemos gran cantidad de datos personales en internet. Para navegar en la red tenemos que rellenar un formulario con nuestras informaciones personales. Estos datos serán almacenadas en ficheros que deberán conforme criterios de las legislaciones tener el máximo de seguridad en su conservación y almacenamiento. Se deberá garantizar su confidencialidad e integridad, entre otras particularidades encontradas en las normativas de cada estado.

Con mucha cautela los responsables de los ficheros de datos personales deberán verificar el funcionamiento y aplicación de los procedimientos de las copias respaldo de los datos y de su recuperación<sup>482</sup>.

En los casos de infracciones las normativas prevén un régimen sancionador a los responsables, normalmente estableciendo multas. No obstante en España, los autores son muy críticos en el régimen de multas por las infracciones encontrado en la LOPD,

---

<sup>481</sup> Referente al tema véase VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, *op. cit.*, pp. 149.

<sup>482</sup> En el caso de España esta verificación de los datos es a cada seis meses, con un mínimo semanal de copias respaldo. De la misma manera encontramos VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal...*, *op. cit.*, pp. 151, así como debemos observar la LOPD en el capítulo de las infracciones y sanciones que advierte que los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador. Además señala que calificarán como leves, graves o muy graves y enumera cada una de ellas. Por ejemplo, considera una infracción leve el acto de no remitir a la Agencia Española de Protección de Datos las notificaciones previstas en esta Ley o en las disposiciones de desarrollo, o No solicitar la inscripción del fichero en el Registro General de Protección de Datos, o el no cumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado, etc. Considera una infracción grave la creación de ficheros de titularidad pública o la recogida de datos de carácter personal para esta creación, sin autorización de disposición general, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente o el Tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento de las personas envueltas, cuando sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, o la vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal, etc. Y por último considera como infracciones muy graves la recogida de datos en forma engañosa o fraudulenta, o no cesar en el tratamiento ilícito de datos de carácter personal cuando el Director de la Agencia Española de Protección de Datos lo requiere.

señalando que España establece cuantías exageradas en relación a otros países en su entorno<sup>483</sup>.

Las cuantías dependen de las circunstancias de las infracciones, como la naturaleza del derecho afectado, *el carácter continuado de la infracción*, el volumen de los datos, los beneficios obtenidos, el grado de intención, la reincidencia, los daños y perjuicio ocasionados, se la *infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento, no debida a una falta de diligencia exigible al infractor*. a demás de cualquier otra circunstancia relevante<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Vid. VELEIRO, Belén, Protección de Datos de Carácter Personal..., *op. cit.*, pp. 196.

<sup>484</sup> Véase en este sentido El artículo 45. 4. de la LOPD. Así como VELEIRO, Belén, Protección de Datos de Carácter Personal..., *op. cit.*, pp. 196.

En este sentido debemos observar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de enero de 2003, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección novena, relativa al tratamiento de datos personales especialmente protegidos sin las debidas garantías previstas en la Ley. Que desestima el presente recurso contencioso administrativo nº 1542/98, interpuesto por el procurador de los tribunales contra la resolución dictada por la Agencia de Protección de Datos, de fecha 11 de agosto de 1998, y que confirma dicha resolución por ser ajustadas al ordenamiento jurídico. La resolución imputa a la actora haber recabado datos atinentes a la salud de un particular sin su consentimiento expreso, así como, haber mantenido dichos datos en un fichero sin tal consentimiento, conducta doble ésta que era constitutiva, en el criterio del instructor, de la falta muy grave de “recabar y tratar” datos atinentes a la salud sin el consentimiento expreso de su titular, prevista en el art.43.4c) de la LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, vigente hasta el 14 de enero de 2000). En la resolución sancionadora, se elimina la primera parte de la conducta, no obstante se mantiene íntegra la segunda parte de la misma, esto es, haber mantenido dichos datos en un fichero sin consentimiento expreso de su titular una vez entrada en vigor la LORTAD. La autora alega defendiendo la legitimidad de su conducta consistente en el mantenimiento en un fichero de los datos atinentes a la salud de aquella ciudadana. Sin embargo en cuanto al fondo del asunto, tratándose de datos sobre la salud de un particular obtenidos en virtud de una relación contractual de la actora con el mismo, una vez finalizado el contrato, el mantenimiento de dichos datos sin el consentimiento expreso de su titular ya no resultaba amparado por el art.6.2 de la LORTAD, de forma que, ante la ausencia de dicho consentimiento expreso, debieron cancelarse, sin que quepa admitir la argumentación de la actora en el sentido de que el mantenimiento de los datos era necesario para la finalidad con la que habían sido obtenidos por cuanto son necesarios para las labores de prospección técnica y estadística en que la actividad aseguradora consiste, ya que el mantenimiento de tales datos puede, efectivamente, ser necesario para el ejercicio de la actividad aseguradora, pero, en todo caso, se requiere el consentimiento expreso del titular de los mismos. Debemos recordar que el art. 43. 4. c) de la LORTAD, constituye infracción muy grave “...recabar y tratar de forma automatizada los datos referidos en el apartado 3 del art.7 cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente...”. En concreto, la conducta que se

imputaba a la empresa actora en la propuesta de resolución era la de haber “recabado” “y” haber mantenido después “tratado” en un fichero automatizado datos relativos a la salud de un particular sin haber obtenido su consentimiento expreso<sup>485</sup>.

Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de julio de 2002, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Novena, referente a la utilización de datos personales de abonados a servicios telefónicos, autos del recurso contencioso-administrativo número 1284/97. La sentencia señala el artículo 39 de la LORTAD, el cual prevé expresamente la potestad de inspección de la Agencia de Protección de Datos que "podrá inspeccionar los ficheros a que hace referencia la presente Ley recabando cuantas informaciones precise para el cumplimiento de sus cometidos." Así como "podrá solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos accediendo a los locales donde se hallen instalados." El problema surge cuando la recurrente crea un fichero denominado Coditel en que constan datos que contiene nombre, apellidos, dirección, fecha y lugar de nacimiento, sexo, formación y titulaciones, hasta el poder de compra y otros aspectos claves, cubriendo once millones de hogares. Huelga señalar que la inscripción del fichero en el Registro General de Protección de datos no exime de la comisión de toda hipotética infracción mediante su creación o utilización, ni convalida las ulteriores aplicaciones o usos que pueda otorgarse al mismo. La recurrente, tiene por objeto social la actividad publicitaria de todo género, y realiza para una otra entidad la confección y distribución de las guías o repertorios telefónicos. Esta entidad remitía mensualmente a la demandante el denominado "fichero de información de abonados". Manifiesta la recurrente que inicialmente el fichero contenía datos adicionales relativos a los abonados como el nivel de facturación, banco y sucursal de domiciliación de los recibos, que se dejaron de utilizar al entrar en vigor la LOTARD. Este fichero contiene los datos relativos a nombre, apellidos, dirección y teléfono de los abonados, que se

---

<sup>485</sup> Véase la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, (Vigente hasta el 14 de enero de 2000), BOE núm. 262 de 31 de octubre de 1992. La referida sentencia se puede consultar en [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunales\\_superiores/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunales_superiores/index-ides-idphp.php)

publican por esta otra entidad. En base a estos mismos datos del fichero se confecciona el fichero coditel. Éste comprende unos once millones de hogares, y completa los datos con otros obtenidos estadísticamente y de forma probabilística por el cruce con otros ficheros de datos asociados. Otros datos eran deducidos mediante procedimientos aplicados a los datos que ya se poseían; así, el sexo se desprendía del nombre de pila, y del domicilio se infería el tipo de vivienda y el hábitat rural o urbano. El procedimiento de segmentación «se facilitaba a terceras empresas una lista de personas cuyos hogares cumplían teórica y probabilísticamente los criterios de selección especificados, con un conjunto de datos que incluía diversas combinaciones de los necesarios para establecer contacto postal o telefónico». El segundo tratamiento automatizado estaba destinado a corregir los errores de los ficheros, y, el tercero, a enriquecer los ficheros de los clientes de “Coditel” adicionándolos «perfiles sociográficos de hogar, que se asignaban a partir de estadísticas de las secciones censales». Para la recurrente no existen en los ficheros más datos personales que los públicos de nombre, apellidos, domicilio y número de teléfono. el tratamiento y cesión con fines de publicidad y marketing directo, de datos tomados de fuentes accesibles al público, que es lícito conforme a lo prevenido en los artículos 6.2 y 11.2 b) de la LOTARD. No obstante esclarece la sentencia que los datos personales que contienen los ficheros en poder de la recurrente no proceden de fuentes accesibles al público, pues un importante número de ellos sólo son conocidos y suministrados por otra entidad, y el resto proviene del acopio y tratamiento automatizado por distintos sistemas informáticos de datos de variados orígenes, de modo que permiten aplicarlos a personas concretas e identificadas. Por otra parte, con abstracción del hecho de que gran parte de los datos personales que componían el fichero eran suministrados a la recurrente, sin conocimiento de los titulares, por otra entidad, lo que es suficiente para el nacimiento de la conducta infractora, sucede asimismo que otros datos que aparecen en aquél eran averiguados mediante la aplicación de complejos procedimientos informáticos y a través del uso de informaciones a disposición del público en general. Precisamente, la sentencia señala que el riesgo que trata de prevenir el artículo 18.4 de la Constitución y al que obedece la promulgación de la LOTARD, consiste en obtener información relevante de personas concretas mediante la relación coherente de datos en principio inocuos. La exposición de motivos de la Ley, al definir el concepto de privacidad, a cuya tutela se dirige, establece que constituye un conjunto “de facetas de su personalidad que, aislada mente

consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”. En definitiva, para apreciar la naturaleza personal de los datos que figuran en los registros de que disponían es suficiente con examinar los que le eran cedidos por y que resultaban superfluos para la elaboración de las guías telefónicas a que, según se dice, estaban destinados<sup>486</sup>.

Las dos citadas sentencias aun se referían a la LOTARD, anterior a la LOPD, sin embargo la Agencia Española de Protección de Datos, cuyo objetivo general es cuidar por la consecución de la legislación sobre protección de datos y fiscalizar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, ha promovido la elaboración del Reglamento de desarrollo de la LOPD, con la principal característica de conseguir mayor transparencia en su actividad en la sociedad de la información y mejorar la garantía de derecho fundamental de protección de datos de carácter personal<sup>487</sup>.

En la misma línea debemos observar que la Ley 32/2003 establece a los operadores que exploten redes públicas de comunicación electrónicas o presten servicios de comunicación electrónica, deberán garantizar el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal. Así como la Ley

---

<sup>486</sup> La sentencia se puede consultar en [http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentation/sentencias/tribunales\\_superiores/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentation/sentencias/tribunales_superiores/index-ides-idphp.php), (consultado en 01 de julio de 2014).

<sup>487</sup> Véase la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Publicado en BOE núm. 17 de 19 de Enero de 2008. Referente al tema debemos también observar la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995*; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, BOE núm. 264 de 04 de Noviembre de 2003; el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, BOE núm. 102 de 29 de Abril de 2005; la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DOUE núm. 201, de 31 de julio de 2002; modificada por la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, DOUE núm. 105, de 13 de abril de 2006; así como el Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre, por el que se establece la composición y el régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2002.

Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, que entre muchas de las condiciones establecidas a los operadores de las comunicaciones electrónicas está la de garantizar la protección de datos personales y la intimidad de las personas. Podemos observar que ambas normativas poseen un mismo objetivo que es de mantener la seguridad de las redes contra el acceso no autorizado y garantizar la confidencialidad de los mensajes transmitido, así como garantizar el secreto de las comunicaciones<sup>488</sup>.

Los operadores deberán adoptar las medidas técnicas de seguridad necesarias para preservar la explotación de la red o de la prestación de sus servicios y la protección de los datos de carácter personal. En los casos en que surjan ciertos riesgos de seguridad en la prestación de servicios, los operadores deberán alertar los abonados, revelando posibles soluciones y procedimientos<sup>489</sup>.

Los operadores podrán realizar interceptaciones de acuerdo con el dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes. El procedimiento se deberá seguir de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 32/2003. Esta interceptación deberá realizarse preferentemente en salas con acceso restringido a personas autorizadas que asegure la confidencialidad y el secreto de las comunicaciones<sup>490</sup>.

Pese toda esta protección establecida por el estado Español la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, fue objeto de

---

<sup>488</sup> Debemos observar que La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, *op. cit.*, transpone la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, *op. cit.*, modificada por la Directiva 2006/24/CE, *op. cit.*

<sup>489</sup> *Vid.* VELEIRO, Belén, Protección de Datos de Carácter Personal..., *op. cit.*, pp. 287-288.

<sup>490</sup> Em este mismo sentido debemos observar VELEIRO, Belén, Protección de Datos de Carácter Personal..., *op. cit.*, pp. 296-297.

muchas críticas al establecer a los operadores o prestadores de servicios la obligación de retener determinados datos.

En este sentido debemos observar la opinión del Abogado General de España que apreció la Directiva Europea, y manifestó sus inquietudes y las consecuencias de su transposición a los estados y las cuestiones prejudiciales ya planteadas por países como Irlanda y Austria. Como podemos observar la Directiva 2006/24/CE asigna a los proveedores de servicios de la sociedad de la información la obligación de recopilación y conservación de un número considerable de datos generado o tratados en las comunicaciones electrónicas, durante un determinado plazo. La propia Directiva justifica esta obligación en la finalidad de investigación y enjuiciamiento de actividades delictivas graves, y/o garantizar el buen funcionamiento del mercado interior<sup>491</sup>.

Sin embargo advierte el Abogado General que hay cuestiones prejudiciales que se puede plantear en relación a esta determinación, principalmente las relativas a los principios generales garantizados al tratamiento de estos tipos de datos, como es el principio de la proporcionalidad, necesidad y adecuación, así como la compatibilidad con los derechos fundamentales a la protección de datos personales y a la libertad de expresión reconocidos en los artículos 7, 8 y 11 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Para él no se encuentra en la Directiva la observancia y juicio de proporcionalidad con los derechos envueltos, principalmente los relativos a los derechos fundamental a la vida privada de los ciudadanos. Así como hay la ausencia de principios elementales que disciplinen la forma de conservación y acceso a los datos. Incluso hay un excesivo plazo en la conservación de los datos, y que de esta forma suponen una injerencia en el artículo 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, así como en el derecho a la vida privada regulado en el artículo 7 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

---

<sup>491</sup> Referente al tema véase SUÁREZ PLIEGO, María, La Directiva 2006/24/CE de Conservación de datos y el artículo 52, apartado 1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales: Opinión del Abogado General, 28 de enero de 2014, *Asociación Profesional Española de Privacidad*, en <http://www.a pep.es/la-directiva-200624ce-de-conservacion-de-datos-y-el-articulo-52-apartado-1-de-la-carta-europea-de-los-derechos-fundamentales-opinion-del-abogado-general/>, (consultado en 10/06/2014).

El Abogado General denomina dos tipos de datos personales que debemos observar, el primero los datos personales neutrales, que son los datos sencillos, como por ejemplo los que aparecen en un documento de identidad, y el segundo, los datos que se refieren a circunstancias de la vida privada de una persona.

En consecuencia de esta diferenciación se puede observar según el Abogado General, que la Directiva no diferencio los tipo de datos personales que los proveedores de servicios de la sociedad de la información han de tratar, o recopilar y conservar. No observando o diferenciando estos datos personales que serán tratados de forma igualitaria en el sentido más estricto del término, los datos que se refieren a la vida privada en la esfera más íntima, se tornan más expuesto, lo que haz con que la medida sea considerada desproporcional en relación al derecho constitucional a la vida privada de las personas. En efecto, la Directiva también no regulo los principios generales al respecto al acceso a los datos, tratamiento y su explotación, dejando a los estados miembros su regulación. .

Asimismo señala que deberían respetarse unos principios mínimos en respecto a la protección y seguridad de los datos; por ejemplo no establece la obligación de que sean los proveedores de servicios de comunicaciones quienes almacenen los datos, lo que hoy por hoy supone un riesgo potencial elevado esta posibilidad de cesión a terceros a derechos tan fundamentales a las personas como a la protección de los datos de carácter personal.

El abogado general advierte que hay un mínimo de principios que deberían haber sido establecidos por la Directiva, entre ellos cita los principios que deben presidir la definición, establecimiento, aplicación y control del respeto y garantía de los derechos fundamentales<sup>492</sup>.

---

<sup>492</sup> Señala SUÁREZ PLIEGO, María, La Directiva 2006/24/CE..., *op. cit.*, que la Directiva: *olvido de orientar sobre la intensidad de la causa de la injerencia, especificando mejor qué concretas actividades delictivas graves pueden justificar el acceso a los datos;- indicar el modo en que los Estados miembros deben regular la autorización de acceso a los datos conservados, limitando el acceso exclusivamente a las autoridades judiciales, como órgano independiente;- establecer como principio la posibilidad de que los Estados Miembros previesen excepciones al acceso a los datos conservados o incluso requisitos de acceso más estrictos;- determinar las facultades para que los Estados Miembros*

Otra preocupación del Abogado General es en respecto al período de conservación de los datos, ya que la Directiva establece un mínimo de 6 meses y un máximo de 2 años para esta conservación. Señala que este periodo podrá suponer una injerencia a los derechos de los usuarios si se produzca de manera continuada, por lo que habrá siempre que se justificar la medida y determinar si es o no proporcional.

Debido al exagerado tiempo de conservación de los datos la consecuencia de esta actitud es la creación una gigantesca base de datos, tornando los datos personales más vulnerables por un periodo de tiempo mayor<sup>493</sup>.

La grande inquietud del Abogado General reside en el tratamiento de forma general de los datos, no diferenciando los tipos de datos que se conservan, de tal forma que los datos conservados y tratados son los datos que determinan fielmente los gustos y los comportamientos de los usuarios, y que conciernen exclusivamente a su vida privada. Además de la preocupación con cantidad de datos de carácter personal relativos a la vida privada de los usuarios son conservados por un periodo de tiempo excesivo y que puedan ser utilizados para fines ilícitos. Observa que la Directiva permite la posibilidad de la conservación de estos datos por entidades privadas sobre las que recae el cumplimiento de la mayoría de las obligaciones.

Importante sería el establecimiento de principios generales en base a los cuales los Estados Miembros deben regular la obligación de conservación de datos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, además de reducir el plazo de conservación de los datos a un período estrictamente necesario para os fines destinados, al que no ultrapasaría el periodo de un año.

---

*para determinar la obligación de cancelación de los datos una vez transcurrido el plazo de conservación;- derecho de las personas afectadas a ser informadas del acceso a sus datos, una vez excluido el riesgo.*

<sup>493</sup> Señala SUÁREZ PLIEGO, María, La Directiva 2006/24/CE..., *op. cit.*, en respecto a la opinión del Abogado General de España que *la Directiva excluye de su ámbito el contenido de las comunicaciones, pero la recopilación y sobre todo la conservación de los datos en gigantescas bases de datos, crea unas condiciones de vigilancia que, aunque sólo se ejerza en el momento de la explotación, amenaza de forma permanente durante todo su período de conservación el derecho de los ciudadanos europeos al secreto de su vida privada.*

Finalmente concluye que tal y como la Directiva 2006/24/CE establece la obligación de recopilación y conservación de datos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, la misma es incompatible con el artículo 52, apartado 1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, por lo cual la Directiva deberá establecer los principios generales en base a los cuales los Estados Miembros deben regular la obligación de conservación de datos por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, además de que deberá reducir el plazo de conservación de los datos a un período inferior al año.

Sin embargo debemos observar que con los avances de las nuevas tecnologías nada impide que esta retención de los datos personales sea utilizado para fines no deseados o ilícitos, pero como mínimo podrá reducir el tiempo para la práctica de la actividad ilícita<sup>494</sup>.

La normativa se aplica a datos relativos a personas físicas y jurídicas, y los sujetos obligados son los operadores que presten servicios de comunicación electrónica disponible al público o exploten redes públicas de comunicación. El periodo de conservación de los datos es de 12 meses a partir de la fecha de la comunicación.

### **23. Los peligros invisibles para la privacidad en internet.**

A cada día podemos encontrar sistemas y equipos informáticos más modernos con una capacidad mayor de almacenamiento y con una reducción significativa en los costos. Hoy no se hace necesario un poder de adquisición muy alto para la compra de un equipo informático ni tampoco conocimientos específicos o avanzados. Cada vez más los sistemas operativos y los programas están más simples de forma que cualquier persona sin conocimiento en informática podrá utilizar se popularizando la información e internet. Con todos estos avances y estas reducciones de los costes para la adquisición,

---

<sup>494</sup> De la misma manera encontramos VELEIRO, Belén, Protección de Datos de Carácter Personal..., *op. cit.*, pp. 287-288

conexión y acceso a la red, no son suficientes para garantizar la protección de los datos personales, incluso se tornó más común las agresiones a estos derechos<sup>495</sup>.

Pese los estados y la Unión Europea intentar llegar con gran esfuerzo en un consenso en creación de un espacio con garantías con el fin de la protección de los datos de carácter personal, incluso intentando imponer a otros países que no hacen parte del marco europeo un nivel adecuado de protección y el combate del tratamiento ilegítimo de datos. A pesar de todos los esfuerzos nunca nuestros datos personales estuvieran tan expuestos a nivel tan grande personas y empresas. Por este motivo los usuarios deben tener en mente que por más que internet y la sociedad de la información nos ofrecen mecanismos modernos para la comunicación, información, diversión, comercio, entre otros, la misma nos trae muchos riesgos principalmente los relacionados con los datos personales<sup>496</sup>.

De la misma manera estando delante de una nueva sociedad en temas de seguridad, una sociedad de control, control que podrá ser ejercido por particulares, empresas y poderes públicos. Por este motivo los usuarios deben tener en mente los riesgos y adoptar las medidas necesarias para la protección de sus vidas privadas y exigir de todos los poderes envueltos las medidas necesarias de protección de sus datos personales, que actúen en la defensa de estos derechos y que no sean utilizados de una forma diferente de las que los usuarios tengan conocimiento<sup>497</sup>.

Internet por sus características nos permite recopilar tratar y transmitir con gran velocidad una infinita cantidad de datos personales. Por estas facilidades y por ser una red abierta aumenta la vulnerabilidad y los riesgos en la seguridad de los datos por la cantidad de tratamiento que son realizados con los mismos y la cantidad de intermediarios que los manipulan, como por ejemplo, los prestadores de servicios de acceso, prestadores de contenido, etc. Hoy nuestros ordenadores pueden almacenar una

---

<sup>495</sup> Vid. GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 339-340.

<sup>496</sup> Véase también GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 339-340.

<sup>497</sup> De la misma manera debemos observar GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 339-340.

cantidad indeterminada e inimaginable de datos personales así como los sistemas y los programas. Un ejemplo claro están en los archivos log que registran cada movimiento nuestro en la red, si bajamos un archivo, si enviamos un e-mail, las páginas web que visitamos, los concursos que participamos, las palabras y noticias de buscamos, toda esta información viene acompañada del número de identificación de nuestra máquina y pueden determinar nuestras preferencias. De la misma manera encontramos las *cookies*, los *spaware*, famosos programas espías<sup>498</sup>.

Todas las nuestras conexiones dejan huellas en la red o en nuestros ordenadores, y puede llegar fácilmente a determinadas empresas y trazar un perfil personal nuestro con el cruce de informaciones y que muchas veces no tenemos conocimiento de esta huella<sup>499</sup>.

Se observó que los datos personales de los usuarios era una herramienta fundamental en los tiempos actuales, ya sea para impulso del cibermarketing o por cuestiones de seguridad de los estados. Los usos comerciales de los datos y sus diversas formas de utilización por las empresas por sus costes bajo, tanto para recorrer los datos como para su almacenamiento, hacen con que sus beneficios aumenten. La publicidad llega para los usuarios de una forma personalizada, y en algunos casos sin olvidarnos entre otras cosas, de los derechos vulnerados, ambos salen ganando con la publicidad personalizada, ya que los usuarios recibirán la publicidad de lo que realmente les interesa<sup>500</sup>.

Actualmente también está muy en evidencia el uso de los datos personales como excusa de la seguridad de los estados, del combate al terrorismo, a la pedofilia, al fraude informático, etc., principalmente después de los atentados de 11 de setiembre. A través de sistemas informáticos de interceptaciones, captación y vigilancia de comunicaciones

---

<sup>498</sup> En este sentido GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 340-341.

<sup>499</sup> Referente al tema debemos observar la Recomendación 3/97, referente al Anonimato en Internet, Adoptada por el Grupo de Trabajo sobre protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, de la Comisión Europea, el 3 de diciembre de 1997, XV D/5022/97 ES final, WP 6. Así como GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 340-342.

<sup>500</sup> Vid. GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 343-344.

informáticas algunos estados interceptan los contenidos y datos personales de los ciudadanos, usuarios de la red, gobiernos y políticos, además de exigir algunos prestadores de servicios para colaborar con ellos, vulnerando de esta forma mucho derechos de los ciudadanos y ocasionando una problemática jurídica en relación con la retención de los datos personales que muchos autores es extensiva, abusiva y desnecesaria<sup>501</sup>.

Debemos observar que hay una convergencia de derechos, intereses económicos y políticos en relación a los datos personales de los ciudadanos, que están actuando directamente en la construcción de la sociedad de la información. El gran problema se construye en el momento en que esta sociedad pierde su credibilidad y deje de ser libre y fundamental en los estados democráticos y prospere una sociedad de vigilancia, control y miedo para los ciudadanos.

El derecho al anonimato entra más una vez en evidencia en relación a los datos personales. Distintas opiniones entran en conflicto cuando se trata de este derecho en internet. Para algunos las nuevas tecnologías hacen con que las personas que efectivamente quieren delinquir harán de cualquier forma con el uso de nuevas técnicas de anonimato, quedando a los ciudadanos comunes la carga de la prohibición del anonimato, enflaqueciendo la democracia y libertades fundamentales, como la de información y expresión.

Para otros, de la misma forma que en el mundo *off-line*, debe poderse identificar las personas en determinado momento, para el efectivo combate de la delincuencia en la red<sup>502</sup>.

Lo que efectivamente no podemos dejar de respetar es los principios generales de protección de datos, y las normativas deberán reforzar siempre con el apareamiento

---

<sup>501</sup> Vid. GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 344-345. La autora señala que los riesgos a los derechos a protección de datos personales deben contraponerse el reconocimiento de los novedosos derechos instrumentales.

<sup>502</sup> En este sentido GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 345. Además advierte la autora que de la misma forma deberá permitirse a los usuarios el uso de sistemas rápidos y eficaces para el ejercicio de sus derechos, y deberá garantizar una tecnología respetuosa con la privacidad.

de nuevas formas de desprotección de los datos personales, la salvaguardia del derecho fundamental de la privacidad de las personas, y las formas de sanciones a los que no cumplen con las obligaciones generales encontradas en el ordenamiento jurídico<sup>503</sup>.

Otra dificultad encontrada en nuestro ordenamiento jurídico es los riesgos de la pérdida del elemento geográfico. La ubicación física muchas de las veces no es la ubicación virtual. El usuario al entrar en la red puede sin saberlo está navegando en páginas web o prestadores de servicios ubicados en otros países. La problemática de la extraterritorialidad está en la protección de los datos personales de los usuarios que en muchos de los casos no son iguales entre los países<sup>504</sup>.

El grupo del artículo 29 advierte de algunos de los peligros invisibles para la privacidad, sin embargo referente a la parte más visible para los usuarios, los protocolos de alto nivel (TCP/IP). Una de las preocupaciones es referente a los paquetes TCP/IP, es el encuentro del camino más corto, el resultado más eficiente de la búsqueda de los usuarios, lo que dependerá de la congestión de la red y lo que no garantiza en que países estos paquetes irán recorrer, pudiendo pasar por países donde no hay una protección adecuada de protección de los datos. Otra de las preocupaciones del grupo del artículo 29 es la posibilidad de los servidores de averiguar o rastrear cuales son los sitios webs en que los usuarios contactaran y cuales los servidores utilizados. O simplemente la posibilidad de averiguar si un usuario esta en aquel momento conectado o no, entre muchos otros riesgos que hay que sumar<sup>505</sup>.

Las nuevas tecnologías, en especial internet y los computadores, son tan complejas que simplemente un usuario sin el conocimiento técnico no será capaz de comprender o descifrar, o por lo menos no tiene la idea de los riesgos que ocasiona a

---

<sup>503</sup> De la misma manera podemos encontrar GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 346.

<sup>504</sup> Referente al tema debemos observar GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 346-347, que advierte que debido el predominio de los servicios relacionados con internet de los Estados Unidos hay una preocupación con la confrontación de los modelos de protección de datos del modelo estadounidense y el modelo comunitario. Para la autora el modelo estadounidense la privacidad solo es considerada fundamental cuando hay un abuso del gobierno en el trato de la información personal sensible. Salvadas estas circunstancias la protección de los datos es elemento disponible de los ciudadanos.

<sup>505</sup> En este sentido GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 411-412.

su privacidad un simple clic en internet. Como encontramos en las imágenes incrustadas encontradas en una página web, en que muchas veces no provienen del servidor de la página web que estamos visitando, pudiendo ser de empresas de *cibermarketing* que utilizan de las informaciones en este momento fornecidas por los usuarios, como que página web se está accionando, para definir sus gustos e intereses, y en este momento obtener beneficios económicos con campañas publicitarias direccionadas a determinados usuarios<sup>506</sup>.

Las *cookies* también son por las empresas de *cibermarketing* por obtener informaciones importantes de los usuarios, ya que guardan en su disco duro las páginas visitadas por los usuarios, las secciones visitadas, la publicidad pulsada, incluso podrá guardar contraseñas, que serán recuperadas cuando el usuario vuelve al mismo servidor. Estas informaciones servirán para identificar el usuario y direccionarlo a publicidad e informaciones de su interés.

No se podrá permitir la elaboración de perfiles invisibles de los usuarios, ni tampoco la recopilación, la guarda o almacenamiento y envío de informaciones de carácter personal de los usuarios. Estas entre otras características proporcionadas por los sistemas informáticos son los riesgos inmediatos que los estados a través de sus normativas deberán combatir. Efectivamente muchos de estos sistemas de recopilación de los datos son necesarios para el buen funcionamiento de la red, no obstante hay que educar y dar conocimiento de los usuarios para que los mismos puedan minimizar los riesgos inherentes de estas técnicas. El usuario deberá obtener conocimientos de todas estas prácticas y de las medidas de seguridad para la protección de sus datos, principalmente los de carácter personal<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> Referente al tema véase GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 414.

<sup>507</sup> Vid. GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de Internet...*, op. cit., pp. 415. Debemos observar que esta también de las preocupaciones del grupo del artículo 29. Para la autora gran parte del tratamiento de los datos son legítimos, y muchas veces necesario para el funcionamiento de internet, sin embargo el usuario deberá tener conocimiento de este tratamiento y de las medidas de seguridad para minimizar los riesgos.

## 24. La identidad electrónica y el robo de identidad.

La identidad electrónica son los datos personales mediante los cuales las personas se comunican u operan en la web. No está formada únicamente por nombres, fotografías o números, sino que la combinación y contribución de todos estos elementos<sup>508</sup>.

La firma electrónica se produce en el ámbito de la seguridad informática, es elemento esencial en los documentos electrónicos, deriva de la autenticidad de los

La creación de estos sistemas informáticos de identificación de las personas adquiere especial importancia en la protección de estos datos. La identificación masiva en internet genera una base de datos con datos personales e informaciones valiosas de las personas. Por este motivo las legislaciones deben estar debidamente preparadas para garantizar la seguridad de estos sistemas. Así como deberán establecer condiciones a estos sistemas como el consentimiento de los usuarios al divulgar información identificativa, la divulgación de la menor cantidad de información y su uso posterior, que la divulgación a terceros encuentre limitada a una justificación fiable en relación a la identificación, sistemas de identificación públicos y privados, lo pluralismo de tecnologías y operadores, protección frente a ataques de identidad, etc.<sup>509</sup>.

La seguridad, confianza y credibilidad de la red es fundamental para las inúmeras relaciones en que la misma puede nos ofrecer y para su propio crecimiento. El robo de identidad ha alarmado diversos sectores y usuarios que actúan en internet. El comercio electrónico es uno de los principales sectores en que posee esta necesidad de llegar en una red confiable para que los negocios y transacciones desenróllense y la usurpación de identidad es una amenaza directa. Efectivamente un esfuerzo de todas las partes es fundamental para la búsqueda del progreso de la red, y combatir los ataques a las informaciones de identidad.

---

<sup>508</sup> Véase en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, ¿Qué es el derecho a la identidad?, en AA.VV., Robo de Identidad, *op. cit.*, pp. 41.

<sup>509</sup> Referente al tema véase ALAMILLO DOMINGO, Ignacio, Identidad Electrónica., Robo de Identidad..., *op. cit.*, pp. 25-26, las siete leyes de la identidad. Véase también las recomendaciones de Liberty Alliance para poner freno al abuso de la información de identidad y los estándares de la federación de identidad. Así como OASIS y SAML (promovido por OASIS y publicado por ISO.

De la misma manera que ocurre en los sistemas tradicionales de identificación, la identidad electrónica no está inmune al riesgo del robo de identificación.

Al robo de identidad podemos entender diversas situaciones, como por ejemplo las técnicas de suplantación de identidad un servidor como el *pharming*, la suplantación de identificación de las personas físicas o jurídicas frente a una entidad como el *phishing*, el robo de identidad de los datos personales<sup>510</sup>.

Según algunos autores el robo de identidad es el hecho de que alguien acumule una determinada cantidad de datos personales de alguien que permita acreditarse ante a un tercero como se fuera sus propios datos personales. Este robo de identidad viene normalmente acompañado de un beneficio, normalmente económico, más o menos inmediato. Así como es la obtención de información significativa para facilitar el fraude de identidad, que es el uso de falsa identidad con el fin de realizar una actividad ilegal<sup>511</sup>.

---

<sup>510</sup> En este sentido ALAMILLO DOMINGO, Ignacio, *Identidad Electrónica., Robo de Identidad...*, *op. cit.*, pp. 31. El autor señala que el robo de identidad es un problema real que está afectando directamente el comercio electrónico. Su reducción o prevención sería mediante el uso más seguros de dispositivos electrónicos y la adopción de credenciales más seguras como los certificados electrónicos.

<sup>511</sup> En este sentido véase SALVADOR CARRASCO, Salvador de, casos de suplantación de identidad detectados en denuncias tramitadas en la Agencia Española de Protección de Datos, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 65 y ss. Así como referente al phishing véase FLOR, Roberto, *Phising* y delitos relacionados con el fraude de identidad: un *World Wide Problem* en el *World Wide*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 77 y ss. Para el autor *Phising* consiste en el robo de datos, un abuso de información personal o fraude de identidad. Véase también *Identity Theft Resource Center*, en <http://www.idtheftcenter.org/>, (consultado en 22/05/2014), que advierte que el robo de identidad es uno de los crímenes que más aumenta en los Estados Unidos, no siendo solamente un crimen financiero. El robo de identidad es variable y podemos encontrar diversos géneros. Para ellos el robo de identidad es un crimen en que un impostor obtén determinadas informaciones claves de identificación personal, como números de seguridad social, carnet de conducir, etc. Todos somos vulnerables, no obstante todos podemos ayudar. Además la página web advierte de cómo podemos minimizar los riesgos de tornarnos víctimas del robo de identidad, como no fornecer los números de identificación personal sin necesidad y en el caso de fornecimiento debemos saber para que será utilizado y se efectivo fin, entre otros ejemplos. Véase también GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *El Robo de Identidad: aproximación a una nueva e difusa conducta delictiva*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 169, que advierte que el robo de identidad es la conducta de quien se apodera de datos, informaciones o documentos de un tercero y los utiliza para pasarse por él en diversos ámbitos de la vida cotidiana. Así como debemos observar la *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* de Naciones Unidas, en <http://www.unodc.org/unodc/commissions/CCPCJ/>, (consultado en 22/05/2014).

Por este motivo el robo de identidad de la red es uno de los retos a afrontar. La identidad electrónica o lo que ella significa, es un elemento clave para la generación de confianza y seguridad en internet.

Las legislaciones no podrán estar estáticas mediante las innovaciones de las nuevas tecnologías y deberán ser actualizadas continuamente para afrontar este nuevo desafío, principalmente para garantizar la protección de los datos de carácter personal.

Para algunos autores es imprescindible que la sociedad se sensibilice en campañas para el uso de sistemas confiables de identificación, abandonando el uso de otros mecanismos como por ejemplo la identificación de una persona basada en una simple contraseña. En este sentido resulta imprescindible establecer mecanismos efectivos en la lucha contra el robo de identidad en internet<sup>512</sup>.

Los usuarios carecen de información de seguridad en la red. Logrando tener muchas identidades digitales, o suministrar muchas informaciones personales, sin tener los cuidados necesarios en la protección de estos datos, incluso tener las mismas contraseñas para acceder a diferentes sitios, o compartir con amigos y familiares estas informaciones<sup>513</sup>.

De todas las formas encontramos iniciativas a nivel mundial como el Convenio sobre cibercriminalidad, realizado en Budapest, conocido como el convenio sobre el Cibercrimen o convenio Budapest. Efectivamente el convenio es el primer tratado internacional en la lucha contra los delitos informáticos y los delitos en Internet, su objetivo es armonizar las leyes de los estados, mejorar las técnicas de investigación y aumentar la colaboración estrecha entre sus miembros. Fue elaborado con la iniciativa del Consejo de Europa en Estrasburgo y obtuvo la participación activa de los estados observadores de Canadá, Japón y China. El Convenio trata en particular de las

---

<sup>512</sup> Vid. ALAMILLO DOMINGO, Ignacio, *Identidad Electrónica., Robo de Identidad...*, *op. cit.*, pp. 35.

<sup>513</sup> En este sentido FLOR, Roberto, *Phising y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 85. Véase también la Resolución del Parlamento Europeo de 05 de setiembre de 2001, en que se destaca la necesidad de movilizar al público sobre los problemas de seguridad de la información.

infracciones de derechos de autor y conexos, acceso ilícito, interceptación ilegal, la interferencia de datos, la interferencia del sistema, mal uso de los dispositivos, la falsificación informática, fraude informático, la pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de seguridad de red. También contiene una serie de competencias y procedimientos, tales como la búsqueda de las redes informáticas y la interceptación legal. Convencidos de la necesidad de aplicar una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra el cibercrimen, especialmente mediante la adopción de una legislación adecuada y el fomento de un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional. Así como conscientes de los profundos cambios y los riesgos de las nuevas tecnologías y preocupados que su uso sea utilizado para cometer delitos, el convenio de Budapest exponen cuestiones de orden procesal y fomenta el intercambio de pruebas electrónicas entre los países firmantes del tratado, permitiendo que la policía pueda investigar con mayor eficacia y combatir estos delitos. El convenio se perfecciona con un Protocolo Adicional relativo a las propagandas racistas y xenófobas como una ofensa criminal a través de las nuevas tecnologías. Actualmente, el terrorismo cibernético también se estudia en el marco del Convenio<sup>514</sup>.

Veamos también Decisión Marco 2005/222/JAI Del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, con el objetivo de reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales, policiales y otras, de los estados

---

<sup>514</sup> Véase en este sentido el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que entre otras características incluye una lista de los crímenes que cada estado firmante debe transponer a su legislación propia., hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010. Así como debemos observar algunas particularidades del convenio, como por ejemplo la ratificación de los Estados Unidos, en agosto de 2006, y que entró en vigor el 1 de enero de 2007. Referente al tema véase el Convenio sobre cibercriminalidad, en [http://es.wikipedia.org/wiki/Convenio\\_sobre\\_cibercriminalidad](http://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_cibercriminalidad), (consultado en 23/05/2014). El convenio demanda la criminalización de actividades tales como la piratería, la pornografía infantil, la violación de la propiedad intelectual. Así como exige a los estados firmantes la culminación de determinados mecanismos procesales. Efectivamente una de las características más importantes es la cooperación internacional en las investigaciones, procedimientos y cooperación relativos a infracciones penales. No obstante, especialmente en los Estados Unidos la transposición total del convenio no podrá ser tornarse efectiva, ya que en este país algunas de las disposiciones del convenio va en contra a principios constitucionales, como por ejemplo la penalización de todos los delitos relacionados con la pornografía infantil virtual, debido el principio fundamental de la libertad de expresión. Según el convenio en su artículo 9, 2. *A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.* Es importante señalar que los Estados Unidos no forma parte del Protocolo Adicional del Convenio sobre cibercriminalidad.

miembros, mediante una aproximación penal y enfoque común en materia de ataques contra los sistemas informáticos, que ponen en peligro una sociedad de la información segura. También dando un complemento a trabajos realizados por el consejo de Europa y el G8, en el ámbito de la delincuencia en las nuevas tecnologías<sup>515</sup>.

Los robos de identidad además de poder afectar económicamente los usuarios, podrán afectar moralmente las personas y sus relaciones personales. No obstante las legislaciones al intentar proteger o luchar contra los robos de identidad deberán ser cautelosas al tratar a los datos íntimos de las personas, especialmente protegiendo contra las interferencias o injerencias indebidas de terceros no autorizados<sup>516</sup>.

La protección de la identificación de las personas en la red es fundamental para la instauración de una confianza global y el correcto desarrollo de las relaciones, sean jurídicas, comerciales, personales, profesionales, etc. Esta protección pasa a beneficiar no solamente el individuo en particular, pero si la colectividad en general, que ganará uno de los más importantes retos que hoy enfrenta internet, que es la confianza de la red<sup>517</sup>.

Porque como todos sabemos las nuevas tecnologías nos ofrecen inúmeras posibilidades con relación a la información disponible en la red. En este sentido podemos encontrar en una característica como a mundialización o territorialidad tanto aspectos positivos como negativo de las informaciones disponibles, por este motivo la confianza, veracidad de los datos son semblantes fundamentales para el buen funcionamiento y desarrollo de la red. En efecto el grande beneficiario de toda esta

---

<sup>515</sup> Vid., Diario Oficial de la Unión Europea, Actos adoptados en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea, L 69/67, Decisión Marco 2005/222/JAI Del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:069:0067:0071:ES:PDF>, (consultado en 22/05/2014). Así como la Comunicación MEMO 07/199, de 22 de mayo de 2007, *The commission communication "towards a general policy on the fight against cyber crime"*, en <http://www.cicte.oas.org/Database/CICTE%20News%205-2007-II.pdf>, (consultado en 26/05/2014).

<sup>516</sup> De la misma manera encontramos FLOR, Roberto, *Phising* y delitos relacionados con el fraude de identidad: un *World Wide Problem* en el *World Wide*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>517</sup> En el mismo sentido señala FLOR, Roberto, *Phising* y delitos relacionados con el fraude de identidad: un *World Wide Problem* en el *World Wide*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 115, que la protección de los ámbitos personales es funcional a la instauración de una confianza común al AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 114-115. desarrollo de la red, que representa la exigencia de la tutela no tanto individual, sino que colectiva.

confianza es el usuario que obtendrá mayores beneficios de la red, sean democráticos, financieros, económicos, personales, profesionales o comerciales, entre otros muchos encontrados en la utilización de las nuevas tecnologías.

En definitiva, todos salen ganando con la protección de la identificación en internet. Todas las actividades que ejecutamos en la red son favorecidas con un modelo seguros de identificación en el ciberespacio.

No obstante, pese la necesidad en la protección de la identidad o identificación de las personas, hay un riesgo en la práctica exagerada de esta protección. Dado que sistemas que controlan y vigilan los ciudadanos son instaurados con la excusa de prevención al robo de identidad. En situaciones distintas de las presentadas actualmente no serían aceptables por las personas, como por ejemplo el establecimiento de programas que controlan y vigilan los datos personales. Excusas como el terrorismo, el tráfico de drogas, crianzas y mujeres, la pornografía infantil, los problemas de defraudación fiscal y bancaria, fortalecen la idea de la necesidad del control y conservación de datos en internet.

Para algunos autores lo que se intenta es un control sobre las comunicaciones, limitar el anonimato y restringir la libertad de expresión. Generando de esta forma el enflaquecimiento de la democracia y del individuo como persona. En el fondo de toda la polémica subyace el eterno debate entre privacidad y seguridad, y la discusión sobre cuáles son los límites de los Estados a la hora de vigilar y, supuestamente, proteger, a los ciudadanos. Y en un Occidente hiperconectado, especialmente a través de Internet, el debate ha cruzado, evidentemente, las fronteras de Estados Unidos. El problema es un dilema no resuelto entre ceder en el derecho a la privacidad para mantener la seguridad nacional. La privacidad y la libertad no están garantizadas para siempre y cualquier Estado controlador tendrá la tentación de limitarlas si no son defendidas constantemente<sup>518</sup>.

---

<sup>518</sup> Vid. MAROTO CALATAYUD, Manuel, *The world is open for business: the card is key*; el robo de identidad como producto de consumo político-criminal, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 143. Véase también las recientes revelaciones internacionales centradas en la existencia de un programa de vigilancia del gobierno estadounidense encabezado por la Agencia de Seguridad Nacional de

Suele centrarse la responsabilidad del robo de identidad en el individuo, de forma unilateral, restricta, olvidando de esta forma los aspectos sistémicos y sociales del gran problema que ocasiona el robo de identidad. Este ocasiona grandes prejuicios de todos los aspectos a la colectividad, ya sean colaterales o directos. Así como no podemos olvidar de los prejuicios económicos, como por ejemplo a las entidades financieras<sup>519</sup>.

---

Estados Unidos (NSA) llamado PRISM. Revelado por Edward Snowden, extrabajador externo de la agencia estadounidense CIA y la NSA, en 6 de junio de 2013 y publicado por los periódicos The Washington Post, diario estadounidense y The Guardian, diario británico. En efecto, Edward Snowden, reveló el espionaje masivo de llamadas y datos de Internet por parte de las autoridades. Facebook y Microsoft han informado de que el gobierno les pidió datos de 19.000 y 32.000 usuarios, respectivamente, en un periodo de seis meses. Así como Google estaría negociando para difundir también sus propios datos. Además informaron que la NSA tomaba registros diarios de llamadas telefónicas de millones de usuarios de la operadora de telefonía Verizon. En suma, el proyecto PRISM consiste en el monitoreo de la información cursada por los usuarios de los gigantes informáticos Facebook, Google, Yahoo, Microsoft, Apple, Dropbox, Youtube y Skype, a la vez que recopila información de llamadas cursadas por la red telefónica de Verizon. Resultando en un sistema de vigilancia masivo y difícil de controlar, en que buena parte del cual se encuentra en manos privada, con la excusa de la "guerra contra el terrorismo", con millones de dólares de recursos, todo ello amparado por leyes donde la privacidad de las personas era la última de las preocupaciones. Véase más en: <http://www.20minutos.es/noticia/1843571/0/espionaje/eeuu/privacidad/#xtor=AD-15&xts=467263> (consultado en 02/06/2014). Así como <http://www.unocero.com/2013/06/20/espionaje-en-estados-unidos-seguridad-vs-privacidad/>; <http://www.theguardian.com/world/the-nsa-files>; <http://www.scmp.com/topics/edward-snowden> (todos consultados en 02/06/2014). De la misma manera debemos observar las declaraciones del director DE la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) estadounidense, general Keith Alexander, que ha asegurado que los datos obtenidos por la NSA en virtud de sus programas de vigilancia han permitido evitar potenciales ataques terroristas en más de 50 ocasiones desde los atentados del 11-S en 2001. Véase en <http://www.abc.es/internacional/20130618/abci-director-dano-irreversible-201306182014.html> (consultado en 02/06/2014).

<sup>519</sup> De la misma manera encontramos MAROTO CALATAYUD, Manuel, *The world is open for business: the card is key*; el robo de identidad como producto de consumo político-criminal, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 121 y ss., y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *¿De la Nada al Todo?: La Importación del Robo de Identidad por la Unión Europea*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 149. Veamos también la Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, (1999/352/CE, CECA, Euratom; Decisión marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que pretende que los Estados miembros castiguen por vía penal determinadas conductas calificables de fraude; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y a Europol ? Prevención del fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, Bruselas, 9.2.2001, COM(2001) 11 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Banco Central Europeo y a Europol. Nuevo plan de acción de la UE (2004-2007) para la prevención del fraude en los medios de pago distintos del efectivo, Bruselas, 20.10.2004, COM(2004) 679 final, todas podemos consultar en <http://www.sepfra.es/Code/legal/UE.aspx>, (consultado en 04/06/2014). Así como la Comisión Europea Centro Común de Investigación (JRC), Instituto de Prospectiva Tecnológica (IPTS), en <http://ipts.jrc.ec.europa.eu/documents/IPTSES2009.pdf>, (consultado en 04/06/2014) y el Instituto de Protección y Seguridad del Ciudadano, en <https://ec.europa.eu/jrc/en/institutes/ipsc>, (consultado en 04/06/2014).

Para algunos autores los ladrones de identidad se benefician de los sistemas obsoletos de empresas encargadas en gestionar los datos de las personas<sup>520</sup>.

## **25. Una nueva forma de acoso y las nuevas tecnologías.**

El avance de las nuevas tecnologías, en especial el enorme crecimiento de Internet durante la última década, generan continuamente nuevas oportunidades, desafíos, y riesgos, que inciden tanto en los procesos de la democratización como en las necesidades de fiscalizar y regular los sistemas de flujo de la información. La continuo e imparable evolución de las nuevas tecnologías e Internet está provocando diversos cambios en nuestra cultura y en la sociedad. La verdad es que estos nuevos costumbres y cambios conducen nosotros a diversos planteamientos y formas de pensar.

En internet nada es igual, estático o permanente, todo cambia, e a demás cambia en una velocidad que muchas veces no podemos acompañar. Dado sus características, cada página web, e-mail, grupo de noticias, rede social, etc. Tienen sus propias especificases y sus políticas de privacidad, procedimientos y funcionamiento. Por este motivo, cabe al usuarios realizar una búsqueda en las políticas y procedimientos de determinada página las reglamentas para saber cómo comportarse, como navegar, como comunicarse y como utilizar la información encontrada, ya que es a partir de ahí que se registrá su responsabilidad<sup>521</sup>.

---

<sup>520</sup> Vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *¿De la Nada al Todo?: La Importación del Robo de Identidad por la Unión Europea*, en AA.VV., *Robo de Identidad, op. cit.*, pp. 153. Véase también Crime prevention: the Commission organises a high level conference on identity theft and payment fraud, de 22 de noviembre de 2006, en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-1594\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1594_en.pdf), (consultado en 04/06/2014). Así como el grupo de expertos de prevención contra fraude en las conferencias de de 2007, en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fpeg/meetings\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/fpeg/meetings_en.htm), (consultado en 05/ 06/2014).

<sup>521</sup> De la misma manera advierte CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet: El Acoso, *Revista Universidad de Granada*, núm. 1, 2003, Granada, INSS: 1695-324X, en [http://www.acosomoral.org/pdf/Art\\_NUEVA\\_CARA\\_INTERNET\\_ACOSO\\_ETIC@NET\\_2003.pdf](http://www.acosomoral.org/pdf/Art_NUEVA_CARA_INTERNET_ACOSO_ETIC@NET_2003.pdf), (consultado en 02/07/2014), que hay diversas diferencias entre las redes. Señala el autor que dentro de determinada red, podemos encontrar acciones efectuadas por los usuarios, que están permitidas y que son rutinarias, así como las acciones que están totalmente prohibidas o controladas de manera diferente. Dentro de estas conductas efectuadas por los usuarios el autor cita de manera genérica una serie de acciones que pueden ser ilegales independiente de la red y que pueden acarear en responsabilidades de los usuarios, *como introducir información ilegal en un sistema, el uso abusivo o inaceptable de algún tipo de lenguaje en mensajes públicos o privados, el envío de mensajes o archivos que puedan dañar de alguna manera a los destinatarios o a sus sistemas, el envío masivo de cartas, mensajes o cualquier otro tipo de*

Todos los derechos consagrados en las constituciones de los estados aumentan los riesgos en su protección con la aparición de las nuevas tecnologías. Figuras delictivas convencionales potencian los daños a través del uso de internet. Una importante preocupación de los riesgos inminentes de estas nuevas tecnologías está directamente relacionada con el maltrato entre los iguales, ya sea por una violencia física o por una violencia psíquica, intencionada y perjudicial. De la misma manera que internet nos ha aportado mejoras en la comunicación, cultura, comercio, entre otras mejoras significativas nos deparamos a todo momento con nuevos retos en respecto a los derechos y deberes envueltos en la red<sup>522</sup>.

No es una novedad de las nuevas tecnologías, ya que la intención de herir el desequilibrio de fuerzas, acción agresiva repetida en el tiempo, perpetrada por uno o más individuos contra otros, intimidación, maltrato físico, verbal, psicológico y social, son características del acoso y del bullying. Sin embargo con el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y sus diversificados soportes para su práctica, este maltrato o acoso se torna mucho más potente, veloz y con una sensación de indefensión absoluta. Con los avances tecnológicos surgen nuevas figuras o acciones que pueden causar serísimos daños a las personas, por este motivo estas conductas merecen toda nuestra atención, principalmente cuando encuéntranos en juego los derechos de los menores de edad<sup>523</sup>.

---

*informaciones, a listas o personas, que causen congestión de la red o, que interfieran con el trabajo de otros usuarios.*

<sup>522</sup> Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Cyberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 14 y ss. Así como MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

<sup>523</sup> En este sentido véase PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Cyberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 15. Para la autora el cyberbullying se trata de utilizar los medios telemáticos para ejercer el acoso psicológico entre iguales. Otra forma de acoso con el uso de las nuevas tecnologías es el *grooming* que es la técnica de los pedófilos de contactar con sus víctimas. Así como el malware que son los virus y otros tipos de programas informáticos enviado para causar daños en los ordenadores. Véase también MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 98, que señala que para considerarse acoso es importante que se de cierta continuidad en las acciones, ya que los hechos aislados no se consideran acoso. Véase también PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss., así como referente al grooming véase pp. 58-60. Referente a las diferencias entre cyberbullying,

Actitudes como estas, acaban por afectar directamente a los derechos de los individuos, a su dignidad, su integridad moral, su honor, intimidad y propia imagen, cada cual con su grado de mayor y menor intensidad. Así como otros derechos que se pueden ver afectados por el mal uso de las nuevas tecnologías. Internet ha propiciado la abertura la sofisticación de los acosos tradicionales con formas diversas, y diferentes abortamientos y consecuencias. Pero con algunas características similares de los medios tradicionales que es el abuso entre iguales y la relación de control y poder intencionado y repetitivo<sup>524</sup>.

## **26. Ciberacoso, Intimidación y libertad sexual en internet.**

Internet está cada vez más presente en las casas, en las escuelas, en la vida cotidiana de las personas incluso en la de los niños y adolescentes, las formas de ser, estar y relacionarse se crean y reinventan. De la misma manera el acoso tornase más presente, principalmente con el uso de las nuevas tecnologías, a lo llamamos de ciberacoso, esta modalidad de acoso tiene cada vez más importancia en la vida de los menores. Incluso en los últimos 10 años 37 estados de EEUU han adoptado legislaciones que obligan a los colegios a introducir medidas antiacoso<sup>525</sup>.

La facilidad de las nuevas tecnologías, incluso la acelerada utilización por los niños, haz con que se aumente drásticamente el ciberacoso entre los menores. No obstante este acoso indirecto y traumático no es una característica solamente de los

---

bullying y acoso escolar, véase en <http://www.pantallasamigas.net/proteccion-infancia-consejos-articulos/ciberbullying-guia-rapida.shtm> (consultado en 02/07/2014). El autor señala que no se parecen en el todo. En ambos hay el abuso entre iguales, el ciberbullying se manifiesta de formas muy diversas y sus estrategias de abordamiento y consecuencias también difieren. Sí que es posible que el bullying sea seguido de ciberbullying. También es posible que el ciberbullying pueda acabar también en bullying,

<sup>524</sup> De la misma manera PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Ciberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 16-17. No obstante, señala PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Ciberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 52, que los avances tecnológicos son uno de los elementos que más vienen contribuyendo para mejorar el nivel de vida y bienestar de la sociedad actual. Advierte MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 98-99, que en el ciberacoso no hay la condición de la persona participante. Hay una variante del ciberacoso, que es el ciberbullying en la que el participante es un menor de edad que atormenta, amenaza, hostiga, humilla, maltrata y molesta, a otro menor de edad.

<sup>525</sup> Esta última información se puede encontrar en <http://laflecha.net/archivo/canales/blackhats/noticias/el-ciberacoso-un-problema-en-auge>. (consultado en 02/07/2014).

niños, pero sí de todos los usuarios independiente de edad. Lo que si es cierto es que los daños pueden ser mayores entre los menores. Por este motivo se hace necesario el estudio riguroso de las nuevas acciones encontradas en la red para la sensibilización de todos los que se benefician del uso de las mismas, desde los estados hasta los prestadores de servicios y usuarios, para una formación de una nueva cultura de seguridad y educación en internet<sup>526</sup>.

El ciberacoso es el fenómeno consistente en un acto de violencia sistemático, psicológico, físico o sexual, dirigido a una persona que no se encuentra en estado de defenderse, utilizando alguna de las herramientas de Internet, como e-mail, listas, salas de charla, tableros electrónicos, mensajes instantáneos, o cualquier otra vía o sistema electrónico de comunicación. El ciberacoso se caracteriza por ser voluntario e implica un daño recurrente y repetitivo. Pudendo su lenguaje ser mucho más fuerte del acoso tradicional, debido posiblemente por el anonimato. Sin embargo, el ciberacoso es una de las variantes del acoso en la vida real, en la que el acosador utiliza los medios electrónicos para acercarse a su víctima para intimidarla<sup>527</sup>.

Algunos autores señalan dos clases de ciberacoso, la primera ocurre solamente cuando la persona está conectada en la red y la segunda cuando el acoso y amenazas se trasladan a la vida real. Ambas pueden causar estrés, humillación, ansiedad, depresión, ira, impotencia, fatiga, enfermedad física, pérdida de confianza, etc. Una de las principales características que diferencian el acoso tradicionalmente conocido del ciberacoso, es que este último puede perdurar por mucho más tiempo, sin testigos, con

---

<sup>526</sup> Advierte PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 52, que se hace necesario difundir la cultura de seguridad a través de la información, formación y sensibilización para el correcto uso de internet.

<sup>527</sup> De la misma forma véase PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 54-55. Señala CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., op. cit., pp. 02 y ss., que se puede entender por acoso, ese fenómeno universal, consistente en cualquier acto de violencia sistemático, psicológico, físico o sexual que realiza una persona o un grupo de personas, dirigido hacia otra u otras personas, que (a partir de un determinado momento) no se encuentran en posición de defenderse. No entran, por lo tanto, dentro de este concepto todo el conjunto de acciones en el que los actores son iguales, como es el caso de las bromas, burlas, etc. Advierte también el autor que en este tipo de problemática, la gran mayoría es formada por personas que han tenido alguna relación anterior con el acosado, aunque poco a poco se va haciendo mayor y casi iguala al grupo de acosadores que no habían tenido ningún contacto anterior con la víctima.

un lenguaje mucho más fuerte, posiblemente por la dificultad de identificación del acosador y esta sensación de anonimato<sup>528</sup>.

Debemos observar que ciberacoso podrá ocurrir solamente en la red, o podrá empezar en la red y trasladarse a la vida real, en estos casos la agresión puede ser además de psíquica, una agresión física<sup>529</sup>.

Con la facilidad de las nuevas tecnologías y por la exposición de los usuarios en las redes sociales, muchos de los casos de acosos o de las actividades ilícitas, empiezan a través de informaciones fornecidas por los propios usuarios. La exposición exagerada de la vida privada de los usuarios, de todos sus gustos, actividades y movimientos, es motivo de grande preocupación actualmente. Las autoridades ya empiezan programas de prevención de delitos relacionado con internet debido el aumento de la utilización de la misma para la práctica de delitos, que hoy ultrapasan la esfera virtual para llegar en la vida real de los usuarios<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> Vid. PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 54-55. Así como CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., op. cit., pp. 02 y ss., que advierte que *al ser un problema relativamente reciente, para muchas víctimas el acoso cibernético significa vivir bajo terror durante varios meses antes de decidirse a buscar ayuda. El problema se agrava aún más, cuando después de decidirse a buscarla, pocas personas saben a dónde acudir.*

<sup>529</sup> Según CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., op. cit., pp. 02 y ss., los dos tipos es igual de intimidatorio para la persona que lo sufre, para el autor el ciberacoso que pasa para la vida real es más peligroso ya que afecta a la integridad física de la persona.

<sup>530</sup> Para CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., op. cit., pp. 02 y ss., el acosador se siente en una posición de poder desde el anonimato, y va recopilando toda la información posible acerca de su víctima cuando esta online, principalmente en aquellos aspectos que forman parte de su vida privada y de sus movimientos en la Red. Advierte el autor que los medios usados por los acosadores, generalmente son: - *Uso incorrecto de Internet mediante envío de mensajes online, de contenido hiriente o amenazante, de manera sistemática y con una cadencia variable; o con mensajes falsos que puedan dañar a terceros.* - *Envíos de E-mail tanto de forma anónima como manipulados para dar la impresión que lo envió la misma persona acosada y ponerla así en una difícil situación en la que su credibilidad quedaría en entredicho.* - *Saturación de los buzones de mail mediante diferentes técnicas como pueden ser: el Mail Bombing que consiste en un envío masivo de un mensaje idéntico a una misma dirección, saturando así buzón de correo (mailbox) del destinatario, el Mail Spamming o bombardeo publicitario a miles de usuarios, hayan estos solicitado el mensaje o no, o el Junk Mail o correo basura, muy parecido al anterior, es una propaganda indiscriminada y masiva a través del correo.* - *La manipulación de fotografías del acosado o acosada es otro medio, el acosador puede retocarla y subirla a la Red con el único objetivo de herir y asustar a su víctima.* - *Colgar en la Red Web "dedicada" a la persona acosada, contenidos personales ofensivos, pornográficos,..., para asustar y conseguir de la víctima lo que desea.* - *Los servicios de mensajes cortos (SMS), mensajes de textos que se envían a los teléfonos móviles desde determinadas páginas de la Red y que no se pueden identificar fácilmente.*

Debido a las dimensiones que actualmente viene el fenómeno del ciberacoso, o acoso en internet, es fundamental que este problema no sea ignorado y que aparezcan campañas de sensibilización mundial. En referencia a un estudio de la Oficina del Abogado de Distrito de Los Ángeles se detectó que sobre 600 casos de acoso denunciados, un 20 % había rellenado algún tipo de formulario electrónico a través de Internet. Otra de las observaciones constatadas es que las principales víctimas de los acosadores en la red son mujeres, niños y adolescentes, lo que ocasiona un alarde mayor en la sociedad ya que en muchos de los casos la víctima poco puede defenderse<sup>531</sup>.

Más o menos con las mismas características, mas con una variante distinta, encontramos la denominada expresión en ingles cyberbullying. Lo que diferencia el cyberbullying del ciberacoso es que la primera se difunde como el acoso de un menor de edad. Es decir, el cyberbullying es el atormento, amenaza, acoso, humillación de un menor por otro menor, a través de las nuevas tecnologías, en especial internet<sup>532</sup>.

Una de las principales características del cyberbullying puede ser la invisibilidad lo que dificulta la extinción del acoso por la víctima, o por lo menos la resolución, lo que genera una sensación de impotencia e impunidad. No obstante los efectos son perceptibles en las nuevas generaciones y en los usuarios en general de internet<sup>533</sup>.

Otra característica del cyberbullying es que el agresor no tiene percepción del daño causado a víctima. No puede prever este daño, ni valorar las consecuencias del daño, que puede ser mucho más grande de lo esperado por el agresor. Porque puede de abrir a un infinito número de usuarios más rápidamente. Efectivamente el motivo del aumento de estas actividades dañosas es la ausencia de valores básicos en las familias y

---

<sup>531</sup> En este sentido véase CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.,

<sup>532</sup> Referente al tema debemos observar PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 56.

<sup>533</sup> En este mismo sentido PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Cyberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 17.

en los centros educativos, una cultura de opulencia, demasía, ostentación, despilfarro, dispendio, malversación y la falta de control por las partes<sup>534</sup>.

Algunos son los ejemplos de cómo el ciberbullying puede manifestarse, como colgar en internet una imagen comprometida de una persona, ridiculizar y estigmatizar la víctima en la red, crear un perfil falso en nombre de la víctima para compartir intimidades en su nombre, usurpar la identidad de la víctima y hacer mal uso de su nombre, convertir en objeto de burla el acoso cometido por el agresor divulgando en internet, invadir el correo electrónico de la víctima y hacer mal uso del mismo, enviar amenazas e insultos a la víctima, entre muchos otros ejemplos en que ocurre el acoso entre las personas<sup>535</sup>.

Es común en la sociedad que haya una sensación de impunidad ya que a primera vista el agresor pueda aparecer completamente invisible, o en el caso del agresor resultar ser una crianza la situación empeora, dado que muchas veces las crianzas no miden las consecuencias de sus actos y las víctimas tienen miedo de revelar sus agresiones. Sin embargo, sabemos que aunque no sea así del todo, dado que el ordenador deja rastro cuando actúa en Internet, el agresor utiliza del anonimato para la práctica de sus delitos. Lo que sí es cierto es que aunque descubran su identidad, tampoco es común que se enfrenten a las represalias de la víctima, sus compañeros o amigos, los responsables escolares, sus padres<sup>536</sup>.

Los factores de riesgos aumentan por las propias características de las nuevas tecnologías, que las hacen una herramienta tan poderosa para la realización de bullying.

---

<sup>534</sup> Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Ciberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 18-20. Véase también en <http://www.pantallasamigas.net/proteccion-infancia-consejos-articulos/ciberbullying-guia-rapida.shtm> (consultado en 02/07/2014) que *cuando el abuso se produce de la manera tradicional, víctima y verdugo se conocen, están cerca o incluso cara a cara, de manera que tanto el que abusa como el grupo de testigos pueden asistir de manera directa a las consecuencias y secuelas del abuso. En los casos de Ciberbullying esto no es así, con lo que la remisión de la actitud acosadora o la intervención defensiva de los testigos es improbable. No es fácil en este caso que por empatía alguien se desista en su actitud o actúe a favor de la víctima.*

<sup>535</sup> De la misma manera encontramos en PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Ciberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 18 y ss., algunos ejemplos de cómo el ciberbullying puede manifestarse entre los iguales.

<sup>536</sup> Vid. <http://www.pantallasamigas.net/proteccion-infancia-consejos-articulos/ciberbullying-guia-rapida.shtm> (consultado en 02/07/2014).

Por este motivo es muy importante que se busquen soluciones urgentes para el control y prevención de estas prácticas, así como fomentar el uso adecuado de las nuevas tecnologías. Toda sociedad debe conmovirse y empezar a prestar más atención a esta grave problema, educando desde sus casas hasta las escuelas, previniendo este tipo de conducta y observando sus hijos, sus alumnos, y todos los envueltos, ya que cualquier persona en que nos relacionamos pueda ser víctima o agresor. Solamente a través de un cambio en la educación en general y adaptando medidas preventivas se podrá atenuar los daños de los graves problemas que genera el uso indebido de internet, a la víctima y la sociedad en general<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> Señala PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una Aproximación al Ciberbullying, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 45, que los avances tecnológicos carecen de límites y ayudan a los acosadores a entrar en cualquier ámbito, sin trabas espaciotemporales. Por este motivo este avance debería ir acompañado de un desarrollo ético que favorezca el uso responsable de las tecnologías. Para PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Ciberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 57, la educación puede ser muy eficaz para corregir y detener el ciberbullying, principalmente introduciendo a los usuarios normas éticas de comportamiento en la red. Véase también referente al tema MARCO MARCO, Joaquín J., Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 102-103. Así como véase el Plan de acción para una utilización más segura de Internet, del Parlamento Europeo, con el objetivo general de promover un entorno favorable al desarrollo de Internet, mediante el fomento de una utilización segura de la Red y la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, con la implantación de una red europea de líneas directas, el fomento de la autorregulación, la elaboración del códigos de conducta, el desarrollo de sistemas de filtrado e iniciativas de sensibilización. Véase también la Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. Así como también para una internet más segura <http://www.saferinternet.org/>, (consultada en 26/06/2014). Por último advierte CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara..., op. cit., pp. 02 y ss., que: *La educación para un uso seguro de Internet es imprescindible. Tras varios años de trayectoria, es necesario ahora un nuevo impulso que pasa por establecerla de manera curricular en el aula y por realizar una orientación hacia la formación de plenos ciudadanos y ciudadanas digitales. En España, al igual que en Europa y muchas otras partes del mundo, desde hace varios años y con intensidad creciente, se está trabajando para la información, la sensibilización y la formación en el uso sin riesgos de Internet y también, aunque con menor énfasis, de la telefonía móvil y los videojuegos. La necesidad de esta labor de protección de la infancia y la adolescencia se hace evidente no sólo por los datos que arrojan los estudios referidos a estos riesgos o por el día a día que se vive en hogares y aulas sino también y, en especial, por el llamamiento que desde varias instancias se está produciendo. En el plano internacional, las Naciones Unidas dedicó este año el del Día Mundial de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información a "Proteger a los niños en el Ciberespacio". En el marco de la Unión Europea, en Abril pasado, la Declaración de Praga titulada "Un nuevo enfoque europeo por una Internet más segura para los niños" constataba la conveniencia de un compromiso interinstitucional de primer nivel para conseguir un entorno en línea más seguro para las nuevas generaciones. No hay que olvidar tampoco, aunque fuera definido hace 20 años, el principio de interés superior del menor que recoge la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que nos exhorta a evaluar cualquier intervención, incluida el desarrollo de Sociedad de la Información, desde un prisma preferente en clave de no colisión con los intereses de la infancia.*

## 27. El poder y los riesgos inherentes de las redes sociales.

Dentro de internet los elementos que presiden mayor intereses entre los usuarios son los de establecer comunicación con otras personas, las posibilidades interpersonales, y la búsqueda de información. Algunos autores señalan que la comunicación genera un mayor interés que la búsqueda de información<sup>538</sup>.

Las redes sociales debido a sus características permiten a los usuarios interactuar entre ellos a través de un perfil público, configurando un mundo nuevo en respecto a las comunicaciones. Cada vez más notamos la presencia de estas redes de comunicación en el día a día de las personas, promoviendo la socialización, diseminando la información y algunos ya llegan a hablar de un quinto poder. Los usuarios pueden interactuar, publicar y compartir información y contenidos, entre otras muchas actividades, aumentando de esta forma las relaciones sociales entre ellos, sí como los riesgos de esta actividad<sup>539</sup>.

En la red, los usuarios pueden tener un sensación de anonimato, lo que impulsa los y permite que los mismos expresen sin represión aspectos de sus personalidades en que en los medios tradicionales no harían. Esta característica de internet, puede ser vista como un aspecto positivo en que los usuarios tienen la posibilidad de interactuar en la red, creando vínculos afectivos entre ellos, sin barreras o trabas, sin embargo posee un lado oscuro y negativo, en que se utiliza esta sensación de anonimato para práctica de acciones ilícitas o no permitidas.

Las redes sociales si caracterizan por el conjunto de personas con un interés en común, y a través de estas redes se comunican, interactúan, se informan y expresan

---

<sup>538</sup> De la misma manera véase CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>539</sup> Véase PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 61. Así como RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 03. El autor señala que hay quien ya llama las redes sociales del quinto poder, incluso el primer ministro turco, Recep Tayyip Erdogan, llama el fenómeno del Twitter como una maldición. Véase también CARDOSO, Gustavo, Movilización Social y Medios Sociales, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 18.

opiniones, sin barreras geográficas o temporales, siguiendo una serie de reglas predeterminadas por los prestadores de servicios<sup>540</sup>.

Podemos observar un cambio creciente en las instituciones de poder, en las relaciones entre las personas, en la economía, seguridad, etc., en resumen un cambio general en las sociedades modernas. Incluso históricamente hablando podríamos afirmar que el poder se ha basado en el control de la comunicación y la información, por este motivo hay una grande preocupación de los estados y de las empresas de comunicación con las redes sociales<sup>541</sup>.

Incluso algunos autores señalan como es pieza fundamental en la especie humana la comunicación y la información, muy importante en la estructura de las organizaciones de la sociedad y de las instituciones de los estados. Internet ha transformado el proceso de la comunicación y la difusión de la información, principalmente en respecto de una de sus principales características que es la extraterritorialidad, pero también en respecto de la comunicación de masas fornecidas por las empresas de comunicaciones con escasa interactividad, para la autocomunicación que es la comunicación entre las personas, con auto nivel de interactividad<sup>542</sup>.

El control de la información por las grandes empresas de comunicación, incluso por los gobiernos, a cada día viene perdiendo su fuerza, que tienen que reestructurarse para que no desaparezcan o pierdan su total credibilidad. No obstante, observamos que aún podemos encontrar estados que controlan deliberadamente sus ciudadanos, como son los ejemplos de China o Irán, pero hay otros Estados en que los ciudadanos utilizaran las redes sociales para enfrentarse a sus gobiernos y sus políticas, como es el

---

<sup>540</sup> Señala CHACÓN MEDINA, Antonio, Una Nueva Cara de Internet..., *op. cit.*, pp. 02 y ss., que esos mismos beneficios también provocarán que determinadas personas o grupos puedan utilizar en su favor o para sus fines las ventajas que proporciona la Red, generando, en esa cibernsiedad, conflictos, tensiones, etc., así como problemas personales, como ocurre en la sociedad real.

<sup>541</sup> De la misma manera RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 08.

<sup>542</sup> Véase en RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 08. Referente al tema véase también CARDOSO, Gustavo, Movilización Social y Medios Sociales, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 17 y ss. Señala el autor que cada vez más se está centrando el poder de la comunicación en manos de las personas, y no solo en los medios disponibles.

caso de Egipto, España, Portugal, Brasil, entre otros muchos que utilizaran de las redes sociales para manifestarse y luchar por sus derechos y libertades.

Para algunos autores no hay otra alternativa contra los gobiernos en que no se preocupan con los ciudadanos, que la resignación y la rebeldía extra institucional pacífica, y encuentra en internet la herramienta para denunciar abusos, debatir propuestas, unirse a los demás para luchar por sus derechos y experimentar nuevas formas de democracias<sup>543</sup>.

La difusión de imágenes de la violencia de la policía que a mando de los gobiernos intentan a través de la represión callar la manifestación de los ciudadanos, generan en la sociedad una sensación de injusticia y autoritarismo. Es mediante las redes sociales que los ciudadanos se movilizan en movimientos programáticos con numerosas reivindicaciones, principalmente las relativas a las injusticias de la vida cotidiana, la dignidad y con una crítica dura de la política antidemocráticas de los estados<sup>544</sup>.

Mismo siendo más lentos de revoluciones o golpes de estado, los movimientos sociales, incluso cuando van perdiendo su fuerza, o mutando el sentido, van conduciendo a una inestabilidad institucional y un cambio de mentalidad de toda la sociedad sin discriminación de clases., una sensación de que unidos se puede vencer<sup>545</sup>.

Las redes sociales en general poseen un riesgo característico, principalmente cuando los usuarios exponen sus datos personales de contacto, formación, así como sus gustos y preferencias, creencias, dejando vulnerables la protección de datos personales y el derecho a la privacidad.

---

<sup>543</sup> Vid. RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 10.

<sup>544</sup> Señala RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 11, que la dignidad es un valor que se encarna de los derecho humanos, y la democracia y la libertad son tan solo algunas de sus diversas dimensiones. De ahí que surgen los movimientos, y de la sensación de los ciudadanos de ser ignorados y humillados por quienes ostentan el poder.

<sup>545</sup> De la misma manera RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 13.

Sin anticipar las consecuencias exponen o publican una infinidad de datos referente a su vida privada y su intimidad, sus creencias, ideologías, orientación sexual, etc., dejando accesible a terceros, que pueden no tener las mismas buenas intenciones, y que poden utilizar estas informaciones para vulnerar derechos<sup>546</sup>.

Las políticas de privacidad de estas redes de comunicación, poseen las llamadas condiciones de registro, en que los usuarios son obligados para participar de nuevos medio de interacción, aceptarlos. Automáticamente en algunos casos los usuarios ceden derechos plenos e ilimitados sobre los contenidos que alojen en estas plataformas, y en algunos casos pudiendo ser explorados económicamente por los prestadores de servicios. Debemos observar también que muchas de estas condiciones de registro son regidos por la reglamentación estadounidense, en la encontramos más laxa que la legislación europea. Algunos prestadores de servicios intentan limitar los riesgos en la protección de datos personales de sus usuarios, pero infortunadamente no suprimirlos<sup>547</sup>.

Un ejemplo claro podemos encontrar en las políticas de privacidad de una de las más famosas redes sociales, donde para empezar, encontrarse registrado su domicilio social en un famoso país conocido por la fragilidad de la protección de los datos personales, que es Lanarca Chipre, sugiriendo determinada cobertura legal para la red social. La misma política de privacidad advierte que el usuarios al publicar fotos o videos, podrá revelar algunos datos sensible, no obstante, al usuario no resta más que aceptarla para que pueda participar<sup>548</sup>.

Además de hacer uso de cookies, que se almacenan en el disco duro del usuario, cuando este accede a una página web, determinada información, que es utilizada posteriormente para conocer ciertas características y preferencias del mismo.

---

<sup>546</sup> De la misma manera veamos PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 64-65. Así como advierte RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., El Poder de las Redes Sociales, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014, pp. 08-09, que nota que los gobiernos pasan a espiar sus ciudadanos legal o ilegalmente, y que empresas se apropian de los datos de sus clientes y penetran en sus redes de comunicación confidencial.

<sup>547</sup> Referente al tema véase SETTEMBRINO, François, Risk Management..., op. cit., 2012.

<sup>548</sup> De la misma forma véase PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., pp. 64 y ss.

Normalmente en la política de privacidad se avisa que las cookies serán distribuidas tras la desconexión, sin embargo son almacenadas por terceros, socios comerciales, no encuentran ningún control. Así como no advierten si los datos de los usuarios atienden a alguna normativa de protección.

Normalmente lo que ocurre, es que los usuarios no leen las políticas de privacidad, o más bien, no entienden, o se comprenden no tienen manera de negociar las políticas, tiendo que aceptarlas para disfrutar de las redes sociales. En definitiva, los usuarios se quedan atados a las políticas de privacidad y una vez introducidos sus datos personales, estos se quedan a disposición de los prestadores de estos servicios y poco se puede hacer para cambiar estas prácticas<sup>549</sup>.

Por este motivo y dada la fragilidad de la seguridad de las redes sociales, es importante que los usuarios se protejan desde sus casas con políticas simples como la de no compartir informaciones confidenciales, o no dar más informaciones de las necesarias en los perfiles, o seleccionar la opción de no visible a todos, y si solamente a sus amigos, entre otras conductas simples y que pueden de alguna manera prevenir algunos delitos, sin olvidar de denunciar cuando depararse con alguna conducta delictiva.

En conclusión, las nuevas tecnologías han evolucionado y revolucionado rápidamente nuestras formas de vivir y comunicarnos. En contra partida, no hemos tenido tiempo suficiente para aprehender como se *desenvuelven las relaciones humanas* y la cultura en general de las nuevas tecnologías. Así como aprehender el adecuado funcionamiento de la red.

---

<sup>549</sup> En este sentido debemos observar PARDO ALBIACH, Juan, Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal...*, *op. cit.*, pp. 71-72. El autor advierte que los padres deberán conversar sobre el ciberacoso con sus hijos, enseñado como proteger su privacidad en la red y a respetar la privacidad de los otros. Así como ayudarlos a comprender que tipos de mensajes y conductas podrían hacer daño a los demás, y trabajar junto con las escuelas contra el ciberacoso. Para el autor son los padres que deberán buscar conocer mejor a sus hijos y observar se ellos han tenido alguna conducta agresiva hacia otro niño, además de asegurar que sus hijos comprendan la responsabilidad de navegar en la red y la responsabilidad del ciberacoso y los significa este problema.

Se hace necesario reivindicar por parte de todos practicas más responsables en el uso de internet, principalmente en relación a los daños que se pueden causar a terceros. La educación es otro punto muy importante que deberá tener el apoyo de toda la sociedad. Tendremos que aprehender los beneficios, prejuicios y consecuencias del uso de las nuevas tecnologías.

## CAPÍTULO VI: UN ANALISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN EL DERECHO BRASILEÑO.

### 28. La regulación del uso de internet en el derecho brasileño.

El uso de las nuevas tecnologías en especial internet han cambiando las barreras geográficas en relación a inúmeras convenciones, ya sea por el comercio electrónico, ya sea por la comunicación, o por la información que circula en la red. Los estados intentan adecuar sus legislaciones a este nuevo entorno debido a la importancia que tiene internet en el cotidiano de las personas. No obstante hay una serie de cautelas para el análisis de los derechos y libertades envuelto en internet<sup>550</sup>.

No encontramos en la comunicación electrónica siempre la misma forma y características de la comunicación de los medios tradicionales, por esto motivo determinar la extensión o límites de la responsabilidad y el encuadramiento jurídico de

---

<sup>550</sup> Vid. MENDONÇA, Greyce Batista, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet*, Brasília, *Conteúdo Jurídico*, 2010. En: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29394>>. (Consultado en 28 de enero de 2014); LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005. pp. 02 y ss.; LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*, *Direito e Internet*, *REVISTA DO ADVOGADO*, 2012, n.º 115, ano XXXII, pp. 98-115; LAGO JÚNIOR, Antônio, *Responsabilidade civil por atos ilícitos praticados na internet*, São Paulo, LTR, 2002, pp. 02 y ss.; AA.VV., *A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem por “perfis falsos” na internet*, *Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito*, Belo Horizonte/MG, v. 4, n.º4, Jan/dez 2012, pp. 23-51; PAESANI, Liliana Minardi, *Direito e Internet. Liberdade de Informacao, Privacidade e Responsabilidade Civil*, 5.ºed., Sao Paulo, Ed. Atlas S. A., 2012, pp. 15 y ss.; CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da Internet*, 3.ºed., Sao Paulo, Saraiva, 2007, pp. 103-108; LOTUFO, Renan, *Responsabilidade Civil na Internet*, en GRECO, Marco Aurelio, DA SILVA MARTINS, Ives Gandra, *Direito e Internet. Relacoes Jurídicas na Sociedade Informatizada*, *Revista dos Tribunais*, 2001, Sao Paulo, pp. 210-240; DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade pelos meios eletrônicos*, Juarez de Oliveira, 2002, Sao Paulo, pp. 76-87; BARBAGALO, Érica, *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet*, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*, 2003, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, pp. 341-363. REINALDO FILHO, Demócrito, *A obrigação do provedor de identificar o usuário que acessa a internet: aspecto do substitutivo do senador Eduardo Azeredo que precisa ser discutido com mais racionalidade*, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1233, 16/11/2006. En <http://jus.com.br/artigos/9173>, (consultado en 14/02/ 2014); REINALDO FILHO, Demócrito, *A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet – A mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos*, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. En [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9085](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9085), (consultado en 10/02/2014).

los agentes intermediarios, es tarea ardua y difícil. La interacción, la velocidad de la información, las barreras geográficas, las peculiaridades de la red, la fragilidad de algunos estados de derecho, nos hace tener mucha cautela al establecer el régimen jurídico y las respectivas responsabilidades en internet.

Por otro lado se encuentran diferencias entre las distintas formas de comunicaciones, están los que defienden la aplicabilidad del derecho preexistente, señalando la falta de necesidad de una norma específica sobre la materia, ya que la esencia entre otras características de internet, no deja de ser un medio de transporte de informaciones y comunicación. Lo cierto es que en muchos países, como por ejemplo en Brasil, es verdad que hasta entonces seguían utilizando el derecho preexistente para solucionar los conflictos en relación a las nuevas tecnologías, sin embargo se observan las controvertidas decisiones relativas al asunto, fragilizando el derecho y la idea de justicia en estos países. Por este motivo en nuestra opinión las normas existentes ya no son absolutamente aplicables debido a las particularidades, las características de internet, sin embargo pueden al principio ser suficientes para solucionar eventuales conflictos de intereses<sup>551</sup>.

Observamos que en virtud de sus características, como la rapidez de la información, la facilidad de acceso, la dificultad de persecución de los crímenes, y el anonimato, internet está tornándose el gran objetivo para las prácticas o actividades ilícitas. En la red, cualquier usuario puede crear un perfil y publicar la información que más le conviene, sin control, sin fiscalización del contenido publicado. Los prestadores de servicios de internet, no poseen el deber o la obligación de examinar previamente o fiscalizar el contenido de los mensajes. En consecuencia de esta función pasiva y neutral no podrán tener la misma responsabilidad que los medios de comunicación tradicionales. Hay una necesidad del estado a adaptarse a la diversidad jurídica y sus

---

<sup>551</sup> En este sentido LAGO JÚNIOR, Antônio, *Responsabilidade civil por atos...*, op. cit., pp. 17. Véase también TJMG, 18ª Câmara, Núm. do processo: 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Elpídio Donizetti julg. 18.11.2008. el relator señala que internet es un medio de comunicación relativamente reciente, no hay que se hablar de falta de norma especial para su reglamentación, con la excepción de los casos en que versen a especificidades técnicas del sistema informático. Referente al tema señala BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio...*, op. cit., pp. 348, aun que internet es un medio relativamente nuevo no ha que se hablar de reglas específicas para la responsabilidad civil en la red.

campos de actuaciones. Hasta entonces la insuficiencia de legislación específica en el derecho brasileño hace con que el judicial sea el principal investigador de este nuevo entorno, combatiendo las ilicitudes, identificando responsables, e intentando reparar a las víctimas<sup>552</sup>.

En virtud de la necesidad de encontrar soluciones jurídicas a los problemas derivados de la utilización de internet en los tiempos actuales, en este capítulo haremos un análisis comparativo de la Directiva Europea y Ley de Servicios de la Sociedad de Información Española con la legislación Brasileña referente a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet. Sin embargo antes observaremos algunos derechos y libertades envueltos en las relaciones jurídicas originadas en la red, en el Derecho Brasileño.

### **28.1 Los derechos y libertades en la Red.**

El código civil Brasileño en su artículo 11 del capítulo II trata de los derechos a personalidad. Señala de la misma manera que encontramos en la legislación española que con excepción de los casos previstos en ley, los derechos de la personalidad son intransferibles e irrenunciables. En la Constitución del año de 1988 de Brasil referente a estos mismos derechos en su artículo 5º, X, señala que son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurando el derecho a la indemnización por el daño material o moral originario de su violación<sup>553</sup>.

---

<sup>552</sup> Vid. SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet e a proteção dos direitos da personalidade, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012, En: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11626](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11626) (consultado en 05/01/2014). Véase también REINALDO FILHO, Demócrito, A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet – A mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. En [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9085](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9085), (consultado en 10/02/2014). Así como PAESANI, Liliana Minardi, *Direito e Internet...*, op. cit., pp. 15.

<sup>553</sup> Véase la Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988. Así como el Código Civil de Brasil, Ley nº 10.406 de 10 de enero de 2002. Debemos observar que en la Constitución Española los derechos a la personalidad se encuentran en el artículo 18 que señala que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas, entretanto no menciona como el artículo 5º, X, de la constitución de Brasil, la tutela jurídica correspondiente en virtud de la violación de estos derecho. No obstante el artículo 18 de la Constitución

El concepto adoptado por la Constitución como uno de los fundamentos del Estado brasileño es el principio de la dignidad humana, encontrado en el artículo 1º, III. Así como la doctrina brasileña señala la personalidad como uno de los derechos ligados directamente a la dignidad humana, que es una calidad intrínseca y distinta de cada persona que la hace merecedora de respeto, y que garante condiciones existenciales mínimas. Es un derecho fundamental que permite a la persona desenvolver su personalidad. Los principales derechos a personalidad que nos interese en este trabajo son la privacidad, la intimidad, la honra y la imagen, ambos protegidos por la constitución como derechos fundamentales<sup>554</sup>.

La privacidad es el ámbito de la vida de una persona en que se desarrolla un espacio reservado. Es la manutención de un refugio impenetrable por la sociedad. Este derecho es la defensa de la personalidad humana contra las injerencias de terceros, es el derecho de la persona encontrarse sola<sup>555</sup>.

De la misma manera que en derecho español la intimidad son las relaciones personales, íntimas de las personas, la familia, los amigos, las personas que participan en su vida personal. La intimidad es un espacio más restricto que la privacidad<sup>556</sup>.

---

Española fue más allá al señalar que la ley limitará el uso de la informática para proteger el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

<sup>554</sup> De la misma manera referente al tema debemos observar GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2008, pp. 20; SANTOS, Sabrina Zamana dos, *A responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, (consultado en 05/01/2014). Así como AA.VV., *A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem por “perfis falsos”...*, *op. cit.*, pp. 23-51. Este último autor señala que es la integridad moral que visa garantir los atributos interiores y psicológicos relacionados con la persona, como por ejemplo el nombre, la honra, la imagen, la vida privada y el recato.

<sup>555</sup> Referente al tema véase BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da Personalidade*, 7ºed., Rio de janeiro, Forense Universitária, 2006, pp. 94. Así como DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade...*, *op. cit.*, pp. 76-87. La autora demostró su preocupación con los datos personales disponibles en internet. Véase también el artículo 5º, incisos V, X, XI, XII, LX y artículo 20 de la Constitución. Para LEONARDI, Marcel, *Tutela e Privacidade na Internet*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 54, el derecho de estar solo, no indica que solamente a privacidad representa. Por esto la idea de estar solo es vaga y no sirve de guía para definir o que protegido por la privacidad. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 209-212, señala que los datos electrónicos especialmente los datos personales constituye una amenaza poderosa al derecho a privacidad. Los grandes bancos de datos pueden son una amenaza a la vida privada de las personas, que sin su conocimiento o autorización desvelen sus vidas.

<sup>556</sup> En este sentido véase NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito e Jornalismo*, São Paulo, Editora Verbatim, 2011, pp. 124-126. Debemos observar que el autor destaca referente a las personas públicas que no es el derecho que cambia, más el alcance de la intimidad y de la privacidad. No significa

La honra es el conglomerado de cualidades que caracterizan la dignidad humana, su reputación, el buen nombre, los atributos intelectuales, los atributos físicos, el respeto que tiene la sociedad por esta persona, el respeto entre los individuos. Es el derecho que uno tiene de resguardar sus cualidades. Es la tutela del prestigio social contra las falsas imputaciones de terceros que abalan la reputación, la fama y el buen nombre de la persona<sup>557</sup>.

La imagen de las personas nada más es que la figura grafica que esta representa. El derecho a la imagen puede ser encontrado en al artículo 5º, incisos V, X, XXVIII y en el artículo 20 de la Constitución. No obstante la imagen como variación del artículo 5º, V, de la Constitución, referente al derecho de respuesta, puede ser tratada como un conjunto de atributos cultivados por el individuo y reconocidos por la sociedad<sup>558</sup>.

De la misma manera que en el derecho español, se protege en el derecho brasileño la libre manifestación de pensamientos, la inviolabilidad y sigilo de las correspondencias y de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, así como protege la inviolabilidad de los datos, salvo por órdenes judiciales en la forma que la ley establece para fines de investigación criminal o penal. Se protege también por el derecho brasileño, la libertad de información así como el derecho de autor y su exclusividad en la utilización, publicación o reproducción de sus obras<sup>559</sup>.

El artículo 5º, IV, de la Constitución, trata de la libre manifestación de pensamiento, el derecho de opinión de las personas. El mismo inciso veda el anonimato.

---

que las personas públicas no tengan intimidación, mas su esfera de la vida privada es más restricta que una persona común. Para BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 437, la libertad de expresión sea ella intelectual, artística, o de comunicación, no es absoluta, y es así que nos garante el artículo 5º, X, de la Constitución. Véase también DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada...*, *op. cit.*, pp. 76-87. En el referido trabajo la autora demostró enorme preocupación con la protección de la intimidad en los medios electrónicos.

<sup>557</sup> De la misma manera véase SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito...*, *op. cit.*, pp. 208. Así como NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito e Jornalismo...*, *op. cit.*, pp. 124-131 y AA.VV., *A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem...*, *op. cit.*, pp. 33.

<sup>558</sup> Véase referente al tema NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito e Jornalismo...*, *op. cit.*, pp. 132. Así como BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da Personalidade...*, *op. cit.*, pp. 94, que señala que la imagen es el conjunto de caracteres que identifican la persona en el medio social.

<sup>559</sup> Véase en este sentido el artículo 5º de Constitución Brasileña incisos IV, XII, XIV y XXVII. Debemos destacar que la libertad de pensamiento encontrada en el inciso IV prohíbe de forma expresa el anonimato.

En el inciso IX, del mismo artículo, la constitución asegura la libertad de expresión, sea ella artística, intelectual, científica o de comunicación, independientemente de censura.

Por otro lado encontramos la libertad de información que asegura a todos las personas el acceso a la información. Esta libertad es el derecho de recibir la información, o de informarse, y asimilar, como también el derecho de informar las noticias, vedada la censura<sup>560</sup>.

No obstante, todos estos derechos y libertades, como la de información, expresión, o de pensamiento, encuentran sus límites asegurados por la constitución, que sirven para garantizar el orden y el desenvolvimiento de la sociedad, así como protege los derechos fundamentales de las personas, como por ejemplo el derecho a la personalidad<sup>561</sup>.

Pese a toda esta protección a los derechos y libertades individuales de las personas encontrados en la Constitución, no encontramos en el derecho brasileño hasta entonces una ley específica relacionada con las garantías de estos derechos en virtud del uso de las nuevas tecnologías. Encontrábamos innumerables proyectos de leyes, sin embargo en este último año con los escándalos de espionaje en las comunicaciones electrónicas del gobierno de Brasil por el gobierno estadounidense y el Encuentro Multisectorial Global sobre el Futuro de la Gobernanza de Internet (NETmundial), que tubo sede la ciudad de São Paulo en los días 23 e 24 de abril de 2014, a las prisas entro en vigor la Ley núm. 12.965, de 23 de Abril de 2014, conocida como el Marco Civil de Internet<sup>562</sup>.

En virtud de la novedosa norma reguladora de internet, vamos hacer un análisis del Derecho Brasileño existente referente a la utilización de las nuevas tecnologías y la

---

<sup>560</sup> En este sentido véase los artículos 5º, IV y IX, como también el artículo 220, de la Constitución. Así como NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito e Jornalismo...*, *op. cit.*, pp. 44.

<sup>561</sup> En este sentido véase SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet..., *op. cit.* Así como PAESANI, Liliana Minard, *Direito e Internet*. São Paulo, Atlas, 2000, pp. 8.

<sup>562</sup> Véase la Ley núm. 12.965, de 23 de abril de 2014, que establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso de internet en Brasil. Para MONTENEGRO, Antonio Lindberg, *A internet em suas relações contratuais e extracontratuais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 174, es importante advertir que la libertad de comunicación que de defiende en internet no puede excluir la ilicitud de las actividades que se practiquen en la red.

responsabilidad civil en la red, utilizando como base el Código Civil, Código de defensa del Consumidor y la nueva Ley del Marco Civil de Internet<sup>563</sup>.

## **28.2 La aplicabilidad del derecho preexistente y la responsabilidad civil en internet, encontrada en el derecho brasileño.**

La responsabilidad civil en el derecho brasileño se conceptúa como la obligación de reparación del daño causado a otra persona en virtud de sus actos, o por la actividad de personas o cosas de ella dependientes. Ya sea por su acción u omisión voluntaria, por su negligencia o imprudencia, que viole derechos o cause daño a otros<sup>564</sup>.

La responsabilidad civil está reglamentada en el Código Civil en sus artículos 186 y 927, que señalan que aquel que causare daño a tercero, ya sea por acción u

---

<sup>563</sup> Pese no encontrarnos normativas específicas relacionadas con la responsabilidad civil en internet, encontramos otras normativas relativas a internet. Véase la Ley núm. 12.735, de 30 de noviembre de 2012, en que altera el Decreto-Ley núm. De 7 de diciembre de 1940, Código Penal, el Decreto Ley núm. 1.001 de 21 de octubre de 1969 y la ley núm. 7.716, de 5 de enero de 1989, para tipificar conductas realizadas mediante el uso del sistema electrónico, digital o similares. Véase también la Ley 12.737 de 30 de noviembre de 2012, que establece tipificación criminal de delitos informáticos, altera el decreto ley 2.848, de 7 de diciembre de 1940, Código Penal, entre otras previsiones. Así como la Ley 11.829 de 25 de noviembre de 2008, en que altera la Ley 8.069 de 13 de julio de 1990 del Estatuto de la crianza y del adolescente, contra la pornografía infantil y otras conductas en internet.

<sup>564</sup> En este sentido véase el artículo 927 de Código Civil Brasileño. Así como DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro, n°1, jan./jun. 2004, *Boletim Técnico*, Belo Horizonte, Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, pp. 11-38. Para PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 1. pp. 461, la responsabilidad civil tiene como requisitos esenciales la conducta antijurídica, sea por acción o omisión, la existencia del daño sea de orden material o inmaterial, patrimonial o no, e por ultimo un nexo de causalidad entre ambas. Señala PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009, que la responsabilidad civil objetiva no interesa la acción o omisión voluntaria, negligencia, impudencia o impericia, basta la demostración del daño y el nexo de causalidad entre ambos y el sujeto causador. Con la excepción de que exista alguna causa excluyente de responsabilidad, como es el caso de culpa exclusiva de la víctima. Advierte también GOMES, Orlando, *Obrigações*, 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000. pp. 307 y ss., que la obligación de indemnizar es obligatoria por ley a algunas personas, independientemente de la práctica del acto ilícito. Ejemplifica el autor que una acción o omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, el daño de una persona puede ser causado sin la culpa del agente, en este sentido no se puede afirmar que el comete un delito civil. En estos casos la obligación de reparar el daño no encuentra su causa generadora en la acto civil, por este motivo no debería hablarse de responsabilidad, que es la idea moral, inseparable de la imputabilidad. Se utiliza este vocabulario para significar la obligación del resarcimiento del daño sin la culpa, que es la responsabilidad objetiva. En resumen, el deber de indemnización del daño producido es más una garantía que una propiamente una responsabilidad. En esta misma línea MENDONÇA, Greyce Batista, *Responsabilidade Civil dos Provedores...*, *op. cit.*, pp. 2, señala que el objetivo principal de la responsabilidad es establecer el equilibrio anterior de la ocurrencia del daño. Es decir, el individuo deberá ser indemnizado proporcionalmente a gravedad del perjuicio.

omisión, negligencia, o imprudencia, comete un acto ilícito. Y aquel que por acto ilícito, causare daño a un tercero, queda obligado a repararlo.

Encontramos en el Código Civil una división de los conceptos de la responsabilidad civil, una referente a la responsabilidad subjetiva y otra a la responsabilidad objetiva, sin embargo ambos conceptos encontramos en el artículo 927 del código civil brasileño. El artículo señala que aquél que por acto ilícito cause perjuicio a otro, queda obligado a reparar el daño<sup>565</sup>.

La responsabilidad subjetiva se conceptúa como aquel que por acto ilícito ocasionar daño a un tercero, queda obligado a repararlo. Esta responsabilidad nace mediante el análisis de la conducta de agente, observando si efectivamente hubo responsabilidad por el daño. Es decir, la responsabilidad surge con la prueba de culpa del agente. Muy distinta de la responsabilidad objetiva que veremos en seguida donde el elemento culpa no necesita ser probado<sup>566</sup>.

De otra parte la responsabilidad objetiva encontramos en el párrafo único del mismo artículo que señala que habrá la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en ley, o cuando la actividad desenvuelta por el autor del daño implicar, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otra persona. Es decir, el autor del daño asume el riesgo, bastando el nexo causal

---

<sup>565</sup> Debemos observar que la regla general es la responsabilidad subjetiva encontrada en el artículo 927 del código civil brasileño que es aquel que por acto ilícito ocasionar daño a otro, queda obligado a reparar. Véase en el mismo sentido ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss Así como QUEIROGA, Antônio Elias, *Responsabilidade Civil e o novo Código Civil*, 3 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 13, advierte que hay elementos generales necesarios para la incidencia de la responsabilidad civil, como por ejemplo la necesidad de la conducta humana, sea ella positiva o negativa, un daño o perjuicio y el nexo de causalidad. En este mismo sentido MENDONÇA, Greyce Batista, Responsabilidade Civil dos Provedores..., *op. cit.*, pp. 2. La autora advierte que para ser caracterizada la responsabilidad civil son necesarios tres requisitos esenciales: la conducta, el daño y el nexo causal. Además de cuando hablamos de la responsabilidad subjetiva, es necesario también el elemento culpa. Para BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio*, *op. cit.*, pp. 348, las dos teorías la subjetiva y objetiva diferencian cuanto al elemento de la culpa del agente, pero se igualan en la necesidad de daño y de la causalidad entre la acción de agente y el daño.

<sup>566</sup> Véase ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Así como LAURÁDIO, Regiane Scoco, Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso a Internet, 2011, Revista de Direito, Unianchieta, Núm. 15, pp. 89-102, en [http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito\\_new/pdf/direito15\\_7.pdf](http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_7.pdf), (consultado en 09/02/2014).

entre la conducta del agente y las consecuencias que ella acarrete. Por esto motivo esta responsabilidad basase en la teoría del riesgo, en que si desconsidera el comportamiento del agente y el elemento subjetivo, restando solamente la obligación de reparar el daño en virtud de la actividad ejercida. Es decir, la ocurrencia del facto, no de la culpa, para que surja el deber de indemnizar. Aquel que por sus actividades o comportamiento, ocasione riesgo y daño a un tercero, queda obligado a indemnizar, mismo que él esté exento de culpa<sup>567</sup>.

Debemos observar que la actividad ejercida por el autor del daño debe por su naturaleza existir riesgo en virtud de la función normalmente desenvuelta. En estos casos no es la actividad normalmente ejercida que se pretende abrigar, mas solamente aquellas que su propia naturaleza o por sus características de los medios utilizados contienen una intensa posibilidad de probar el daño en razón de su potencialidad ofensiva<sup>568</sup>.

La doctrina brasileña advierte que la función de la responsabilidad civil en la sociedad es salvaguardar el equilibrio jurídico-económico, cuando este constar violado por una acto dañoso que resulte prejudicial a un tercero. Es la obligación de alguien a reparar el daño moral o patrimonial, ocasionado a un tercero, en virtud de su propio acto, o del acto de un tercero por quien responde, o cosa o animal en su guarda. Así como que en virtud de alguna imposición legal<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> De la misma manera ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Así como RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil, v. IV, 19 ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 10 y ss.; SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet e a proteção..., *op. cit.*, 2012. Debemos señalar que la responsabilidad objetiva esta prevista en el artículo 927, párrafo único del Código Civil, así como el artículo 12 y 14 del Código de Defensa del Consumidor. Señala LAURÁDIO, Regiane Scoco, Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso..., *op. cit.*, pp. 89-102, que el legislador al utilizar la expresión actividad normalmente desenvuelta por el autor del daño, debe ser entendida como lo servicios practicados habitualmente, reiterada por el autor del daño, siendo vedada la actividad meramente esporádica o momentánea, debiendo aun guardar ligación directa con el objeto social por ella desenvuelto.

<sup>568</sup> Vid. LAURÁDIO, Regiane Scoco, Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso..., *op. cit.*, pp. 89-102.

<sup>569</sup> En este mismo sentido véase RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil, *op. cit.*, pp. 10 y ss.; ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.; Señala GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil*, 7 ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 03, que la responsabilidad es la obligación de asumir las consecuencias jurídicas de un fato, ya sea la reparación del daño o su punición personal, de acuerdo con

En resumen podemos afirmar que la responsabilidad civil en el derecho brasileño lo que persigue es atender la acción compensatoria de la víctima, la punición del ofensor y por último la reprobación social de la conducta lesiva. En el caso de internet no podría ser distinto y encuentra respaldo en los artículos 186 y 927 del código civil, así como cuando comprobada la relación de consumo, en los artículos 12 y 14 del código de defensa del consumidor, y ahora en la novedosa Ley del Marco Civil de Internet recientemente aprobada que estudiaremos adelante<sup>570</sup>.

### **28.3 La aplicabilidad del Código de Defensa del Consumidor brasileño.**

La aplicabilidad del Código de Defensa del Consumidor referente a responsabilidad civil de los prestadores de servicios de internet nace de la relación de consumo existente entre este prestador de servicios y los usuarios de la red. Esta relación de consumo surge de la misma forma que la prestación del servicio sea gratuita. Pese que el artículo 3° del Código de Defensa del Consumidor nos habla de servicios mediante remuneración los tribunales ya son unánimes en hallar que la relación puede ser considerada de consumo<sup>571</sup>.

En este sentido los prestadores de servicios en internet actúan como el suministrador, que es toda la persona física o jurídica, pública o privada, que desenvuelven una actividad de producción, montaje, creación, transformación,

---

los intereses lesionados. Véase también DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 33-34, que advierte que la responsabilidad civil es la aplicación de medidas que obliguen a una persona a reparar el daño, en razón de acto del propio imputado, o de persona por quien él responde, o de facto o cosa o animal en que este bajo su guarda, o aun por la simple imposición legal.

<sup>570</sup> Véase ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>571</sup> Véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de dominio*, *op. cit.*, pp. 350. Para la autora verificada la relación de consumo entre los prestadores de servicios de internet y sus usuarios, prevalecerá lo dispuesto en el Código de Defensa del Consumidor. Véase también la decisión del TJMG, Acórdan núm. 20000.00.479970-2/000 (1), Rel. Des. Elpídio Donizetti, Dje 02/06/2005. Así como debemos observar la decisión del TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2007.001.523346, Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira, j. em 16/01/2008, que al contrario señala la inexistencia de la relación de consumo entre el usuario y el prestador de servicio. Para la sentencia el prestador de servicio de hospedaje que se limita a ofrecer un espacio de almacenamiento de páginas en internet no mantiene ninguna relación de consumo con el usuario. Diferentemente de lo que venimos señalando, para la decisión, la ausencia de remuneración impide el reconocimiento de la relación de consumo. Finalmente señala la imposibilidad de control del prestador debiendo responder de forma subjetiva, solamente mediante su demostración de culpa.

distribución, comercialización, etc., de productos o prestación de servicios. Por otro lado, los usuarios se conforman como el consumidor, que es toda la persona que adquiere o utiliza un producto o servicio como el destinatario final, mismo de forma gratuita<sup>572</sup>.

No obstante observamos que en algunos servicios en red no se encuentra esta relación de consumo. Por ejemplo los prestadores de servicios de *backbone*, que no prestan un servicio directamente a los usuarios, pero ofrecen sí sus servicios a las empresas que a su vez ofrecen servicios a los consumidores finales, es decir, los usuarios. En estos casos la relación entre los prestadores de servicios de *backbone* y los usuarios está vinculada al Código Civil y no al Código de Defensa del Consumidor<sup>573</sup>.

El objeto de la relación de consumo entre los prestadores de servicios y los usuarios es el suministro de servicios con lo cual, ocurre normalmente mediante un contrato, que puede ser remunerado o no, y que fornece el acceso a la red, servicios de información o comunicación, servicios de e-mail, páginas personales, etc., entre las partes. Estos servicios se encuadran perfectamente en el concepto de suministrador encontrado en el artículo 3° del Código de Defensa del Consumidor<sup>574</sup>.

Los contratos de prestación de servicios entre las partes podrán contener reglas referente a los recursos disponibles, seguridad, las tareas realizadas, reglas relativa a la protección de los datos personales, las obligaciones de las partes, reglas de disolución del contrato, en resumen todo lo necesaria para el efectivo suministro de los servicios encontrados en la red, incluso reglas referente a las responsabilidades de las partes<sup>575</sup>.

Otra de las obligaciones de los prestadores de servicios en internet es la de utilizar tecnologías adecuadas para los fines que se destinan, es decir, los prestadores de servicios deben utilizar toda la tecnología disponible en el mercado en el momento del

---

<sup>572</sup> Quedan claramente reflejados en los artículos 2 y 3 del Código de Defensa del Consumidor.

<sup>573</sup> De la misma manera encontramos en LAURÁDIO, Regiane Scoco, Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso..., *op. cit.*, pp. 89-102.

<sup>574</sup> Referente al tema véase MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2008, pp. 279-280. Así como el artículo 3° del Código de Defensa del Consumidor.

<sup>575</sup> Véase también MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente..., *op. cit.*, pp. 280.

suministro del servicio, para la efectiva realización de sus actividades. Esto no quiere decir que cuando haya una nueva tecnología la anterior tornase obsoleta y el servicio es considerado defectuoso. Sin embargo deberá el prestador de servicio demostrar que su objetivo es siempre mantenerse actualizado teniendo en vista la evolución tecnológica<sup>576</sup>.

De la misma manera, deberán utilizar todos los medios necesarios para la identificación de sus usuarios, como los datos de registro y de conexión. No obstante, han de mantenerlos en sigilo, con la excepción de la práctica de actividades ilícitas cometidas por sus usuarios, en que dependiendo de los casos, mediante orden judicial podrán divulgar<sup>577</sup>.

De acuerdo con los artículo 6º, III y 31 del Código de Defensa del Consumidor, los prestadores de servicios tiene la obligación de información adecuada, precisa y clara referente a los diferentes productos y servicios, con especificación correcta, características, composición, cualidades, tributos incidentes y precios, así como los riesgos que presenten, es decir, cabe al prestador informar todo lo referente al producto o servicio ofrecido<sup>578</sup>.

Aun referente a la aplicabilidad de Código de Defensa del Consumidor, debemos observar el artículo 14 referente a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios. El artículo señala que el prestador responde, independientemente de la existencia de culpa (responsabilidad objetiva), por la reparación de los daños causados a consumidores, en nuestro caso, usuarios, por defectos relativos a la prestación de los servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas referentes al uso y a

---

<sup>576</sup> En este mismo sentido véase LAURÁDIO, Regiane Scoco, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso...*, *op. cit.*, pp. 89-102; LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss; LAGO JÚNIOR, Antônio, *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, pp. 77. Así como referente al servicios de contenido y e-mail BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio*, *op. cit.*, pp. 356-357.

<sup>577</sup> De la misma manera LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

<sup>578</sup> De la misma manera véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio...*, *op. cit.*, pp. 351-360. Además advierte la autora referente a los prestadores de servicios de contenido que caben a ellos ofrecer la mayor cantidad de información referente al producto o servicios ofrecidos.

los riesgos. Además advierte que los servicios son considerados defectuosos cuando no ofrecen la seguridad esperada por los consumidores<sup>579</sup>.

Referente al tema encontramos algunos autores señalan que la prestación de servicio puede considerarse defectuosa cuando los mismos no poseen un control efectivo referente a la identidad de sus usuarios. Con el aumento de los perfiles falsos en internet, son los prestadores de servicios que deben ofrecer medios técnicos para la prevención de estas actividades o pueden responder de acuerdo con el Código de Defensa del Consumidor por producto defectuoso. Para eximir de responsabilidad deben demostrar que el defecto no existe. No obstante los prestadores de servicios pueden alegar culpa exclusiva de tercero, en estos casos deben responder en parte por el riesgo ocasionado<sup>580</sup>.

Debemos observar que no compartimos la opinión antes citada, de lo contrario estaríamos estableciendo que casi todas las actividades desenvueltas en internet, los prestadores de servicios podrían responder por riesgo agregado a la actividad, respondiendo objetivamente de acuerdo con el Código de Defensa del Consumidor. Veremos más adelante que sería una decisión equivocada y en desacuerdo con las decisiones establecidas a nivel mundial.

---

<sup>579</sup> Debemos observar que SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 101-112, identifica en la responsabilidad objetiva del Código de defensa del Consumidor, cuatro elementos: el defecto del servicio, el nexo de la imputación, el daño del consumidor, y el nexo de causalidad. Referente a materia véase también LAURÁDIO, Regiane Scoco, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso...*, *op. cit.*, pp. 89-102. Así como BARBAGALO, Érica, *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio...*, *op. cit.*, pp. 351-358. Para esta última autora el usuario que sea caracterizado como consumidor y sentirse lesionado en su privacidad o intimidad, podrá requerir la reparación del daño, en que el prestador de servicio responderá de forma objetiva.

<sup>580</sup> Véase en este sentido AA.VV., *A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem por "perfis falsos"...*, *op. cit.*, pp. 23-51.

## 29. Los prestadores de servicios en internet.

Antes de adentrarnos en el tema de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet, es importante el análisis de algunos conceptos técnicos relacionados con la materia, y como estos conceptos son tratados en la legislación brasileña.

Conceptúa la doctrina brasileña que los prestadores de servicios son las personas física o jurídica que ofrecen los servicios relacionados con el funcionamiento de la red o por medio de ella ejercen sus actividades de forma gratuita o mediante una remuneración. El prestador de servicio puede desenvolver distintas tareas, considerándose un término genérico para referirnos a estos ofrecedores de los servicios de internet. No obstante la particularización de las actividades desenvueltas por estos prestadores de servicios influenciará directamente en las posibles responsabilidades civiles por ilícitos encontrados en la red, siendo aplicables a estos prestadores, de acuerdo con cada especie. En este sentido, podemos dividirlos en cinco especies: <sup>581</sup>

- a) los prestadores de *backbone*: son los servicios que sustentan todo el flujo de datos que circula en internet. Ofrecen una gran estructura en la red, haciendo la distribución del acceso a los demás servicios. Estos servicios son capaces de manipular un enorme número de informaciones a través de circuitos de alta velocidad<sup>582</sup>.
- b) los prestadores de servicios de acceso: son los responsables de hacer llegar la conectividad de los

---

<sup>581</sup> Vid. LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, pp. 19, ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss.; PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. Así como PAESANI, Liliana Minardi, *Direito e Internet...*, *op. cit.*, pp. 73. La autora conceptúa los prestadores de servicios en internet como sujetos privados, que mediante líneas telefónicas disponen al usuario la conexión con la red y eventualmente prestan otros servicios, mediante remuneración o de forma gratuita.

<sup>582</sup> Véase también relacionado con el tema ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss.; LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, pp. 19-20; PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009; MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2008, pp. 282.

prestadores de *backbone* a los usuarios. Es a través de estos servicios que los usuarios tienen el acceso a internet. Debemos observar que los prestadores de servicios de acceso no envuelven ningún otro servicio accesorio que se pueda ofrecer en conjunto<sup>583</sup>.

- c) los prestadores de servicios de correo electrónico: posibilitan el intercambio de mensajes electrónicos, así como el almacenamiento y acceso al sistema, a través de un nombre de usuario y una contraseña<sup>584</sup>.
- d) los prestadores de servicios de hospedaje: estos servicios posibilitan o almacenamiento de datos, permitiendo que terceras personas tengan el acceso a estos datos, en conformidad con las condiciones establecidas

---

<sup>583</sup> Referente al concepto del prestador de servicio de acceso véase la Portaria del Ministerio de Comunicación 148/95. Véase también BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, *op. cit.*, pp. 344-345; ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.; PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, 2009; LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 19-26. Leonardi señala que la relación jurídica entre el usuario y el prestador de servicios de acceso es de consumo. El usuario configura en la relación como el destinatario final del servicio, y el prestador es el suministrador del servicio. Advierte aun que los contratos celebrados entre las partes en estos casos es normalmente contratos de adhesión, donde no permiten la discusión o modificación de las cláusulas. Los consumidos apenas optan por las modalidades de servicios preestablecidos por los suministradores. Referente al tema debemos observar el TJMG, 18ª Câ, Núm. do processo: 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Elpídio Donizetti, Dje 10/12/2008, que señala que los prestadores de servicios de acceso por fornecieren el acceso a los usuarios les asignando una dirección de IP, desenvuelven una actividad típicamente de consumo, respondiendo de esta forma objetivamente por la calidad y seguridad de la conexión. Para DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada...*, *op. cit.*, pp. 77, la seguridad en internet está en manos de los proveedores de acceso que deben adoptar sistemas de seguridad eficaces contra las violaciones en internet, principalmente contra los *hackers*.

<sup>584</sup> Referente a estos servicios véase MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente..., *op. cit.*, pp. 287. Así como ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Los autores señalan que a los prestadores de servicios de correos electrónicos mismo que el servicios de correos sea ofrecido por otro prestador, ocasionando así una fusión de servicios, no implica que los distintos servicios sean confundidos. Para LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 26-27, de la misma forma que los prestadores de servicios de acceso la relación jurídica entre usuario y el prestador de correos electrónicos es de consumo. Así como el contrato es normalmente de adhesión. Véase también el TJMG, 18ª Câ, Núm. do processo: 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Elpídio Donizetti, Dje 10/12/2008, que señala que los prestadores de servicios de correo electrónicos, deben actuar de la misma forma que los correos convencionales, observando el carácter sigiloso de las comunicaciones, y responden objetivamente por los daños causados a sus usuarios. Aun referente al tema véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, *op. cit.*, pp. 345, que advierte que mismo cuando el usuario no está conectado a la red, el prestador de servicio trabaja para él, recibiendo y almacenado sus mensajes.

anteriormente con el contratante del servicio. Son también conocidos como *hosting*. Estos prestadores colocan a disposición de los usuarios o de un prestador de contenido, un espacio en su servidor con el objetivo de la divulgación de estas informaciones a los usuarios o prestadores de servicios que quieran exhibir en sus *web sites* o tornarlas visibles y accesibles desde cualquier lugar<sup>585</sup>.

- e) los prestadores de contenido: son quienes dan disponibilidad en internet a las informaciones creadas por los proveedores de información, utilizando de esta forma, servidores propios o servicios de hospedaje. Estos prestadores de ninguna forma deben confundirse con los proveedores de informaciones, que son los responsables por las informaciones divulgadas en internet. No obstante la información vinculada en la red puede ser producida por los prestadores de contenido, ya sea a través de sus prepuestos o de autores con acceso permitido por el proveedor<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> Conceptúan de la misma manera BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, *op. cit.*, pp. 346; CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira, Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo, *BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Doutrina: Edição Comemorativa 15 anos*, Brasília, Brasília Jurídica, STJ, 2005, pp. 167. Señalan que los prestadores de servicios de hospedaje son los responsables en colocar a disposición de los usuarios o prestador de servicio de contenido, un espacio de almacenamiento o servidor, para la divulgación de sus usuarios o prestador de servicio que deseen ver exhibidos en sus páginas web. En el mismo sentido LEMOS, R.; WAISBERG I., Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet, en *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*, São Paulo, RT, 2003, pp. 346. Así como ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Para LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 30, la relación jurídica entre el prestador de servicios de contenido y el de hospedaje es de consumo. Donde los usuarios son los destinatarios finales de los servicios prestados. Los acuerdos efectuados por las partes en estos casos son contratos normalmente de adhesión, en que no se permite la modificación o discusión de las cláusulas.

<sup>586</sup> Para la Portaria (que son las ordenanzas, es decir, actos por los que las autoridades competentes determinan medidas de carácter administrativo. Sirven para dar instrucciones sobre la aplicación de leyes y servicios, definir situaciones funcionales y adoptar medias de orden disciplinaria) del Ministerio de Comunicación 148/95, es los prestadores de servicios de contenido que poseen la información de interés y que disponen en la red. Véase también BARBAGALO, Érica, Aspectos da

Los prestadores de servicios que en la práctica desenvuelven simultáneamente distintos servicios, deberán responder de acuerdo con la naturaleza de sus servicios, para que se pueda adoptar el régimen jurídico adecuado.

### **29.1 Los deberes u obligaciones de los prestadores de servicios en internet.**

Pese no encontrarnos en la novedosa ley del Marco Civil de internet un artículo específico referente a las obligaciones de los proveedores de servicios en internet, la doctrina es unánime en establecer determinadas obligaciones o deberes a estos servicios<sup>587</sup>.

Entre muchas de estas obligaciones la utilización de tecnología adecuada, conocer los datos de sus usuarios, conservar las informaciones por un tiempo determinado, mantener en sigilo los datos o informaciones de sus usuarios, así como no

---

responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, *op. cit.*, pp. 345.-346. Debemos observar que es común encontramos prestadores de contenido que publican informaciones de sus usuarios, como por ejemplo en los blogs, o en los foros, así como en las redes sociales. No obstante estos usuarios son los proveedores de información y no los prestadores de contenidos. En este mismo sentido ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss. Para LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 30-31, no podemos confundir los prestadores de servicios de contenido con los prestadores de servicios de información. El prestador de servicio de información es responsable por la creación de las informaciones que circulan en la red. Es el efectivo autor de las informaciones que disponen los prestadores de contenido. Por otro lado, los prestadores de servicios de contenido son los divulgan las informaciones creadas por los prestadores de servicios de información, utilizando para esto, servidores propios o de un prestador de servicios de hospedaje. Referente al tema véase el TJMG, 18ª Câ, Núm. do processo: 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Elpídio Donizetti, Dje 10/12/2008, que advierte que los prestadores de servicios de contenido y de hospedaje que al permitir a los usuarios que publiquen informaciones que serán divulgadas en sus páginas, firman entre ellos un negocio jurídico que se asemeja a un contrato de alquiler de espacio electrónico. De esta forma, mismo que a título gratuito, hay una relación de consumo, en que uno utiliza del servicio para divulgar informaciones y el otro fornece el servicio. No obstante señala LAURÁDIO, Regiane Scoco, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso...*, *op. cit.*, pp. 89-102, que los prestadores de servicios de contenido que ejercen un control editorial previo a las informaciones disponibles en su página, responden de forma concurrente con el proveedor de la información.

<sup>587</sup> Referente a la falta de regularización véase la decisión del TJMG, 18ª Câ, Núm. do processo: 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Des. Elpídio Donizetti, Dje 10/12/2008. Para el relator internet consiste en un conglomerado de redes de ordenadores dispersos en escala mundial, con el objetivo de realizar la transferencia de datos electrónicos por medio de un protocolo común (IP) entre usuarios. Para el relator aun que internet es un medio relativamente reciente, no hay que se hablar de la necesidad de una normativa específica para su reglamentación. Con la excepción de los casos que versen por las especificaciones técnicas de los sistema de informática.

vigilar y no censurar las informaciones de sus usuarios, son algunos ejemplos de lo establecido en la doctrina y jurisprudencias<sup>588</sup>.

En este sentido, los prestadores de servicios, como hemos dicho anteriormente, tienen el deber de utilizar tecnologías adecuadas de acuerdo con las actividades que ejerzan, considerando el desarrollo tecnológico al momento de la prestación del servicio. El incumplimiento de esta regla, puede ocasionar la responsabilidad directa del prestador del servicio, ya sea por acto propio, o por acto de un tercero, ocasionando la co-responsabilidad entre las partes implicadas<sup>589</sup>.

Referente al anonimato es importante señalar que los prestadores de servicios deben utilizar los medios tecnológicos adecuados y seguros que posibiliten la identificación de los datos de conexión de sus usuarios, para que en el caso de orden judicial estos datos sean ofrecidos a quien los soliciten<sup>590</sup>.

La falta de preservación por un determinado tiempo de los datos técnicos de conexión, acceso, y datos de registro de los usuarios, no permitiendo de esta manera la identificación o localización de quien supuestamente cometió un ilícito, puede ocasionar la responsabilidad solidaria del prestador, que por omisión no ha podido identificar o localizar el usuario<sup>591</sup>.

De la misma manera que en derecho europeo, la protección de los datos personales, de acceso y de conexión está protegida en el derecho brasileño. De esta forma los prestadores de servicios de internet tienen la obligación de sigilo de estas

---

<sup>588</sup> Véase en ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Así como señala la jurisprudencia TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004, la no obligación de monitorear o censurar las informaciones de los usuarios.

<sup>589</sup> La responsabilidad de los prestadores de servicio, o la participación en la responsabilidad, en este sentido ocurre cuando el acto del prestador no ha sido prevenido o interrumpido en razón de falla o defecto. *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>590</sup> De la misma manera señala ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Además advierte la autora que no es siempre que los datos de inscripción con los nombres, direcciones, etc., de los usuarios, son correctos y actuales.

<sup>591</sup> *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

informaciones, así como un deber general de no monitorear estas informaciones. No obstante hay la posibilidad mediante contrato de las partes acordaren alguna excepción a esta regla. Hay que advertir también que la práctica de ilícitos mediante internet pueden ocasionar la quiebra de este sigilo de los datos identificativos y de localización, esta podrá ocurrir mediante orden de alguna autoridad competente, así como en acuerdos taxativos establecidos entre los prestadores y los usuarios<sup>592</sup>.

La práctica de la censura también no está permitida a los prestadores de servicios. No son ellos quienes deciden si las informaciones ofrecidas por sus usuarios deben o no publicarse. Sin embargo hay que se respetar los términos de los contratos entre los prestadores de servicios y sus usuarios. En este caso hay la posibilidad, mediante acuerdo establecido entre usuario y prestador, de bloquear o eliminar informaciones que se consideran ilícitas. También el bloqueo y eliminación puede ocurrir mediante órdenes judiciales<sup>593</sup>.

Es común encontramos jurisprudencias advirtiendo a los prestadores de servicios, que cuando tienen el conocimiento de alguna actividad ilícita en sus páginas de internet, tienen la obligación de reaccionar, retirando o bloqueando la actividad o la información. Caso contrario, caerán en omisión, respondiendo civilmente de forma objetiva. Es la idea dominante encontrada en la doctrina y los Tribunales, no obstante

---

<sup>592</sup> Para ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss., podrán haber excepciones aplicables al deber de sigilo de los datos de acuerdo con lo establecido en las leyes. El deber de no monitorear los datos está protegido por la garantía de los sigilo de las comunicaciones, admitiendo excepciones solamente en los casos especiales. Véase también la jurisprudencia TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004, que excluye la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet ya que los mismos tienen restringido el acceso a las informaciones de sus usuarios, en concordancia con la constitución artículo 5, X y XII, referente a la protección de la intimidad, vida privada, la honra y la imagen, así como el sigilo de correspondencia. De la misma manera PARENTONI, Leonardo Netto, Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de Internet, vol. 896, São Paulo, RT, 2010, pp. 88-90.

<sup>593</sup> De la misma manera véase ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Para la autora la quiebra del sigilo de los datos de inscripción y de conexión de los usuarios es distinta de la regla de no monitorear las informaciones transmitidas por los usuarios, ya que el primero se protege por el derecho a la privacidad y el segundo por el secreto de las comunicaciones.

veremos los cambios introducidos por la ley del Marco Civil y también algunas jurisprudencias y parte de la doctrina que apuntan al sentido contrario<sup>594</sup>.

## **29.2 La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet por sus propios actos.**

De acuerdo con las reglas preestablecidas en el derecho patrio brasileño, hasta entonces aplicables, ya que no podíamos encontrar una normativa específica relativa a la responsabilidad civil en internet, como regla general, responderá civilmente por el daño quien lo ocasiono, es decir, el autor de la actividad ilícita. Sabemos que los prestadores de servicios, ya sea como prestador de servicios de contenido o de hospedaje, pueden ofrecer informaciones diversificadas, que podrán ser de contenido propio o de contenido de terceros, ocasionado consecuencias distintas para cada uno de estos casos<sup>595</sup>.

Por esto motivo la responsabilidad de los prestadores de servicios en internet por sus propios actos nace de la naturaleza de sus actividades y de sus cláusulas contractuales previamente establecidas. En este caso hay que observar también los principios básicos encontrados en el código civil, así como en el código de defensa del consumidor, que señalan reglas de la responsabilidad objetiva<sup>596</sup>.

En la doctrina podemos encontrar distintas opiniones referentes en considerar la responsabilidad de algunos prestadores de servicios en la red de forma objetiva, por consideraren estos servicios una actividad de riesgos. Señala que las actividades

---

<sup>594</sup> En este sentido véase TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004. Así como MENDONÇA, Greyce Batista, Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet, Brasília, *Conteúdo Jurídico*, 2010. En: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29394>>. (Consultado en 28 de enero de 2014).

<sup>595</sup> Véase en ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Para la autora la responsabilidad civil objetiva de los prestadores de servicios en internet, con fundamentos en la teoría de los riesgos, no es justa ni correcta. Sin embargo la total ausencia de responsabilidad de estos prestadores acarrearía en el aumento de comportamientos omisos e el descaso con la conducta de sus usuarios.

<sup>596</sup> En el código del consumidor debemos analizar la parte que menciona la responsabilidad objetiva del suministrador, la doctrina y jurisprudencia brasileña están de acuerdo en utilizar esta normativa para algunos casos encontrados en internet, por entender que hay una relación de consumo. Véase también en ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss

habitualmente ejercidas por los prestadores de servicios en internet, llevan a un riesgo inherente de ocasionar de daños a terceros. En este sentido, esta parte de la doctrina revela que se debería aplicar la responsabilidad civil de forma objetiva, por los riesgos inherentes a la actividad, sin la necesidad de demostrar la culpa del prestador de servicio<sup>597</sup>.

No obstante, la opinión que compartimos está ligada a parte de la doctrina que considera que las actividades de los prestadores de servicios en internet, no pueden ser un riesgo inherente a la actividad. Por su propia naturaleza estas actividades muchas veces neutral, no implican en ningún riesgo a sus usuarios, de lo contrario, facilitan la comunicación, la libertad de pensamiento y expresión, entre otros derechos fundamentales a las sociedades democráticas actuales. No podemos establecer objetivamente la responsabilidad a todos los servicios o actividades prestados en internet<sup>598</sup>.

Como hemos dicho anteriormente, como regla general los prestadores de servicios tienen el deber de cumplir determinadas obligaciones, como la utilización de tecnologías apropiadas, el sigilo de los datos personales de sus usuarios, la salvaguarda de las informaciones de sus usuarios por un tiempo determinado, el no monitorear los datos y conexiones de sus usuarios y por último la prohibición de la censura y la obligación de informar eventuales ilícitos cometidos por sus usuarios.

Es el no cumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas a los prestadores de servicios en internet, que deriva la imputación de responsabilidad civil, o co-responsabilidad, en caso de ocurrencia de alguna actividad ilícita encontrada en sus

---

<sup>597</sup> De la misma manera MIRAGEM, Bruno, Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet, *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 18, n. 70, abr–jun/2009, São Paulo, Saraiva, pp. 51. Así como la decisión TJSP, Apelação Cível nº 395.749.4/0-00, de 18.01.2009, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, que advierte de la irrelevancia referente a la dificultad de fiscalizar todas las paginas web, ya que esto integra el riesgo de la actividad que ejerce.

<sup>598</sup> En este sentido véase LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 73. Así como véase el mismo autor en LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores...*, *op. cit.*, pp. 72, que señala las actividades ejercidas por los prestadores de servicios no implican un riesgo mayor que los riesgos de cualquier actividad comercial. Interpretar la norma en el sentido de que cualquier daño deberá ser indemnizado, independientemente de la culpa, sería encarecer los servicios de los que practican cualquier actividad y frenar el desenvolvimiento.

servidores, ya sea cometida por acto propio o por acto de tercero. Por este motivo poseen un papel fundamental las obligaciones y deberes de los prestadores y servicios y usuarios en internet, para que no dejemos un espacio libre para impunidad y una sensación de injusticia con los ilícitos practicados en la red. Veamos algunos ejemplos<sup>599</sup>:

- a) El prestador de servicio de *backbone*, debe ofrecer igualdad de condiciones en su estructura a todos los demás prestadores de servicios de acceso. En casos de fallos en esta prestación, el responderá por los daños causados a los prestadores de servicios que sus servicios, de acuerdo con el artículo 931 de código civil.
- b) El prestador de servicio de acceso en internet, debe posibilitar de modo eficiente y seguro, la conexión de internet a sus usuarios, respetando siempre los términos contractados. El prestador de este servicio no podrá impedir el acceso a cualquier información disponible en la red, salvo en los casos de orden judicial.
- c) El prestador de servicios de correos electrónicos deben asegurarse de que haya sigilo en los mensajes en que almacena, permitiendo el acceso a solamente el usuarios que los contrato, respetando de esta forma lo establecido en el inciso XII del artículo 5° de la Constitución.
- d) El prestador de servicio de hospedaje debe asegurar el almacenamiento de ficheros y permitir a los usuarios el acceso a ellos, respondiendo por eventuales fallos en sus servidores. El prestador de este servicio debe mantener actualizados los programas de protección contra eventuales invasiones de terceros, no obstante no será responsabilidad por ataques en virtud de la superación de

---

<sup>599</sup> De la misma forma, ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidad civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

la tecnología disponible en el mercado, cabiendo al prestador, la prueba para demostrar que sus sistemas de seguridad estaban adecuados a la tecnología existente en su momento<sup>600</sup>.

- e) El prestador de servicio de contenido debe asegurar la seguridad de sus servicios, debe de la misma forma que los prestadores de hospedaje deberá responder por los fallos de sus servidores. Debe posibilitar un sistema seguro en la identificación de sus usuarios. Así como no podrá fiscalizar contenido en la red. No obstante deberá tener cautela al depararse con denuncias de actividades ilícitas en sus servidores<sup>601</sup>.

En este sentido debemos observar que la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de acceso, de correo electrónico y de hospedaje por actos propios viene es considerada objetiva de acuerdo con los artículos 14 y 20 del Código de defensa del Consumidor, ellos solamente no serán responsabilizados en recurrencia de culpa exclusiva de sus usuarios o fuerza mayor, de acuerdo con el párrafo 3° del artículo 14 del mismo código. No obstante más allá haremos el análisis de cómo el Marco Civil de Internet resuelve tratar la responsabilidad de estos servicios.

En resumen, estos prestadores de servicios colocan a disposición de los usuarios un espacio en la red o en sus servidores, donde los mismos pueden divulgar sus informaciones, comunicaciones, o simplemente acceder a internet. No tienen injerencia

---

<sup>600</sup> Es importante que estos prestadores suporten los riesgos de fallas en sus equipamientos y sistemas, de ninguna forma pueden pasar este coste a sus usuarios. Por la naturaleza de la actividad ejercida por ellos deben los mismos emplear tecnología adecuada, segura y de cualidad. *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>601</sup> Véase la jurisprudencia TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004, que advierte que cuando el contenido dañoso es del prestador de servicio de contenido, actuando de esta forma como proveedor de la información, los mismos son directamente responsables, debiendo aplicarse la responsabilidad de forma objetiva.

ninguna en las informaciones, no le cabiendo el control editorial de las informaciones de la red. Así como no están obligados a fiscalizar el contenido de sus usuarios<sup>602</sup>.

Sin embargo, debemos observar por ejemplo que los prestadores de servicios de acceso, pueden desempeñar otras actividades además de ofrecer los medios técnicos para que los usuarios tengan el acceso a la red. Podrán actuar como los propios oferedores de contenidos o información en internet, en estos casos es la naturaleza de la actividad que determinará las reglas de responsabilidad civil que harán de responder.

Debemos observar que en la grande mayoría de los casos estos prestadores de servicios solamente colocan la disponibilidad de un espacio técnico para las actividades de los usuarios, y es la propia naturaleza de la actividad que realiza haz con que no tengan acceso directo a las informaciones que sus usuarios publican en internet. Por este motivo sus responsabilidades civiles nacen en virtud de las fallas en las prestaciones de sus servicios, con observancia de la excepción que hemos visto anteriormente<sup>603</sup>.

De esta manera, estos prestadores de servicios de internet, por actos ilícitos de terceros, solamente deberán ser responsabilizados por omisión, cuando son formalmente notificados de la actividad ilícita en sus servidores y no hagan nada en relación a estos ilícitos. No obstante vamos observar algunos cambios introducidos por el Marco Civil de Internet en relación de la retirada de contenido de la red. Para la nueva ley esta omisión ocurrirá solamente en casos en que el prestador de servicios sea notificado judicialmente, alejando mecanismos más rápidos de detención y retirada de este material en internet.

---

<sup>602</sup> De la misma manera véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidad civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes de domínio...*, *op. cit.*, pp. 351-360.

<sup>603</sup> Cabe señalar que por prohibición constitucional estos prestadores de servicios no pueden monitorear o censurar previamente la conducta de sus usuarios. En el mismo sentido PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidad civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. Véase también el artículo 5° de la Constitución, que se advierte en el inciso X: que son inviolables la intimidad, vida privada, la honra e imagen de las personas, asegurando el derecho de indemnización por daño material o moral en virtud de su violación. Así como en inciso XII: es inviolable el sigilo de las correspondencias y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de comunicaciones telefónicas, salvo por orden judicial, en las hipótesis y forma que la ley establecer para los fines de investigación criminal (...).

Los prestadores de servicios deberán garantizar el sigilo, la seguridad, la protección de los datos de registros, así como el buen funcionamiento y manutención de los servicios que prestan en la red. Sin embargo no están obligados a fiscalizar las informaciones de sus usuarios. Además muchas de las veces no tienen acceso al contenido de estas informaciones, restando imposible el control de contenido<sup>604</sup>.

Por este motivo, la fiscalización y el control de los contenidos depositados por los usuarios no es obligación de los prestadores de servicios, de manera que no podemos hablar de servicios defectuosos en los términos del artículo 14 del Código de Defensa del Consumidor. Así como es considerado un riesgo de la actividad<sup>605</sup>.

Sabemos que Europa es mediante orden judicial la retirada de actividades ilícitas en internet, y que muchas de las veces lo riesgo del daño es grande debido al alcance que puede llegar a través de internet, mas de acuerdo y respeto a las libertades constitucionales, la forma de alcanzar la tutela o retirada de estos contenidos, es a través de un procedimiento judicial. Incluso algunos autores señalan en los casos en que un prestador de servicio tome el conocimiento de la ocurrencia de actividades ilícitas en sus páginas, deberá diligenciar a las autoridades competentes<sup>606</sup>.

Con el nuevo Marco Civil Brasileño algunas de las obligaciones y deberes de los prestadores de servicios en relación a los contenidos encontrados en la red, reafirmaran lo mencionado por la doctrina, pero no en todos los argumentos, aun encontramos confusión de algunas de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios. Debemos esperar que la jurisprudencia se manifieste sobre algunos de los temas contradictorios de Marco Civil, como la retirada de material ilícito de los servidores de

---

<sup>604</sup> En este sentido véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*, 2003, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 241.263. Así como SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet..., *op. cit.*, 2012.

<sup>605</sup> Vid. SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet..., *op. cit.*, 2012. Además para la autora el control editorial del contenido está expresamente prohibido por la Constitución, referente a la quiebra del sigilo de correspondencia, en su artículo 5º, XII.

<sup>606</sup> En este sentido BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes*, *op. cit.*, pp. 359.

los prestadores de servicios, o los mecanismos de detección y retirada bastante común en los demás países<sup>607</sup>.

### **29.3 Los prestadores de servicios en internet que controlan previamente el contenido de sus usuarios.**

Diferentemente de lo señalado anteriormente, están los prestadores de servicios de contenido que ejercen control previo de contenido, es decir, que conocen previamente las informaciones depositadas en sus *websites*. Estos prestadores de servicios responderán juntamente con el autor del supuesto daño por las informaciones ilícitas depositadas en sus servidores. En estos casos, la responsabilidad civil es objetiva de acuerdo con el artículo 927 del código civil<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup> Anteriormente en el derecho brasileño por la falta de una normativa específica referente a materia, la salida jurídica adoptada por la doctrina y jurisprudencia era confusa y abierta a innumerables interpretaciones. Entre las cuales encontramos la salida contractual en respecto a mecanismos de detención y retirada. No obstante debemos observar que la doctrina es unánime en afirmar que una de las obligaciones de los prestadores de servicios en internet es la retirada de material ilícito de sus servidores, si formalmente notificados, en todos los casos no especificaba se por órdenes judiciales o por ordenes de los perjudicados. Algunos autores señalan que responsabilizar el prestador de servicio en internet por daños de tercero es el mismo que responsabilizar el fabricante del embalaje por el contenido del producto. Se debe responsabilizar el prestador de servicio solamente cuando encontrar vicio o daño ocasionado por la vinculación de las informaciones inherentes a sus productos. Ni tampoco por la publicidad a que se expone sus usuarios, en virtud de la mera prestación de un servicio instrumental. En este sentido SANTOS, Jonábio Barbosa dos, Responsabilidade jurídica das empresas virtuais, *Del Rey Jurídica*, Ano VI, n.º 13, pp. 30-31, ago./dez, 2004. Véase también en PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. El autor advierte que no podemos olvidar que Brasil adopta para la configuración del nexo de causalidad, la teoría del daño inmediato, segundo se considera causa la conducta que directa e inmediatamente produjo el daño. En este sentido véase el artículo 403 del Código Civil que menciona que aun que la inejecución resulte de dolo del deudor, las pérdidas y daños solamente incluyen los perjuicios efectivos y los lucros cesantes para efecto de ella directo e inmediato (...). Debemos observar que no solamente la doctrina es unánime en señalar la responsabilidad de los prestadores de servicios por omisión o no retirada del contenido dañoso, pero también la jurisprudencia actual camina en este mismo sentido, véase: STJ, Recurso Especial, REsp 1306066/MT, 2011/0127121-0, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 02/05/2012; STJ, T3, Recurso Especial, REsp 1406448/RJ, 2012/0131823-7, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJe 21/10/2013.

<sup>608</sup> En este mismo sentido encontramos LEONARDI, Marcel, Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet, artigo núm. 17128, 08/2010, en <http://jus.com.br>, (consultado 12/12/2013); PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. Para el autor en estos casos la responsabilidad civil es objetiva, de acuerdo con el artículo 927 de código civil, párrafo único, una vez que la vinculación de la información en internet, por su rapidez y alcance geográfico, es capaz de muchos daños en un plazo corto de tiempo. Véase también FILHO, Demócrito Reinaldo, Responsabilidade do provedor (de acesso à internet) por mensagens difamatórias transmitidas pelos usuários, <http://www.internetlegal.com.br/artigos/>, Consultado em 13.07.2006, en PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. El autor señala que los prestadores de servicios de contenido conocen previamente los contenidos que publican, teniendo el control e influencia en los mismos, y pueden recusar su divulgación. Por este motivo deben recibir el mismo

Más una vez nos cumple señalar, referente a la información ilícita encontrada en internet, que a los prestadores de servicios que por la naturaleza de su actividad no dispongan del contenido ilícito, en un principio solamente serán responsabilizados por la mala prestación de sus servicios. Una vez que no tienen acceso directo o control del contenido encontrado en la red, tampoco ejercen influencias en el contenido, por estos motivos no pueden ser considerados responsables por las informaciones encontradas en la red<sup>609</sup>.

Entretanto, para algunos autores no es posible la inserción de informaciones de terceros sin que haya un control editorial previo por parte del prestador de contenido. De esta forma cuando este prestador dispone cualquier información sujeta a un control previo, mismo que producida por tercero, no podrá eximir de responsabilidad por daños en virtud de este contenido, ya que fue libremente que lo incorporo o lo permitió<sup>610</sup>.

La ley de prensa e imprenta es aplicable en internet solamente en situaciones especiales, que es cuando los prestadores de servicios pueden ser equiparados a empresas periodísticas. Es decir, cuando la información ocurrir de forma pública y ser permitido el acceso a todas las personas, o por grupos determinados de personas, en un formato similar a la prensa o revista electrónica. En estos casos debemos observar la responsabilidad en lo señalado en la *Súmula* (que son un resumen jurisprudencial de las decisiones reiteradas de una misma materia) núm. 221 del Superior Tribunal de Justicia que advierte, son civilmente responsables por el resarcimiento del daño en virtud de las publicaciones en la prensa, tanto el autor del escrito, cuanto el propietario del vehículo de divulgación. En los casos en que el prestador de servicio no pueda ser equiparado a

---

tratamiento que el Superior Tribunal de Justicia referente a la responsabilidad solidaria del editor. En este mismo sentido véase la sentencia del TJRS, Comarca de Porto Alegre/RS, APELAÇÃO CÍVEL, 10º CÂMARA CÍVEL, proc. núm. 70018993626, Dje 07/07/2006.

<sup>609</sup> Véase en ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss. Situación distinta encontramos cuando los prestadores de servicios de contenido, son los responsables por las publicaciones, estando directamente relacionados con la información virtual. *Vid.* TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004.

<sup>610</sup> En este sentido véase LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 111.

una empresa periodística deberá responder por las reglas de responsabilidad en encontradas en el artículo 186 del código civil<sup>611</sup>.

En este sentido debemos observar alguna jurisprudencia brasileña, en que los prestadores de servicios o sus prepuestos vehiculan entrevistas y divulgan materias que violan derechos de terceros y en estos casos se tornan responsables por los posibles daños. De la misma manera ocurre cuando la materia es de autoría de un tercero, el prestador de servicio que ejerza un control editorial referente a la materia es responsable de manera concurrente al autor de la misma. Esta responsabilidad adviene de la capacidad de evitar la divulgación del contenido ilícito<sup>612</sup>.

Diferentemente es cuando el prestador de servicio no tiene ninguna injerencia en la materia, o cuando lo mismo no tenga el control editorial del contenido depositado en su servidor o página. De esta forma el prestador de servicio no será responsable, no obstante podrá responder de forma subjetiva cuando el mismo notificado por el contenido ilícito, no bloquea el acceso o lo retira en tiempo hábil, actuando con omisión, prolongando el daño en el tiempo. Es decir el prestador de servicio asume junto con el autor del contenido ilícito la responsabilidad por el daño<sup>613</sup>.

En relación a las incorporaciones de links en una página en internet, la responsabilidad civil del prestador de servicio que lo incorpora dependerá de la naturaleza del contenido incorporado. En este sentido el prestador de servicio de

---

<sup>611</sup> Referente al tema veamos PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009, el autor señala que el Superior Tribunal de Justicia consolido un entendimiento de que los editores de un periódico responden por eventuales ilícitos publicados en virtud del contenido publicado. Según el mismo tribunal el editor puede y debe filtrar las informaciones que serán publicadas, siendo solidariamente responsable por eventuales contenidos ilícitos divulgados. De todas las formas no podemos olvidar la responsabilidad del autor del daño. (STJ, REsp. nº 552.008/RJ. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data da decisão: 22/09/2004. Publicação: DJ Data: 05/10/2005. Relator (a) Ministro (a): Cesar Asfor Rocha). Véase también TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70018993626, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 12/07/2007, que señala que es responsable el prestador de servicio de contenido que vincula en la red una entrevista que viola derecho y causa daño a una persona. En el mismo sentido véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, *op. cit.*, pp. 346, que advierte que las agencias de noticias en internet responden por las mismas reglas existentes en el mundo físico, así como las entidades financieras, de salud, etc.

<sup>612</sup> *Vid.* TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70018993626, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 12/07/2007; STJ, T4, Agravo Regimental núm. Ag 1072844/SC, 2008/0147768-0, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17/05/2011.

<sup>613</sup> De la misma manera véase LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil*, *op. cit.*, pp. 192.

contenido que incorpora informaciones de terceros en su página web, responderá solidariamente con el prestador o usuario del contenido incorporado, en los casos en que las informaciones sean ilícitas.

Por esto motivo el prestador de servicios en internet que desee incorporar links en sus páginas deberá actuar con muchísima cautela en relación al contenido incorporado. Caso contrario podrá ser responsabilizado en relación al contenido dañoso. En estos casos deberá analizarse el grado de conocimiento del prestador de servicio en relación al link ilícito incorporado, ya que la incorporación de un link pasa por un control previo del prestador que tiene la potestad para decidir lo que incorpora o no, y cuales contenidos direcciona sus usuarios.

Es importante señalar mas una vez que quienes mantienen una determinada pagina web, no es automáticamente responsable por los actos ilícitos de sus usuarios, solamente será responsable se tuviera el conocimiento de la practica y no haber hecho nada para impedirlo o retirarlo. No basta con que el prestador de servicio restrinja o dificulte la realización de acto ilícito, deberá eliminar totalmente la práctica de estas actividades, sin embargo según el Marco Civil siempre mediante órdenes judiciales<sup>614</sup>.

De forma diversa es cuando los prestadores de servicios, por ejemplo de información, son los autores de los contenido divulgados en sus páginas o servidores. Estos prestadores responderán por el contenido ilícito encontrados en la medida que tienen conciencia de la licitud o no de la información.

De todas las formas, la responsabilidad de prestador de servicio que divulga sus propias informaciones ilícitas, es una responsabilidad objetiva propia del riesgo de su actividad, en los términos como hemos visto anteriormente del artículo 927 del código

---

<sup>614</sup> En este mismo sentido PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009. Además el autor señala que no es suficiente con que el mantenedor de la pagina restrinja o dificulte la realización de la actividad ilícita, el está obligado a eliminar totalmente estas prácticas en las páginas que administra.

civil y el código de defensa del consumidor cuando se encuentre en una relación de consumo<sup>615</sup>.

#### **29.4 La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en internet por actos de sus usuarios.**

La responsabilidad civil en internet es un tema de gran relevancia en los días actuales. Los usuarios de la red son los grandes formadores de opiniones, no solamente esto, como también encuentran en la web una infinidad de informaciones de sus intereses. No podemos olvidar las facilidades que nos proporcionaran las nuevas tecnologías, muchos son los beneficios encontrados en este nuevo entorno. Sin embargo los riesgos y vulneraciones de algunos derechos también crecieron.

Hemos visto anteriormente la responsabilidad de los prestadores de servicios en internet en virtud de sus propias acciones. En este momento señalaremos la responsabilidad de los prestadores en virtud de acciones de terceros, siempre observando que la responsabilidad del autor del daño es directa, es decir, responderá por el daño quien lo causó o produjo.

Dicho todo esto, vamos establecer la responsabilidad del prestador de servicio en internet de acuerdo con las reglas preexistentes de responsabilidad civil encontradas en el derecho brasileño, así como haremos un análisis de Marco Civil de Internet.

La responsabilidad civil en virtud de una información ilícita o conducta de un usuario o tercero, deberá levarse en cuenta la relación existente entre las partes y la actividad desenvuelta por el prestador. La primera conclusión que llegamos al análisis de la responsabilidad del prestador de servicio por actividades de sus usuarios es el grado de injerencia o de control que posee el prestador en relación al contenido ilícito. Intentamos elucidar la existencia de una obligación de supervisión o control previo de contenido por parte de los prestadores de servicios. O quizás un deber de prevención en las prácticas ilícitas por parte de sus usuarios.

---

<sup>615</sup> De la misma manera es el entendimiento de PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores...”, *op. cit.*, 2009.

No obstante lo que encontramos así como en el derecho español, es una fuerte tendencia en la no responsabilidad del prestador de servicio en virtud de una imposibilidad técnica en relación al contenido publicado por sus usuarios. El argumento se basa en la cantidad de usuarios y de material disponible en la red y depositado en los servidores de los prestadores de servicios, imposibilitando o inviabilizando técnicamente el control por parte de los prestadores.

En este sentido encontramos diversas jurisprudencias señalando esta imposibilidad técnica mismo sin encontrar en la normativa brasileña preexistente y en el Marco Civil de Internet, una regla específica referente esta imposibilidad técnica. Como por ejemplo la decisión del Tribunal de justicia de Rio de Janeiro en la divulgación de una información considerada falsa por el autor del proceso y ofensiva a la honra e imagen del mismo. La decisión advierte que el prestador de servicio en este caso solamente cede un espacio que permite a sus usuarios la vinculación de contenido. En ninguna forma el prestador interfiere en el contenido, siendo los verdaderos responsables los autores del material dañoso<sup>616</sup>.

Con base en la doctrina y jurisprudencia refuerzan los argumentos de la imposibilidad técnica de los prestadores de servicios en controlar los contenidos de sus usuarios en internet. Además justificase el argumento visto que tienen restringido el acceso a los contenidos de sus usuarios en virtud de la prohibición constitucional del artículo 5º, X y XII, relativa al monitorear o censurar la conducta de sus usuarios<sup>617</sup>.

En análisis al nuevo Marco Civil de Internet encontramos la no responsabilidad civil de los prestadores de servicios por los daños causados por terceros, es decir por sus usuarios. Además advierte que con el objetivo de garantizar la libertad de expresión e impedir la censura, el prestador de servicio solamente será responsabilizado civilmente

---

<sup>616</sup> TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004.

<sup>617</sup> De la misma manera véase PARENTONI, Leonardo Netto, Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de Internet, vol. 896, São Paulo, RT, 2010, pp. 88-90.

en virtud del no cumplimiento de una orden judicial en la retirada del contenido ilícito<sup>618</sup>.

Lo mismo no ocurre en los casos de contenidos sexual en que los prestadores de servicios al recibir una notificación de uno de los participantes o su representante legal, tiene la obligación retirar el contenido de la web, siempre de acuerdo con los límites técnicos de su servicio<sup>619</sup>.

No cabe a los prestadores de servicios el análisis del contenido publicado por los usuarios en sus servidores o sus páginas. Sin embargo aun que el Marco Civil de Internet no mencione de forma explícita, los prestadores de servicios deben promover y garantizar la seguridad de sus servicios, como por ejemplo optar por sistemas de seguridad de alta protección, de lo contrario podrá responder por los fallos en sus sistemas<sup>620</sup>.

La doctrina y jurisprudencia ya estaban de acuerdo que los prestadores de servicios podrán responder por los contenidos depositados por sus usuarios, cuando al ser notificado o al conocieren la realización de actividades ilícitas en sus servidores o paginas en internet, no reaccionan. En estos casos se consideraba que los prestadores de servicio actuaban con omisión, manteniéndose inerte y dejando actuar ilícitamente sus usuarios. No obstante es importante señalar un cambio fundamental introducido por el Marco civil de Internet en la retirada de contenidos de terceros de la web, que deberá ser solamente mediante orden judicial<sup>621</sup>.

Efectivamente para el completo análisis de la responsabilidad del prestador nos cumple verificar si el mismo dejo de cumplir con sus obligaciones, como por ejemplo

---

<sup>618</sup> Veamos los artículos 18 y 19 del Marco Civil de Internet, Ley 12.965/14, *op. cit.*

<sup>619</sup> *Vid.* el artículo 21 del Marco Civil de Internet, Ley 12.965/14, *op. cit.*

<sup>620</sup> En este sentido véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes*, *op. cit.*, pp. 359.

<sup>621</sup> De la misma manera señala BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes*, *op. cit.*, pp. 359, que el prestador de servicio puede responder en el caso de quedarse inerte. Así como MENDONÇA, Greyce Batista, Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet, Brasília, *Conteúdo Jurídico*, 2010. En: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29394>>. (Consultado en 28 de enero de 2014).

mediante orden judicial la segura retirada del material dañoso de internet, o si por omisión, deajo de facilitar o imposibilito la localización e identificación del responsable por el daño, hipótesis en que el prestador de servicio deberá responder solidariamente con el autor del daño<sup>622</sup>.

No obstante, mismo con la introducción de reglas relativas al funcionamiento de internet por el Marco Civil, hay muchas cuestiones aun no resueltas referentes a las obligaciones de los prestadores de servicios en internet. No está clara la eficiencia del procedimiento a ser seguido por el prestador de servicio al encontrar en la red una información delictiva o cuáles son estas informaciones de contenidos sexuales que automáticamente son consideradas delictivas.

Luego porque la normativa Brasileña se abstuve de mecanismos eficientes de detección y retiradas de contenidos ilícitos en internet, dejando al colapso el judicialario. Además de no esclarecer, prevenir y buscar soluciones al anonimato en la red.

Los prestadores de servicios de *backbone*, los prestadores de servicios de acceso y de correo electrónicos, en un principio por la naturaleza de sus actividades son exentos de sus responsabilidades en virtud de las acciones ilícitas practicadas por los usuarios, o en virtud del contenido de los datos trasmitidos en sus servidores.

En este sentido es muy importante señalar que los prestadores no tienen la obligación general de control y vigilancia del contenido e informaciones que circulan en sus servidores, o que los usuarios transmiten o almacenan. Cabe a estos prestadores de servicios ofrecer la estructura técnica para el acceso a la red, no obligando a ellos el control del contenido, ni la exclusión de información o material ilícito. En este sentido,

---

<sup>622</sup> Vid. artículos 18 y ss. del Marco Civil de Internet, Ley 12.965/14, *op. cit.* Para ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss., el control de contenido es lo que hace con que el prestador de servicios sea responsabilizado por acción ilícita practicada por un tercero. Debemos señalar la decisión del TJPR, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 130075-8, Rel. Des. Antônio Gomes da Silva, j. em 19/11/2002, en que advierte que al prestador de servicio no le cabe interferir en la composición de la pagina o de su contenido, reservada la hipótesis de flagrante ilegalidad. Así como la decisión del TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004, en que advierte que el prestador de servicios de acceso solamente cede espacio a sus usuarios cuales son los verdaderos responsables por los contenidos en sus páginas. En el mismo sentido TJPR, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 0147550-7, Rel.: Des. Salvatore Antonio Astuti, j. em 30/07/2007, que además señala que no hay que se hablar en estos casos de responsabilidad solidaria.

debemos observar que una de las primeras características encontradas en internet, fue la de una sociedad sin fronteras, sin control y sin barreras democráticas, donde los usuarios podrían manifestarse y ejercer los derechos y libertades constitucionalmente consagrados<sup>623</sup>.

No obstante anteriormente al Marco Civil de Internet, podría haber responsabilidad subjetiva, de acuerdo con el artículo 186 del Código Civil, cuando los prestadores de servicios de acceso y correos electrónicos, tengan el conocimiento sin dudas de la práctica de actividades ilícitas en sus servidores y no interrumpan la prestación de sus servicios. Es decir, cuando los prestadores de servicios dejen de interrumpir la prestación de sus servicios a un usuario que reiteradamente practique alguna actividad ilícita en la red, utilizando los servidores que disponen estos prestadores de servicios. El prestador de servicios debe ser previamente informado y no debe tener dudas de la ilicitud de la actividad del usuario<sup>624</sup>.

De la misma forma ocurre con los prestadores de servicios de hospedaje, que en un principio pueden estar exentos de la responsabilidad por el contenido depositado en sus servidores ya que los mismos en la mayoría de las veces no tienen control, acceso y ninguna injerencia en los contenidos publicados en sus servidores. Sin embargo podrá haber responsabilidad subjetiva de acuerdo con el artículo 186 del Código Civil, cuando estos prestadores dejaren de cumplir con sus obligaciones al tener el conocimiento sin dudas de alguna actividad ilícita en sus servidores. Como por ejemplo el bloqueo en tiempo hábil de acceso a las informaciones ilegales. No obstante con las introducciones de marco Civil de internet, este tipo de obligación a los prestadores de servicios solamente deberá ser impuesta mediante orden judicial<sup>625</sup>.

---

<sup>623</sup> De la misma manera véase MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente..., *op. cit.*, pp. 324. Así como CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da...*, *op. cit.*, pp. 106. El autor señala la imposibilidad de fiscalización, principalmente en virtud de la Constitución conforme al artículo 5º, XII.

<sup>624</sup> Véase ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Así como de la misma manera LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp. 163.

<sup>625</sup> *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss. Como hemos señalado anteriormente muchas veces los prestadores de servicios de hospedaje solamente ofrecen un espacio para que sus usuarios acceden a la red y coloquen

Aún que el Marco Civil de Internet no menciona, los prestadores de servicios de contenido solamente podrán ser responsabilizados por las informaciones depositadas en sus servidores, desde que ejerzan un control editorial sobre las informaciones. No obstante, de la misma manera que los otros prestadores de servicios, anteriormente deberían cumplir algunas obligaciones impostas a estos servicios cuando encontradas información ilícitas, es decir, que bloqueen o remuevan la información una vez que comprobada su ilicitud. Sin embargo, estas obligaciones solamente deberán ser cumplidas mediante orden judicial<sup>626</sup>.

Para la doctrina y ahora para el Marco Civil de Internet, habiendo controversia referente la ilicitud del contenido y no teniendo ninguna violación de las cláusulas de utilización, deben los prestadores de servicio aguardar la decisión judicial para la

---

sus contenidos o informaciones. En estos casos el no puede ser responsable por los contenidos que hospeda una vez que no son de su autoría y no ejerce injerencia en lo contenido. En este sentido menciona CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira, Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo, *BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: Edição Comemorativa – 15 anos*, Brasília, Brasília Jurídica, STJ, 2005, pp. 173, que una página web es un cofre en lo cual el propietario guarda lo que le es conveniente y útil, el prestador de servicio de hospedaje solamente lo almacena. Como no lo tiene el acceso al contenido del cofre, no lo puede por el responsabilizarse. De la misma forma ocurre con el prestador de servicio de acceso. No obstante, abierto el cofre y observada la ilegalidad del contenido, asiste el derecho del prestador de inmediata interrupción, pudiendo ser considerado corresponsable. Señala GRECCO, Marco Aurélio, Direito à intimidade em ambiente da Internet, *Direito & Internet*, 2º ed., Sao Paulo, Dialética, 2000, pp. 171, ambos prestadores de servicios el de acceso o el de hospedaje, no están obligados al acceso o controlar el contenido de sus usuarios. El prestador de servicio de acceso tiene autorización para hacerlo por razones de evaluación de eficiencia del sistema y optimización de flujo, etc., mas no por razones de control de contenido. BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, op. cit., pp. 358, corrobora con el entendimiento, advierte que no se puede esperar una actividad de fiscalización para el prestador de servicio de hospedaje. Además señala que en la mayoría de las veces no tiene acceso al contenido de la página, apenas el propietario puede alterar su contenido. Y son muchas las páginas depositadas en sus servidores, imposibilitando la fiscalización de contenido.

<sup>626</sup> En este sentido véase STJ, T4, Agravo Regimental núm. Ag 1072844/SC, 2008/0147768-0, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17/05/2011. Señala el agravo que el prestador de servicio que ejerza el control editorial previo es responsable de la misma forma que el autor, en virtud de que tiene la posibilidad de evitar la actividad dañosa. Sin embargo, cuando no presenta injerencia en lo publicado, responde de forma subjetiva, siendo el efectivo autor el responsable por el ilícito. El prestador de servicio se exime de la responsabilidad cuando no ejerza control editorial previo. No obstante, será responsable cuando notificado de la actividad ilícita en sus servidores, se omite y no bloquea el acceso o retire la información ofensiva en tiempo razonable. Referente al tema debemos observar también LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, pp. 190-193. Señala PECK, Patrícia, *Direito digital*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 401, que los prestadores de servicios de hospedaje y de contenido, al momento que son comunicados, sea por una autoridad o por un usuario, que determinada información posee contenido ilícito, deben de forma inmediata retirarlo. Es más deben reaccionar de forma enérgica, bajo pena de responder de forma solidaria.

retirada o bloqueo de los contenidos dañoso. Esta decisión más conservadora referente a la retirada de los contenidos, es en función de lo respeto a los derechos fundamentales envueltos, principalmente los referentes a libertad de expresión fundamental a los estados democráticos de derecho<sup>627</sup>.

No obstante señala la misma doctrina que se los prestadores de servicios obtuvieren lucros o ventajas en razón de funcionaren como intermediarios de transacciones comerciales o en razón de prácticas criminosas relacionadas directamente con las conductas criminales, podrán responder solidariamente por los daños causados, de acuerdo con el artículo 932, inciso V e art. 933 del Código Civil<sup>628</sup>.

Esta práctica podemos llamar de teoría intermediaria, que es la justa distribución de responsabilidad por actividades realizadas por terceros. Por esto motivo la responsabilidad solamente podrá recaer en el prestador de servicio cuando él tenga sido notificado y no reaccionar delante de la práctica de la actividad ilícita<sup>629</sup>.

El tema relativo a la responsabilidad civil de estos prestadores de servicios y sus indemnizaciones está lejos de ser pacífico en los Tribunales. Entretanto encontramos decisiones advirtiendo en el sentido que quien viabiliza técnicamente o se beneficia económicamente es tan responsable por el control de eventuales abusos y por la garantía de derechos constitucionales consagrados de sus usuarios. El cargo de la prueba es de

---

<sup>627</sup> En este sentido debemos observar lo establecido en el contrato de servicio entre las partes, para que no haya ninguna violación de los términos. *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss. Así como LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, pp. 182 y ss. Además para el autor esta practica se debe en atender mejor los intereses de las victimas, tiendo como ventaja no sujetar el prestador de servicio a juicios de valos referente a la ilicitud del contenido, no ocasionando de esta forma decisiones arbitrarias.

<sup>628</sup> *Vid.* ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, *Responsabilidade civil dos provedores...*, *op. cit.*, pp. 02 y ss. En este caso la autora cita como ejemplo las empresas que operan en leilones virtuales.

<sup>629</sup> En este sentido véase BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na *internet*, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes*, *op. cit.*, pp. 359. Así como LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, pp. 160 y ss. El autor aun señala que esta teoría no se aplicara en los casos en que los prestadores de servicios ejerzan una actividad exclusivamente de acceso, que solamente transmitan datos en sus servidores, por no encontrarnos nexo de causalidad entre la conducta del prestador y los actos practicados por sus usuarios. En este caso para el autor para el prestador de servicio es imposible impedir su ocurrencia. Además las disposiciones encontradas en Código de defensa del Consumidor no está autorizada la aplicación de la responsabilidad objetiva, a quien solamente es intermediario y fornece acceso a la red.

estas empresas como depositarias de conocimientos especializado de la tecnología empleada<sup>630</sup>.

Efectivamente el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul, advierte que quien pone a disposición un servicio en internet a la disposición de cualquier persona, asume el riesgo de que el servicio venga a ser mal utilizado, incluso pueda atingir la privacidad, intimidad, la honra y la imagen de terceros. Cuya violación por norma constitucional deberá ser indemnizada. Para la decisión la responsabilidad puede si ser atribuida a quien pone estos mecanismos de información al público indiscriminado. Mecanismo que no pueden ser equiparados a un simple kiosco de revista, o un supermercado o una librería. El portal en internet por su alcance al público en general no tiene la misma función de estos comercios<sup>631</sup>.

Incluso podemos encontrar decisiones más imperativas en responsabilizar el prestador de servicios en internet por actividades ejercidas por sus usuarios. Un ejemplo claro es la del Tribunal de Justicia de Minas Gerais, en que señala que el riesgo agregado a la actividad es lo que justificaría la responsabilidad del prestador de servicio. En estos casos el prestador simplemente por ofrecer un servicio en sus servidores mismo sin culpa, deberá responder por los daños ocasionados en virtud de estos servicios. Se consagra aquí la teoría del riesgo, anteriormente estudiada por nosotros en la responsabilidad civil objetiva<sup>632</sup>.

Para el Tribunal de Minas Gerais el riesgo inherente a la actividad del prestador justifica su temeridad y consecuente deber de indemnizar. En este caso el prestador de servicio no forneció un sistema de dispositivos de seguridad y control mínimos, además de permitir la publicación de contenido libre, sin siquiera identificar sus usuarios, tornando su actividad temeraria donde cualquiera puede perjudicar con comentarios despreciativos a otras personas, atentando contra su intimidad, privacidad, imagen,

---

<sup>630</sup> STJ, T2, *REsp* 111.763-3/RO 2009/0026654-2, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 26/03/2010.

<sup>631</sup> *Vid.* TJRS, 6º Camara Cível, Agravo de instrumento núm. 70002884203, rel. Osvaldo Stefanello, j. em 26 de setembro de 2001.

<sup>632</sup> *Vid.* TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 1.0439.08.085208-0/001, relatora Cláudia Maia, DJe 16.03.09.

honra, etc. Para la decisión el prestador de servicios debe responder de forma objetiva por el riesgo en virtud de su actividad.

No obstante una parte de la doctrina señala que interpretar la norma en el sentido de que cualquier daño ha de ser indemnizado por el prestador de servicio independiente de culpa, solamente por estar desarrollando una actividad, significa encarecer todas las actividades y precipitar el desenvolvimiento<sup>633</sup>.

Sin embargo se reafirma que los prestadores de servicios en internet no tiene la obligación de un análisis previo, vigilancia, o control de todo el contenido que circula en la web, en este sentido su responsabilidad civil queda limitada a la naturaleza de la actividad que desenvuelve el prestador<sup>634</sup>.

No obstante a los prestadores de servicios que ofrecen a los usuarios la posibilidad de expresar libremente sus opiniones y pensamientos, deben de la misma forma propiciar medios para que se puedan identificar, cohibiendo el anonimato. El prestador de servicios que no adopte medidas efectivas para la identificación de sus usuarios deberá responder de forma subjetiva por los daños ocasionados por terceros. En este sentido debemos observar que los datos de carácter personal siempre deben ser respetados, no pueden ser encaminados y captados por terceros. Estos datos fueron ofrecidos para determinado fin, y no deberán ser utilizados con propósitos diversos<sup>635</sup>.

Diferente de la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Minas Gerais, reconoce que el prestador de servicio, en este caso específico Google, no tiene

---

<sup>633</sup> Vid. BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, op.cit., pp. 361.

<sup>634</sup> Véase en STJ, T2, REsp 111.763-3/RO 2009/0026654-2, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 26/03/2010. En este mismo sentido también encontramos esta no obligación de vigilancia en el derecho europeo y español.

<sup>635</sup> De la misma forma véase el artículo 2, III, y el artículo 7 del Marco Civil de Internet, Ley 12.965/14, op. cit., así como STJ. 3T. REsp 1193764/SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010. SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet..., op. cit., 2012. LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores...*, op. cit., pp. 82, advierte que los prestadores de servicios deben exigir de los usuarios los números de IP, los números de teléfonos de conexión, la dirección del usuario y demás informaciones que sean necesarias para su localización y prevenir el anonimato. Referente a los datos de carácter personal debemos observar DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada...*, op. cit., pp. 76-87.

responsabilidad objetiva por la vinculación de material publicado por sus usuarios en sus redes sociales. La decisión señala que responden en los casos en que por omisión no tomen previsiones para minimizar el daño. Una vez que conoce la existencia del mensaje de contenido ofensivo, el prestador de servicio tiene el deber de retirarla<sup>636</sup>.

La verificación de oficio del contenido depositado en internet por sus usuarios no es considerada una actividad intrínseca al servicio prestado. De esta forma, este servicio no puede ser considerado como defectuoso, de acuerdo con el artículo 14 del código de defensa del consumidor, señala: que el suministrador del servicio responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de servicios, bien como por las informaciones insuficientes o inadecuadas a suya función y riesgo<sup>637</sup>.

Además, los mensajes depositados por los usuarios en las páginas de internet, no pueden ser considerados un riesgo inherente a la actividad de los prestadores de servicios, de modo en que no se aplica la responsabilidad objetiva encontrada en el artículo 927, párrafo único, del Código Civil. No podemos establecer este tipo de responsabilidad a los prestadores de servicios indiscriminadamente sin tener en cuenta la forma de funcionamiento de internet, sus características, finalidades y relevancia para la comunicación actual. Estaríamos por aniquilar la libre y amplia distribución de contenido, o también restringir determinadas prestaciones de servicios, frenando el desenvolvimiento de las nuevas tecnologías.

De la misma manera algún autor señala que establecer la responsabilidad de forma objetiva en base a la teoría del riesgo, implicaría decir que las actividades

---

<sup>636</sup> En este sentido véase RULLI NETO, Antonio; AZEVEDO, Renato A., *Novos paradigmas para a responsabilidade civil de provedores na internet*, *JusBrasil*, 2012. En <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=Novos+paradigmas+para+a+responsabilidade+civil+de+provedores+na+internet> (consultado en 29/01/2014). El autor señala esta decisión es contraria al determinado anteriormente por el Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul, donde responsabiliza objetivamente a Google. Para LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil...*, *op. cit.*, pp. 108, responsabilizar objetivamente los prestadores de servicios en internet en cualquier situación con fundamento en la teoría del riesgo, no es correcto ni tampoco justo, además de no estar de acuerdo con lo establecido en escala mundial. No obstante, advierte que la total ausencia de responsabilidad podría estimular comportamientos omisos y sin interés a respecto de las conductas de los usuarios.

<sup>637</sup> Traducción nuestra. Además véase la decisión del Recurso Especial REsp 1406448/RJ, 2012/0131823-7, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicación DJe 21/10/2013.

desenvueltas en internet son actividades de riesgo por su propia naturaleza e implican un riesgo a terceros. Interpretando la norma de esta forma, estaríamos responsabilizando los prestadores independientemente de su culpa, por lo simple hecho de desenvolver una actividad, dificultando los que practican esta actividad regularmente y colocando trabas en el desenvolvimiento<sup>638</sup>.

Las decisiones de los Tribunales caminan en el sentido de la no obligatoriedad de los prestadores de servicios en examinar todo el material que circula en sus servidores. No se puede exigir de los prestadores de servicios una fiscalización anticipada de cada mensaje depositado en sus servidores. Además de la inviabilidad técnica el artículo 5° lo prohíbe. La tarea de verificación de todo material implicaría en la restricción de la libertad de expresión, la libre manifestación del pensamiento, libertad de información, etc.<sup>639</sup>.

Sin embargo, en un principio encontramos alguna jurisprudencia en sentido contrario. Algunas incluso alegando que en este caso se configura la responsabilidad objetiva del prestador de servicio, una vez que al colocar a disposición de los usuarios una página en internet, se constituye la prestación de un servicio. Y el prestador que no cumple con la obligación de identificar los usuarios, o la falta de seguridad, se configura un fallo en el servicio, debiendo el prestador responder de acuerdo con el artículo 14 del Código de defensa del consumidor<sup>640</sup>.

Los prestadores de servicios exigen a sus usuarios un registro y que pacten con las condiciones de la prestación del servicio. Mismo que gratuito este registro, la página

---

<sup>638</sup> Vid. BARBAGALO, Érica, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet, em Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre nomes...*, op. cit., pp. 361.

<sup>639</sup> Véase referente a la prohibición constitucional CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da...*, op. cit., pp. 106. Así como debemos observar el artículo 220 de la Constitución de Brasil. Así como el artículo 14 del Código de defensa del consumidor. Véase también el Recurso Especial REsp 1406448/RJ, 2012/0131823-7, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicación DJe 21/10/2013.

<sup>640</sup> Referente al tema véase ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., op. cit., pp. 02 y ss. La autora señala que el daño moral en virtud de las mensajes ofensivas, no constituye riesgo inherente a la actividad de los prestadores de servicio en internet, de modo en que no se aplica la responsabilidad objetiva encontrada en el artículo 927, párrafo único del Código Civil.

genera un banco de datos con infinitas aplicaciones comerciales, creando de esta forma la relación de consumo<sup>641</sup>.

En este sentido veamos la sentencia de un juez de la provincia de Sao Paulo en que un usuario no identificado crea una comunidad en la red social indicando que determinada empresa se encontraba en estado de quiebra. La sentencia halla que el prestador de servicio tiene el deber de vigilancia referente al contenido que hospeda en su sistema, debiendo reprimir las informaciones que afecten las buenas costumbres y la moral. Destaca que el prestador de servicio asume el riesgo al ofrecer un servicio en que pueda causar daño a terceros, estando obligado a indemnizar<sup>642</sup>.

De la misma manera encontramos otra sentencia del Tribunal de Justicia de Sao Paulo en que señala que al no efectuarse un control previo de las informaciones depositadas en sus servidores, los prestadores de servicios actúan con negligencia, debiendo responder civilmente por el contenido que cause daño a tercero<sup>643</sup>.

Otra jurisprudencia encontrada en el sentido de condenar al prestador de servicio a pagar indemnizaciones a los usuarios afectados por informaciones ilícitas divulgadas por terceros, es la del Tribunal de Justicia de Minas Gerais que hemos señalado anteriormente. Entretanto el fundamento de la decisión es la naturaleza de la actividad y su riesgo agregado. Adoptando la responsabilidad objetiva a los prestadores de servicios, independiente de culpa, pero si, en la teoría del riesgo. En esto caso el prestador de servicio debería mantener un sistema de control más efectivo en la identificación de sus usuarios y seguridad de sus sistemas, previniendo de esta forma la impunidad por comentarios despreciativos en internet<sup>644</sup>.

---

<sup>641</sup> Señala ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss., que el hecho de que el servicio prestador sea gratuito no desvirtúa la relación de consumo, ya que el término “mediante remuneración” encontrado en el artículo 3º, párrafo 2º del Código de defensa del Consumidor, debe ser interpretado de forma amplia, incluyendo el ganho indirecto del prestador de servicios en internet.

<sup>642</sup> *Vid.* Sentencia del Fórum de Franca/SP, Processo núm. 196.01.2006.028424-6, 2ª. Vara Cível, Juez Dr. Orlando Brossi Junior.

<sup>643</sup> Véase en TJSP, Apelação Cível nº 431.247-4/0-00, de 22.03.07, 8ª Câmara, Rel. Salles Rossi.

<sup>644</sup> Véase en TJMG, 13a. Câ. Cível, Apelação Cível núm. 1.0439.08.085208-0/001, Rel. Cláudia Maia, DJe 16.03.09. La relatora advierte que en la medida que los prestadores de servicios

Entretanto, con el objetivo de uniformizar el tema a nivel mundial, de acuerdo con las normativas americanas y Directivas Europeas, las decisiones principalmente las del Superior Tribunal de Justicia, han cambiado de dirección. El principal objetivo de esta nueva tesis es de uniformizar las jurisprudencias y evitar que los prestadores de servicios en internet, respondan por los daños producidos por terceros de forma objetiva, teniendo en vista la teoría del riesgo. Así como rechazar la tesis de la responsabilidad objetiva por producto defectuoso<sup>645</sup>.

En este sentido encontramos la decisión de la Ministra Nancy Andrichi, en que señalo que los prestadores de servicios en internet no tienen el deber de fiscalización del contenido depositado por sus usuarios en internet, no es una actividad intrínseca a sus funciones. En este sentido rechaza drásticamente la tesis en que el prestador de servicio en internet debería responder objetivamente de acuerdo con el Código de Defensa del Consumidor de forma objetiva, por considerar el servicio defectuoso. Además advierte que monitorear las informaciones de los usuarios alejaría uno de los mayores atractivos de la red, que es la transmisión de información en tiempo real<sup>646</sup>.

Una de las otras consideraciones que señala la Ministra, es que con la implantación, mismo que viable de medios informáticos de búsqueda de informaciones ilícitas, de depararíamos con el problema de evaluar cuales son las informaciones que puedan considerar ilícitas en la red, y acabar por afectar la libertad de expresión.

La responsabilidad de los prestadores de servicios debe estar restringida a la naturaleza de la actividad que desenvuelve en sus páginas, que es disponibilidad de las informaciones de sus usuarios, el sigilo de las informaciones, la seguridad y la inviolabilidad de los datos de registro.

---

disponen en internet un servicio sin dispositivos de seguridad y control mínimo y permiten la publicación de contenido libre, sin identificar el usuario, debe responsabilizarse por el riesgo ocasionado. Referente a la sentencia véase REINALDO FILHO, Demócrito, A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet..., *op. cit.*, 2011. Así como en el mismo sentido TJMG, Apelação Cível núm 1.0701.08.221685-7/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, DJe. 05/08/2009.

<sup>645</sup> De la misma forma véase REINALDO FILHO, Demócrito, A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet..., *op. cit.*, 2011. El autor señala que es evidente la inadecuación de la responsabilidad del prestador de servicio de forma objetiva, ya que la informática no puede ser considerada una actividad de riesgo. Véase también la decisión del STJ, T3, REsp 1193764-SP, rel. Min. Nancy Andrichi, ac. un., j. 14.12.10.

<sup>646</sup> *Vid.* STJ, T3, REsp 1193764-SP, rel. Min. Nancy Andrichi, ac. un., j. 14.12.10.

El examen anticipado del contenido que circula en la página eliminaría uno de los mayores atractivos de internet, que es la transmisión de datos en tiempo real. Así como, nos depararíamos con otro problema, que son los criterios que delimitarían los parámetros para el veto o descarte de determinada información<sup>647</sup>.

Entretanto, solamente poner en disponibilidad de los usuarios un canal de denuncias no es suficiente para minimizar los daños causados por los usuarios a terceros. Es importante que los prestadores de servicios adopten efectivamente medidas para apurar y resolver las reclamaciones formuladas, como también mantener al denunciante informado de las medidas efectuadas<sup>648</sup>.

Los prestadores de servicio de contenido no responden objetivamente por la inclusión de informaciones de terceros, ni tampoco están obligados a ejercer un control previo del contenido. No obstante, deben una vez que obtuvieren el conocimiento inequívoco de información dañosa, retíralas inmediatamente, de lo contrario podrán responder por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la misma<sup>649</sup>.

Así como deben adoptar todas las medidas necesarias para la identificación de los responsables por las informaciones dañosas en la red, identificar a cada uno, cohibiendo de esta forma el anonimato, de esta forma no responderá por los daños y perjuicios respectivos<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> RULLI NETO, Antonio; AZEVEDO, Renato A., *Novos paradigmas para a responsabilidade civil...*, *op. cit.*, referente a la decisión de la Rel. Min. Nancy Andrighi.

<sup>648</sup> Véase en RULLI NETO, Antonio; AZEVEDO, Renato A., *Novos paradigmas para a responsabilidade civil...*, *op. cit.*, referente a la decisión de la Rel. Min. Nancy Andrighi.

<sup>649</sup> Véase en este sentido el artículo 14 del Código de Defensa del Consumidor. Así como la decisión del Recurso Especial REsp 1406448/RJ, 2012/0131823-7, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicación DJe 21/10/2013. La relatora señala que al ser comunicado el prestador de servicio de actividades ilícitas en sus páginas, deben ellos en el plazo de 24 horas removerlos preventivamente, hasta que tengan tiempo hábil para apreciar la veracidad de las denuncias. En el mismo sentido LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores...*, *op. cit.*, pp. 176-178, señala que los prestadores de servicios responderán cuando dejen de bloquear el acceso a la información ilícita, o no lo hacen en tiempo hábil, desde que tengan sido previamente informado de la practica en sus servidores y no tengan dudas de su ilicitud. Su responsabilidad emerge cuando tengan el conocimiento de la práctica, o por acto propio o por comunicación de un tercero.

<sup>650</sup> Véase en el Recurso Especial REsp 1406448/RJ, 2012/0131823-7, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicación DJe 21/10/2013. Así como REINALDO FILHO, Demócrito, *A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet...*, *op. cit.*, 2011. Para el autor la dificultad de identificar el autor del daño puede justificar el derecho de la victima de irse en contra el

Por este motivo los prestadores de servicios en internet tienen el deber de informar y esclarecer, a través de sus contratos, los procedimientos y la responsabilidad de ellos y de sus usuarios en relación a los contenidos ilícitos encontrados en sus servidores. Así como informar de forma clara el procedimiento adoptado en los casos en que se encuentre estos contenidos<sup>651</sup>.

Además el prestador deberá utilizar las tecnologías adecuadas para las actividades que ejerzan, considerando el avance tecnológico en el tiempo de la prestación de los servicios. Tiene la obligación de conocer los datos de inscripción y de conexión de sus usuarios, como forma segura de identificación de los mismos. No obstante como hemos señalado anteriormente no podrán controlar o censurar sus usuarios. Debe el prestador de servicio mantener el total sigilo de las informaciones ofrecidas por sus usuarios, con la excepción de la ocurrencia de algún ilícito cometido por el mismo<sup>652</sup>.

Podemos observar una gran preocupación en la doctrina en relación a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la red. Algunos autores señalan que no podemos subestimar las consecuencias de establecer una zona de impunidad a estos servicios, ya que es a través de ellos que podemos encontrar distintos ataques a los derechos y libertades de las personas<sup>653</sup>.

No obstante debemos reconocer el fundamental papel que ejercen estos servicios en las sociedades democráticas actuales. Por esto motivo hay que ponderar los distintos

---

prestador de servicios en internet. Véase también la decisión del TJMG, 18° Camara, Apelação Cível núm. 1.0105.02.069961-4/001, rel. Des. Elpídio Donizetti, DJe 10.12.08, que señala que en regla el prestador de servicio de hospedaje no es responsable por el contenido que exhibe en la red, salvo cuando verificada la ocurrencia de actividad ilícita, se recusa identificar el autor o deje de interrumpir el servicio. No hay que se hablar de deber de fiscalización de los prestadores. Advierte aun que no hay norma legal en que exige al prestador de hospedaje el deber legal de controlar las comunicaciones de sus usuarios. Esta obligación sería inviable desde un punto de vista jurídico, así como en contra la garantía constitucional de sigilo.

<sup>651</sup> En el mismo sentido CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da...*, *op. cit.*, pp. 107.

<sup>652</sup> De la misma manera véase LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

<sup>653</sup> Vid. REINALDO FILHO, Demócrito, A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet..., *op. cit.*, 2011. Para el autor el prestador de servicio debería responder por las informaciones ilícitas en sus servicios desde que no se pudiera identificar el autor del daño. Estaríamos delante de una responsabilidad secundaria, o sustituta, con la posibilidad de demandar el prestador como substituto del autor del daño.

intereses envueltos, estableciendo obligaciones y deberes para ambas partes, para que internet continúe evolucionando y que el verdadero autor de la actividad ilícita sea penado.

### **30. El novedoso Marco Civil de Internet y el anonimato desde la perspectiva del derecho brasileño.**

La dificultad de identificación en internet, el anonimato o la facilidad del mismo, es una de las grandes preocupaciones al uso de las nuevas tecnologías y sus beneficios. La falta de punibilidad en virtud del fallo en la identificación de los usuarios puede generar una sensación de incredulidad y desconformo en la red.

Sabemos que internet está marcado por la información de la interactividad de las personas, por este motivo una de las inquietudes es la incidencia de perfiles falsos que se pueden crear. Por más que se pretenda garantizar las libertades fundamentales de los individuos, no podemos transformar la red en un espacio de impunidad, bajo el pretexto de no aniquilar sus virtudes. Los perfiles falsos pueden ocasionar serios daños a terceros, principalmente los relativos al derecho a la personalidad de las personas. Los prestadores de servicios deben buscar medios para la identificación de sus usuarios para que podamos preservar la integridad y el destino de la propia red. Hoy lo que encontramos es un sistema frágil de identificación, con muchos abusos y con serios impactos negativos del uso de las nuevas tecnologías<sup>654</sup>.

La identificación de los usuarios no se resume en la simple indicación de la dirección de IP, ya que esta identificación no es suficiente para responsabilizar al autor de una actividad ilícita en internet. En muchas ocasiones los usuarios con perfiles falsos utilizan sitios públicos para la práctica de sus actividades. Por esto motivo debemos

---

<sup>654</sup> Vid. STJ 3T. REsp. 1193764/SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010. Señala SANTOS, Sabrina Zamana dos, A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet..., *op. cit.*, 2012, que esta identificación no pone en riesgo la privacidad de los usuarios, ya que sus datos personales serán mantenidos en absoluto sigilo, siendo divulgados solamente bajo la práctica de actividades ilícitas o orden judicial. Véase también AA.VV., A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem por “perfis falsos”..., *op. cit.*, pp. 35.

buscar herramientas capaces de minimizar los daños y controlar la práctica de ilícitos en internet. En este sentido debemos observar la Ley Estadual núm. 12.228/2006, de Sao Paulo, con el objetivo de imponer a los establecimientos públicos la utilización de medios para mantener un archivo actualizado de identificación de los usuarios que utilizan los establecimientos públicos para la utilización de internet. Sin embargo tenemos que actuar con cautela para que no se pierda la privacidad y no se restrinja el acceso a la red<sup>655</sup>.

No obstante algún autor puntea de forma positiva la existencia de un fichero de identificación de los usuarios en la red. Esta medida ayudaría en las investigaciones en eventuales crímenes cometidos en internet. Lo que existiría es una forma de comprobación de la veracidad y autenticidad en la identificación de los usuarios. Ya que cuando utilizaran los ordenadores en sitios públicos para la práctica de ilícitos en la red no solamente se conseguiría una dirección de IP, en que millares de usuarios utilizan, y si, una identificación concreta de quien utilizo el ordenador para la práctica del hecho dañoso<sup>656</sup>.

En todos los casos, es el prestador de servicio que tiene el deber de verificar los datos de sus usuarios, estableciendo un mínimo de control en las identificaciones. Son estos servicios que en la contratación tienen la posibilidad técnica para checar los datos identificativos de sus usuarios. En ningún momento los prestadores de servicios al establecer criterios mínimos de identificación en la contratación estarán violando derechos individuales de sus usuarios. La finalidad de esta obligación es meramente por seguridad, ya sea la seguridad entre los que utilizan sus servicios, o seguridad en la investigación de actividades ilícitas, o por el establecimiento de mayor credibilidad de la red.

---

<sup>655</sup> Véase en este sentido REINALDO FILHO, Demócrito, A obrigação do provedor de identificar o usuário..., *op. cit.*, 2006, el autor señala que la revista Veja destaca que la exigencia de un fichero de identificación del usuario tendrá como resultado la pérdida de privacidad y restricción al acceso. Además señala que solamente países autoritarios como China, Corea del Norte, Cuba, el gobierno controla el acceso a la red.

<sup>656</sup> Uno de los autores que ven de forma positiva la existencia de un fichero de identificación es REINALDO FILHO, Demócrito, A obrigação do provedor de identificar o usuário..., *op. cit.*, 2006.

Señalan algunos autores que no se trata de establecer mecanismos de control de acceso, pero si medidas identificativas del usuario. Lo mismo ocurre cuando una persona adquiere una línea de telefonía móvil o fija, en la contratación esta persona tendrá que ofrecer una serie de documentos de orden identificativas, muchas veces incluso datos bancarios<sup>657</sup>.

No se trata del prestador de servicio controle o fiscalice los datos de sus usuarios, o violar el secreto de las comunicaciones o violar los datos de carácter personal. Lo que se busca en la identificación segura de los usuarios es un sistema de identificación muy parecido al que tenemos en el mundo físico. Una identificación en que la ocurrencia de eventuales daños pueda establecer las debidas autorías y el efectivo cumplimiento de supuestas penas<sup>658</sup>.

Más de una vez señalamos que son los prestadores de servicios que poseen los medios técnicos para establecer esta seguridad en la identificación de los usuarios en la red. No concordamos que al establecer este tipo de obligación estaríamos dificultando o agravando la prestación de los servicios en internet. Ni tampoco estaremos aumentado el coste de los servicios. Es un deber social de colaboración de las sociedades de las nuevas tecnologías para que se establezca una red segura y con credibilidad.

### **30.1 La identificación y la tutela jurídica en internet.**

De la misma forma que ocurre en los demás países, hay una grande preocupación en el derecho brasileño, con la seguridad, con el anonimato y con la credibilidad de la red. La dificultad de identificación y localización de un usuario que comete una actividad ilícita en la red, genera una sensación de impunidad a los demás usuarios, así como la falta de protección de los servicios prestados genera una sensación de incredibilidad e incomodidad.

---

<sup>657</sup> Vid. REINALDO FILHO, Demócrito, A obrigação do provedor de identificar o usuário..., *op. cit.*, 2006.

<sup>658</sup> Advierte REINALDO FILHO, Demócrito, A obrigação do provedor de identificar o usuário..., *op. cit.*, 2006, que libertad presupone responsabilidad. Todas las personas tienen el derecho al acceso a la red, ejerciendo de esta forma sus derechos y libertades constitucionales, sin embargo, al lesionar derechos de terceros, deberán cargar con la responsabilidad de sus actos.

Debemos observar que los sistemas de detención y retirada de contenido aun no son suficientemente rápidos y efectivos para combatir o disminuir la ciberdelincuencia y además están completamente ignorados por el Marco Civil en Internet recientemente aprobado. La dimensión y rapidez que una información puede propagarse en la red, torna tarea difícil para el cálculo de los prejuicios de la víctima<sup>659</sup>.

No obstante, encontramos algún autor señalando que aunque se quiera facilitar la tutela jurídica en internet, mecanismos de detención y retirada o bloqueo presentan serios daños colaterales a los usuarios. No se puede imponer a los prestadores de servicios en internet estos servicios, sin la observancia del debido proceso legal. Estos mecanismos amenazarían las libertades de los individuos y la propia seguridad de la red. En esta misma línea es lo que encontramos referente al tema en el Marco Civil de Internet, es decir, el retirado de contenido solamente mediante orden judicial<sup>660</sup>.

Como hemos dicho anteriormente la reciente normativa Brasileña referente a las reglas específicas de internet es novedosa y propensa a diferentes interpretaciones. Las decisiones actuales son basadas en las reglas preexistentes en el derecho. No obstante dada las características de esta nueva sociedad de la información, hay deberes y obligaciones mundialmente reconocidos que hay que imponer a los prestadores de servicios y usuarios, siempre de acuerdo con las actividades desenvueltas.

### **30.2 El Marco Civil de Internet, proyecto de Ley núm. 2.126/2011 del Senado Federal.**

Anteriormente a la reciente aprobada normativa específica relacionada con los servicios de la sociedad de la información en el derecho brasileño, conocida como el Marco Civil de Internet, encontramos el proyecto de ley núm. 2.126/2011 del senado federal, también conocido como el Marco Civil de Internet. Los distintos intereses envueltos, los derechos y libertades de los individuos, los factores sociales, económicos,

---

<sup>659</sup> Vid. ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, Responsabilidade civil dos provedores..., *op. cit.*, pp. 02 y ss.

<sup>660</sup> En este sentido véase LEONARDI, Marcel, Internet e regulação: o bom exemplo..., *op. cit.*, pp. 98-115. Para la autor ninguna de estas medidas técnicas de bloqueo, detección y retirada tienen mucha efectividad. Mientras hay el retorno financiero ninguna de estas medidas eliminarán páginas webs que existen para enriquecer ilícitamente.

los factores jurídicos, haz con que sea necesario el establecimiento de reglas relacionadas con las actividades en internet principalmente en países de desarrollo como Brasil. Este proyecto de ley establece derechos y deberes relativos al uso de Internet, determina las directrices para la actuación del estado y provincias en relación a la materia. El proyecto como hemos dicho anteriormente, también llamado de marco civil de internet, tiene como inspiración las ideas encontradas en un blog de discusiones de temas relativos a las reglas de la red. Así como, las ideas elaboradas por el Comité Gestor de Internet en Brasil. Fue objeto de consulta online en dos ocasiones, una referente a los temas que el público creería que deberían ser introducidos en el proyecto y en otra ocasión fue presentado el texto base del proyecto. Sin mencionar que es la base normativa de la actual ley núm. 12.965, de 23 de abril de 2014<sup>661</sup>.

En resumen el proyecto persigue, pero en nuestra opinión muy superficialmente, el control y límites al uso de internet, establece principios como el de la neutralidad de la red, así como establece garantías, derecho y deberes de los usuarios y de los prestadores de servicios en la red.

Establece a los usuarios el derecho a la inviolabilidad y el sigilo de sus comunicaciones, con excepción de orden judicial. Advierte que las informaciones ofrecidas por los prestadores de servicios han de ser claras y completas, principalmente en los acuerdos, términos de servicios y en los contratos establecidos entre las partes en la prestación de los servicios, estableciendo un régimen de protección de datos personales, en los registros de conexión y acceso. Los usuarios tienen derecho a la no

---

<sup>661</sup> El Proyecto Ley núm. 2.126/2011 del Senado Federal, se puede encontrar en [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011), (consultado en 04/02/2014). De la misma manera debemos observar también el Proyecto de Ley n. 4.906/01, del Senado Federal, referente al comercio electrónico reconoce expresamente la incidencia del Código de Defensa del Consumidor al comercio electrónico (artigo 30) e exenta a los prestadores de servicios de transmisión de informaciones la responsabilidad por el contenido de la informaciones transmitidas (artigo 35), desobligando de fiscalizar mensajes de terceros (artigo 37). Además de fijar la responsabilidad civil y criminal del prestador de servicio que, teniendo el conocimiento inequívoco de la práctica de crimen en archivo electrónico por el almacenado, deja de promover la suspensión o interrupción de su acceso (artigo 38). Véase en [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100532](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100532), (consultado en 04/02/2014). Referente a la materia véase LEONARDI, Marcel, Internet e regulação: o bom exemplo..., *op. cit.*, pp. 98-115.

divulgación o el uso de sus registros de conexión y acceso, salvo mediante a su consentimiento expreso o en consecuencia de orden judicial<sup>662</sup>.

El Proyecto de Ley también establece algunos principios básicos relativos al uso de internet, como por ejemplo la garantía de la libertad de expresión, comunicación y manifestación de pensamiento, la protección a la privacidad, la protección de los datos personales, la preservación de la neutralidad de la red, la estabilidad, seguridad, y funcionalidad de la red, por medio de medidas técnicas compatibles a padrones internacionales, y por el estímulo de la buena práctica<sup>663</sup>.

En el artículo 9 del proyecto establece que los prestadores de servicios de conexión, ya sean gratuitos u onerosos, quedan obligados a no monitorear, filtrar, analizar o fiscalizar contenidos, con la excepción de las hipótesis admitidas en ley. Como es el caso por ejemplo de la excepción de administración de técnica de tráfico. El responsable de esta administración debe tratar los datos con igualdad, siendo vedado establecer discriminación o degradación del tráfico que no venga de requisitos destinados a preservar la calidad contractual<sup>664</sup>.

La guarda y los registros de conexión y acceso a internet, deben atender a la preservación de la intimidad, la vida privada, la honra e imagen de las partes directa o indirectamente implicadas. El deber de conocer los datos de los usuarios es del

---

<sup>662</sup> Vid. artículo 1°, 2° y 7° del Proyecto.

<sup>663</sup> Véase en el artículo 3° del Proyecto de Ley.

<sup>664</sup> Véase el artículo 9 del Proyecto. Así como LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo...*, *op. cit.*, pp. 98-115. Ahora bien, el legislador europeo, por considerar una carga excesiva al proveedor de servicios de alojamiento de datos en internet resolvió no obligarlo a supe visionar o vigilar las informaciones encontradas en su servidor. Véase en este sentido el artículo 15. 1. de la Directiva sobre el comercio electrónico, que establece una inexistencia de obligación general de supervisión. Por otra parte en el segundo inciso del mismo precepto de la directiva prevé la posibilidad de los Estados miembros establecieren obligaciones a los proveedores de servicios de la sociedad de la información para que comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes las posibles informaciones ilícitas o las actividades ilícitas llevadas a cabo por usuarios de su servicio o también la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los usuarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento. En el mismo sentido encontramos el considerando 48 de la Directiva al referirse a los servicios de alojamiento de datos que señala que los dispuesto en la Directiva no afectara la posibilidad de que los Estados miembros reclamen a los intermediarios de servicios de la sociedad de la información, que apliquen un deber de diligencia, que podríamos esperar de ellos, y que conste en el derecho nacional, para que se detecte y se prevenga actividades ilegales.

administrador del sistema, que deberá mantener los registros de conexión en sigilo, en ambiente controlado y con seguridad, por el plazo de un año. Este deber de guarda de los datos no podrá de ninguna manera ser transferido a terceros. El plazo de la guarda de registro podrá ser prorrogado mediante orden judicial, en los términos establecidos por el proyecto. Como forma de protección de los datos personales de los usuarios los sus registros de conexión solamente podrán ser ofrecidos mediante órdenes judiciales. Las medidas y procedimientos de seguridad y sigilo de los registros de conexión y datos registrales deben ser informados de forma clara e inequívoca a los usuarios. Los datos de identificación de los usuarios solamente podrán estas disponibles mediante orden judicial<sup>665</sup>.

El proyecto de ley afirma taxativamente que los prestadores de servicios de conexión no serán responsables por los contenidos generado por terceros, por entender que estos servicios apenas ofrecen el soporte o los medios para la utilización y funcionamiento de la red<sup>666</sup>.

En este momento debemos recordar que de una forma más ejemplificativa la Directiva europea y la LSSICE española, entienden que los prestadores de servicios en general, tienen una función pasiva, ajena y neutral, al prestar estos servicios, y es por este motivo les privilegia con la exención de responsabilidad por las actividades efectuadas por terceros<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> Vid. artículos 10 a 13 del Proyecto, y también referente a la materia LEONARDI, Marcel, Internet e regulação: o bom exemplo..., *op. cit.*, pp. 98-115. El autor señala que el modelo de retención de datos de todos los usuarios de forma indiscriminada, por un periodo de tiempo muy largo ya anteriormente había dejado los usuarios de internet indignados. Los usuarios están preocupados por su privacidad y alarmados por el fato de verse como sospechoso sin haber hecho nada de equivocado, ya que es una parcela muy pequeña de usuarios que cometen ilícitos en la red. El mismo autor señala que el marco civil privilegia el modelo de preservación en que los prestadores de servicios que reciben una orden judicial deben preservar los demás datos, no los de conexión en que hay la obligatoriedad de preservar por un año, solamente mediante a partir de este momento, mediante una denuncia, o constatada la sospecha de la ocurrencia de un crimen. Y todos los demás usuarios no serán afectados. Con esto advierte el autor no estarán violando normas, ni tampoco afectando derechos constitucionales.

<sup>666</sup> Véase el artículo 18 de proyecto y también en LEONARDI, Marcel, Internet e regulação: o bom exemplo..., *op. cit.*, pp. 98-115.

<sup>667</sup> Véase los sistemas de exclusión de responsabilidad en la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000) y en la Ley de servicios de la sociedad de la información Española (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

En los servicios de aplicaciones en internet, el prestador de servicios no será responsabilizado por daños en virtud de contenido generado por tercero. Solamente será responsabilizado si mediante orden judicial específica, no lo tome previsiones necesarias, en el ámbito de sus servicios técnicos y dentro del plazo determinado, para la indisponibilidad el contenido señalado. Es decir, el primero requisito para que el prestador de servicio en internet pueda beneficiarse de la exclusión de responsabilidad, es que los datos hayan sido facilitados por un tercero destinatario, es decir, que los materiales sean ajenos al prestador del servicio. Y el segundo requisito es que la orden de retirada sea mediante orden judicial<sup>668</sup>.

En efecto para nosotros, la responsabilidad de los prestadores de servicios en internet encontrado en proyecto del Marco Civil de Internet, nos parece insuficiente, ya que no establece determinadas condiciones u obligaciones a estas empresas para la no responsabilidad civil en la utilización de sus servicios. Simplemente excluye la responsabilidad de todos los contenidos generados por terceros. También no encontramos determinadas garantías a los usuarios. Solamente en los casos de no cumplimiento de orden judicial de retirada, que los prestadores de servicios responderán por los contenidos ilícitos de terceros. No encontramos un deber de diligencia y cautela, o por la no identificación del autor, o por su demora en la retirada del contenido ilícito cuando ya tenía conocimiento real de las actividades ilícitas encontradas en sus servidores<sup>669</sup>.

En resumen el proyecto simplemente señala que el prestador de servicio solamente responderá por el contenido dañoso a un tercero, cuando intimado para el

---

<sup>668</sup> En este sentido véase el artículo 19 de proyecto.

<sup>669</sup> Para el autor RUBÍ PUIG, Antoni, (“Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs, Barcelona”, *Revista indret*, 2010, pp. 16-17), el grado de diligencia dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero se podría establecer unos mínimos que ofrezcan como mínimo una aproximación a un régimen de notificación deseable. Una comunicación de un afectado con la razonable correcta identificación del contenido lesivo, podría calificarse de diligente siempre que constara por escrito y contuviera elementos como una firma o firma electrónica y datos de contacto del perjudicado o persona autorizada a actuar en nombre de aquel, también la identificación completa de la persona cuyo honor se ha afectado y cuáles son las informaciones que se solicita la retirada. Véase también en el mismo sentido RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías...”, *op. cit.*, 2010, pp. 43.

cumplimiento de orden judicial específica no tome previsiones para tornar indisponible el contenido dañoso<sup>670</sup>.

Es importante señalar que el proyecto al prestador de servicios en internet, no revela principios de autosuficiencia de la red, no encontramos incentivos a mecanismos de protección a los usuarios afectados por los contenidos ilícitos. No menciona de forma clara medidas como los acuerdos voluntarios de remoción y retirada podrán existir entre las partes<sup>671</sup>.

No obstante, el prestador de servicios en internet tendrá que utilizar de mucha cautela para no interferir en los derechos de los usuarios, principalmente en las garantías establecidas por el proyecto y los derechos y garantías constitucionales.

Según algún autor el proyecto es una excelente opción legislativa, coherente con la experiencia internacional del tema. La exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios en internet se justifica para que no haya retratación del uso de las herramientas de la red, así como no se pierda derecho de los usuarios. Señala que los prestadores de servicios tienen una importante función social y evidencian un potencial democrático de internet. Hay un riesgo de que la responsabilidad de los prestadores de servicios lleve a ellos a cerrar servicios como las plataformas destinadas a las libertades de los usuarios. Los prestadores de servicios ejercen un papel fundamental en la economía de las nuevas tecnologías, generan empleos, tributos, fomentan el comercio y facilitan servicios. La ausencia de salvaguardas para la responsabilidad de los prestadores de servicios, desestimula la innovación y aumenta los costes a los prestadores, además de desestimar los investimentos extranjeros, así como los emprendedores nacionales<sup>672</sup>.

No estamos de acuerdo con todo lo anteriormente citado por la doctrina brasileña. Acreditamos sí, que internet tiene una función social fundamental en la

---

<sup>670</sup> Véase los artículos 14 y 15 del Proyecto.

<sup>671</sup> En el mismo sentido debemos observar LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo...*, *op. cit.*, pp. 98-115.

<sup>672</sup> En este sentido LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil...*, *op. cit.*, pp. 98-115

democracia actual. No obstante esta función social no puede ser excusa al no cumplimiento de determinadas obligaciones, diligencias y cautelas por parte de los prestadores de servicios. La prensa tradicional de la misma manera posee esta importancia social, sin embargo no deja de responder en los casos en que no cumplió determinadas obligaciones. No estamos haciendo comparaciones entre ambos medios de comunicación, pero la simple justificativa de la función social no nos sirve para determinar la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios.

La misma doctrina anteriormente citada advierte que el Proyecto acertó al alejarse de los mecanismos de detección y retirado ya que estos mecanismos incentivan la remoción arbitraria de contenido en la red, permitiendo abusos en su utilización. Para el autor la simple reclamación del usuario, sin orden judicial, crea espacio para reclamaciones infundadas en que jamás serían acollidos por el judiciario. Además de que esta reglas de remoción no impiden la censura temporaria, callando manifestaciones cuyo momento de divulgación es crucial. Señala que muchas de las veces apuntado como ilegal es apenas una parte o un ítem y el prestador de servicio tendrían que retirar totalmente se quisiera beneficiarse de la exclusión de responsabilidad, tornando el servicio desproporcional<sup>673</sup>.

Para nosotros con los avances de las nuevas tecnologías, hay como establecer mecanismos eficientes de notificación y retirada. La denuncia de los usuarios sirve para el análisis del servidor, que podrá en los casos en que solamente una parte del contenido sea ilícito, solicitar al autor que la reformule. O en los casos de evidente contenido ilícito retirarlo. La responsabilidad de la buena utilización de los mecanismos cabe al prestador del servicio, y el usuarios es el filtro de los prestadores de servicios que más le genere confianza. Es una cuestión de seguridad y de credibilidad de las informaciones encontradas en la red. Llegamos a un nivel del alcance de la red, que a muchas fuerzas,

---

<sup>673</sup> En este sentido LEONARDI, Marcel, *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil...*, *op. cit.*, pp. 98-115. El autor además señala que estudios realizados por miembros de Electronic Frontier Foundation y de Berkman Center for Internet & Society da Harvard Law School advierten con muchos ejemplos que los sistemas de notificación y retirada de la normativa estadounidense la DMCA es a menudo utilizado de forma abusiva sirviendo como herramienta para la intimidación y empleado impropiamente para la retirada de contenido. Este sistema tras enormes implicaciones en la libertad de expresión, además de no combatir la violación de los derechos en internet. El autor señala que el contenido removido por el abuso de la DMCA incluye contenidos no sujetos a protección de los derechos autorales que protege la normativa.

como las políticas, no les interesa que internet tenga credibilidad. Dejando que esta sensación de inverosimilitud, incredibilidad, de impunidad de la red, estamos enflaqueciendo la democracia, la libertad de pensamiento y de expresión, todos pilares fundamentales de la sociedad.

La cantidad de procesos y la lentitud del judiciario también es una justificativa de la implantación de estos mecanismos. Sabemos que con todas novedosas características de internet, el contenido ilícito puede llegar a millones de personas en apenas unos minutos. Esta demora del judiciario no puede ser justificativa para la propagación del daño a la víctima en el tiempo.

Además de que la simple justificativa de que estos mecanismos son ineficientes no es adecuada, ya que al observamos los fallos del pasado podemos acertar en el futuro con la ayuda de todas las partes envueltas en los servicios utilizados en la red. Hay que buscar formas eficientes en los mecanismos de detención y retirada, en que de la misma manera proteja los derechos y libertades de los ciudadanos, actúe en la prevención de actividades ilícitas en internet.

### **30.3 El Marco Civil de Internet, Ley núm. 12.965/14 de 23 de abril.**

Después de más de dos años de discusiones, conflictos de intereses y muchos derechos envueltos, se aprueba la ley específica relativa al funcionamiento de internet en Brasil. La actual Ley núm. 12.965, de 23 de abril de 2014, conocida como El Marco Civil de Internet, regula el uso de Internet en el territorio brasileño, y tiene como objetivo la garantía de principios, derechos, deberes y directrices para el buen funcionamiento de la red.

Como hemos visto la base legal de la ley es el proyecto aprobado por la cámara de diputados, proyecto de Ley 2.126 de 2011, en que fue creado en colaboración con los usuarios de internet, con la escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas y con la secretaria de asuntos legislativos del Ministerio de Justicia, entre otros. Entre el

proyecto y la aprobada ley podemos observar puntuales diferencias, no obstante, no son muy significativas para este trabajo<sup>674</sup>.

No caben dudas que el texto de ley trata de temas muy importantes para el funcionamiento de internet, como la neutralidad de la red, privacidad, libertad de expresión, así como la retención de los datos de los usuarios. Sin embargo se olvida de instituir obligaciones y garantías de responsabilidad a los usuarios y a los prestadores de servicios, entre otras cosas.

Algunos señalan la rapidez de la aprobación de la ley a la publicación de noticias de espionaje electrónica por el gobierno estadounidense, por ironía, solamente en este momento se percibió la gravedad del problema y la necesidad de una normativa que aumentara las garantías legales del derecho preexistente en relación a internet, así como aumentara los derechos y garantías de los prestadores de servicios y usuarios<sup>675</sup>.

Finalmente en el día 25 de marzo de 2014 el proyecto del Marco Civil de Internet fue aprobado, y a partir de 26 de marzo del mismo año paso a tramitar en el Senado con el núm. PLC 21 de 2014. Simultáneamente el proyecto fue apreciado por la Comisión de ciencia, tecnología, comunicación e información; Medio ambiente, defensa del consumidor; de Constitución, justicia e ciudadanía<sup>676</sup>.

La utilización de internet de Brasil se basa en el respeto a la libertad de expresión, los derechos humanos, el desarrollo de la personalidad y ciudadanía en los medios digitales, la pluralidad y la diversidad, la apertura y la colaboración, la libre competencia y protección del consumidor, y la finalidad social de la red. Además cuenta con los principios de la garantía de la libertad de expresión, la comunicación y la

---

<sup>674</sup> Véase el debate del Marco Civil en Internet en <http://culturadigital.br/marcocivil/>, (consultado en 10 de marzo de 2015) y el proyecto de ley 2.126 de 2011 en [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1238705&filename=Tramitacao-PL+2126/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1238705&filename=Tramitacao-PL+2126/2011), (consultado en 13 de marzo de 2015)

<sup>675</sup> Véase AQUINO, Yara, “Após denúncias de espionagem, governo pedirá agilidade na votação do Marco Civil da Internet”, 08/07/2013, en <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-08/apos-denuncias-de-espionagem-governo-pedira-agilidade-na-votacao-do-marco-civil-da-internet>, (consultado en 12 de marzo de 2015). Debemos observar que en muchas ocasiones la votación del proyecto fue aplazada por diversos motivos.

<sup>676</sup> El proyecto de ley PLC núm. 21 de 2014 se puede consultar en [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116682](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116682), (consultado en 12 de marzo de 2015).

manifestación del pensamiento, la protección de la privacidad, la protección de los datos personales, la preservación de la garantía de neutralidad de la red, la preservación de la estabilidad, seguridad y funcionalidad de la red, la responsabilidad de las partes de acuerdo con sus actividades, la preservación de la naturaleza participativa de la red y la libertad de los modelos de negocio promovidos vía internet<sup>677</sup>.

Alguno autor afirma que la novedosa ley tiene como objetivo tres focos principales. Primero la obligatoriedad de almacenamiento por el periodo de 1 año de los registros de acceso de los usuarios. Segundo la no responsabilidad de proveedores de servicios por contenido de sus usuarios. Y tercero la garantía de calidad de servicios a empresas que utilicen la red de otros, para transmisión de datos<sup>678</sup>.

La ley garante la neutralidad de la red, que es el tratamiento de los datos de forma igual por todos los prestadores de servicios, sin distinción de contenido, origen, destino y servicios, con la excepción en los casos de requisitos técnicos o servicios de emergencia. Este artículo es anunciado con gran victoria por los usuarios de internet, ya que algunos prestadores de servicios, principalmente los de telefonía móvil pensaban en ofrecer distintos servicios con distinción de contenidos y consecuentemente de precios<sup>679</sup>.

Los artículos 10 y siguientes de la ley regulan la denominada protección a los registros y comunicaciones privadas. Esto significa que en que la custodia y entrega de los registros de conexión y de acceso a aplicaciones de Internet, los datos personales y el contenido de las comunicaciones privadas, deben atender a la preservación de la intimidad, vida privada, honra e imagen de las partes directa o indirectamente envueltas. El contenido de las comunicaciones privadas solamente podrá ser entregado mediante

---

<sup>677</sup> Estas garantías y principios se encuentran en los artículos 2 y 3 de la Ley del Marco Civil de Internet.

<sup>678</sup> Véase en este sentido el artículo en el periódico “*O Globo*” en que señala que el Marco Civil de Internet excluye la responsabilidad de los prestadores de servicios por contenidos de sus usuarios, en <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/marco-civil-da-internet-isenta-sites-por-conteudo-de-terceiros-preve-que-registros-devem-ser-armazenados-por-um-ano-2685666> (consultado en 09 de marzo de 2015).

<sup>679</sup> El principio de la neutralidad gana importancia ya que alguna empresa de telecomunicación le gustaría vender productos diferenciados en relación al acceso de sus usuarios, lo que le permitiría cobrar más caro por determinados accesos.

orden judicial. Las medidas y procedimientos de seguridad y secreto deben ser informados por el prestador de servicio forma clara e inequívoca y atenerse a patrones definidos en reglamento.

A pesar de que la privacidad de las personas es un derecho constitucionalmente asegurado, la entrada en vigor de una ley específica para internet con reglas de comportamiento y garantías nos conlleva a una sensación de mayor seguridad y confort en la red. Por esto motivo la privacidad de los usuarios también se está consagrada en el Marco Civil, que garante que los datos e informaciones personales pertenecen a los usuarios y que la venta o acceso de esta información, solamente podrá ocurrir mediante autorización expresa del usuario.

Nuestra gran preocupación referente a la autorización expresa de los usuarios a sus datos e informaciones personales, está en los prestadores de servicios que en sus contratos de adhesión a sus servicios, obligan a los usuarios aceptar esta intromisión a su privacidad, a sus datos personales, o de ninguna manera podrán utilizar sus servicios, no hay otra opción. Estos contratos de adhesión están totalmente permitidos en las normativas específicas de la red. Cabe a cada usuario aceptarlos o no, sin embargo se observa que la aceptación de esta práctica es común y automática a través de clics rápidos a contratos con letras muy pequeñas e incomprensibles, donde los usuarios no tienen conocimiento específico de las consecuencias y la gravedad del ofrecimiento de esta información personal. Otro punto de reflexión es que la aceptación de estas políticas de privacidad se hace obligatoria y necesaria para la vida social de los usuarios y para su existencia en la red. Así concluimos que para estar socialmente introducidos en la red y en la vida cotidiana tenemos que aceptar si o si, las reglas del juego de los prestadores de servicios<sup>680</sup>.

El marco civil de internet no es el único que no asegura con clareza los procedimientos de seguridad y sigilo adoptado por los prestadores de servicios, referente a los datos personales de los usuarios, mundialmente observamos en las normativas la falta de estas garantías. Algún autor señala que la imposición de estas

---

<sup>680</sup> Ejemplos claros de esta invasión de privacidad están en los contratos de adhesión de facebook, twiter, instagran, entre otros.

garantías es fundamental para que el almacenamiento legal de los datos encontrados en al marco civil, acabe por promover la vigilancia y control en masa de los usuarios<sup>681</sup>.

El artículo al que se refiere el autor es el artículo 13 y ss., del Marco Civil de Internet, en que trata del establecimiento de guarda de registro de conexión de los usuarios, por el plazo de un año. Advierte que la autoridad policial, administrativa o el Ministerio Público podrán exigir un plazo superior al previsto. Por otro lado, en la provisión de conexión, onerosa o gratuita es vedado guardar los registros de accesos a las aplicaciones de internet<sup>682</sup>.

La responsabilidad civil o mejor, la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios en internet lo encontramos en los artículos 18 y siguientes. Destacan los siguientes artículos que el prestador de servicios de conexión a internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros. Además que con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el prestador de servicios de aplicación Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido de terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, hace disponible el contenido. Es decir, la retirada de contenido en la red solamente ocurrirá mediante orden judicial. No obstante podemos encontrar una excepción en los casos de información con contenido sexual, o como dicen, de pornografía por venganza. En estos casos la parte perjudicada podrá solicitar directamente al administrados de la web, la retirada de de estos contenidos<sup>683</sup>.

En nuestra opinión al establecer la exclusión de responsabilidad a todos los prestadores de servicios por contenidos de terceros, sin imponer ninguna obligación a ellos y establecer un régimen de responsabilidad solamente después de un

---

<sup>681</sup> En este sentido observamos al artículo de MARTINS, Helena, VALENTE, Jonas, Marco Civil da Internet: começa uma nova batalha. Consulta pública promovida pelo Ministério da Justiça até o fim de fevereiro abre espaço para participação da população na regulamentação, de 02/02/2015, en <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/marco-civil-da-internet-2013-comeca-uma-nova-batalha-6477.html>, (consultado en 19 de março de 2015).

<sup>682</sup> Véase el artículo 13 y ss. de la Ley del Marco Civil de Internet.

<sup>683</sup> Vid. artículo 20 del Marco Civil de Internet.

incumplimiento de un orden judicial crea un barrera a todos los derechos de los usuarios perjudicados por los contenidos ilícitos, ya que el costo del sistema judicial en Brasil es extremadamente elevado y moroso.

Sin duda, esta nueva ley marca un inicio importante en la de regulación de Internet en Brasil, toda vez que reafirma y agrupa principios y garantías básicas aplicables al Internet, en un sólo cuerpo normativo. Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para el desarrollo económico, social y democrático. Y ya se hacía necesaria una normativa direccionada a esta nueva realidad.

Debemos observar que la actual ley de Marco Civil en Internet, divide las reglas de exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios en dos sentidos, uno referente a los servicios de conexión y otro referente a los servicios de aplicaciones en la red. Diferentemente la Directiva Europea y la LSSI Española establecen la exclusión de responsabilidad a cada prestador de servicios en la red, como los de servicios de transmisión, de alojamiento o almacenamiento de datos, de copia temporal, de enlaces a contenidos e instrumentos de búsquedas, estableciendo a cada uno de ellos un artículo específico a su actividad.

En el artículo 14 de la LSSICE, o artículo 12 de la Directiva, podemos encontrar los servicios de transmisión. Ambos preceptos excluyen la responsabilidad a los prestadores de servicios que transmitan la información o los datos facilitados por terceros o simplemente que facilitan el acceso a ésta. Ambos preceptos nos advierten, que los prestadores de servicio no responderán, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos. Debemos ver la excepción por las manipulaciones de naturaleza puramente técnica, necesarias para transmitir la información. Es decir, los servicios de transmisión que hayan originada la transmisión, modificado la información que produce el daño, o seleccione el destinatario, no podrán beneficiarse de las reglas de exclusión de responsabilidad.

En el artículo 15 de la LSSICE, o el artículo 13 de la Directiva, establecen los servicios de copias temporales, o como efectivamente conocemos como función caché. De la misma forma ambos legisladores excluyeran de responsabilidad a los prestadores

de servicios que realicen actividades con una única finalidad de hacer la transmisión más eficaz en la red, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal. Ambas normativas observan que en los servicios de transmisión, que los prestadores de servicios no podrán modificar la información. Además señalan que no serán responsables, a menos que tengan conocimiento efectivo, de que la información haya sido eliminada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que el acceso a ella haya sido imposibilitado, o que una autoridad competente haya ordenado dicha eliminación y ellos no cumplan la orden.

En el artículo 16 de la LSSICE, o el artículo 14 de la Directiva, encontramos la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y a ellos nos referimos a los servicios que consisten en albergar datos proporcionados por los usuarios de este servicio. El mismo precepto nos advierte que estarán exentos de responsabilidad, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información revelen su carácter ilícito o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o imposibiliten su acceso<sup>684</sup>.

Se entenderá por conocimiento efectivo de la actividad ilícita en sus servidores cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso, 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 de servicios

---

<sup>684</sup> Observamos algunas diferencias en los preceptos europeo y español, principalmente que la LSSICE prescinde del segundo requisito de la Directiva, es decir, de la falta de conocimiento indiciario o circunstancial. En este sentido, el artículo 14 de la Directiva afirma: “1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.”

establezcan en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

El artículo 17 de la LSSICE, diferentemente de la Directiva sobre el comercio electrónico, establece reglas de exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen el conocimiento, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Además le advierte que esta exención de responsabilidad no ocurrirá en los supuestos en que los prestadores de estos servicios actúen bajo la dirección, autoridad o control de esos contenidos<sup>685</sup>.

Finalmente, debemos mencionar que el artículo 15 de la Directiva establece que los estados miembros no podrán imponer un deber de controlar o fiscalizar los contenidos de los intermediarios en línea. El considerando 48 de la Directiva establece que los estados miembros pueden imponer a los prestadores de servicios de intermediación un deber de diligencia, de cautela, con el fin de detectar y prevenir actividades ilícitas<sup>686</sup>.

Las grandes divergencias jurisprudenciales y doctrinarias relacionadas con la responsabilidad civil en internet de la LSSICE son las encontradas en los artículos 16 y

---

<sup>685</sup> Diferentemente de la Directiva porque la misma no establece un régimen de exclusión de responsabilidad a estos servicios. Observamos también que el artículo 17. 1. II de la LSSI, reproduce los mismos criterios que el artículo 16. 1. II de la LSSI, en relación con la existencia del conocimiento efectivo. Redacción según Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

<sup>686</sup> El considerando se refiere a los proveedores de servicios de almacenamiento de datos. Véase comentarios del considerando en JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios...”, *op. cit.*, pp. 05. La autora afirma que para entender las implicaciones del dicho considerando debemos hacer un hincapié en las consecuencias que pueden derivar su redacción: “*En primer lugar, nos podríamos preguntar si el deber de diligencia al que alude dicho considerando obligará a los intermediarios a disponer y operar mecanismos de filtro y control. En segundo lugar, cabe preguntarse si la negativa a operar estos mecanismos de filtro y control por un intermediario provocará que éste sea responsable. Y finalmente es especialmente importante la cuestión de si los prestadores de servicios de Internet serán responsables si dejan de detectar y eliminar datos que, según ciertos criterios, quizás de naturaleza técnica (aunque todavía indefinidos), deberían haber sido capaces de identificar. Respecto de esta tercera cuestión, y atendiendo a la letra del Considerando 48, parece probable que una parte agraviada podría argumentar que el fallo de un prestador de servicios en la identificación de material presuntamente ilícito fue debido a un negligente funcionamiento de los mecanismos de filtro y control.*”

17 de la LSSICE relativo a las interpretaciones del concepto de conocimiento efectivo que establece el legislador cuando advierte que los prestadores de servicios no serán responsables siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero.

Ambos preceptos al establecer la exclusión de la responsabilidad, nos advierten que: *“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, 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.”*

Es importante subrayar que en el caso de alojamiento o almacenamientos de datos, el legislador Español simplemente transpone lo establecido por la directiva, pero prescindió de un importante requisito. De que será excluida la responsabilidad, el proveedor que carecer no solo de conocimiento efectivo de la ilicitud, sino que también de hechos o circunstancias que revelen el carácter ilícito de la misma<sup>687</sup>.

Debemos observar que la lectura del conocimiento efectivo de los artículos 16 y 17 de la LSSICE, nos puede ofrecer muchas interpretaciones. No obstante debemos señalar dos que para nosotros son las más importantes. Una interpretación del concepto con un carácter limitativo o restrictivo, de conocimiento efectivo indicado en el artículo. Y otra, que nos permite apreciar un conocimiento efectivo en una forma más amplia y extensa, con un carácter no limitativo, en supuestos distintos de los expresamente mencionados<sup>688</sup>.

---

<sup>687</sup> Véase el artículo 14. 1. a) de la directiva que establece la exclusión de responsabilidad al proveedor de servicios que: *“no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, (...)”*.

<sup>688</sup> Véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, op. cit., pp. 307, y también en el mismo sentido CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (Coord.), *Deberes y responsabilidades...*, op. cit., pp. 39. este último autor afirma que debemos interpretar “otros

El Tribunal Supremo de España no tiene dudas de la interpretación del conocimiento efectivo que hay que tenerse. El determinado uso de ciertas palabras, así como otras expresiones, pueden revelar el carácter del contenido ilícito, ultrapasando sin dudas los límites de la libertad de expresión, constitucionalmente protegida<sup>689</sup>.

La sentencia de apelación juzgada por el Tribunal llega a la conclusión de que la demandada tenía un conocimiento efectivo de las expresiones difamatorias depositadas en sus servidores una vez que las expresiones por si solas califican el carácter atentatorio al honor<sup>690</sup>.

Efectivamente hay un grado de diligencia, que claro dependerá a las circunstancias de cada caso, pero es posible establecer unos grados mínimos que ofrezcan una aproximación a un régimen de notificación deseable

El riesgo de los prestadores de servicios cerrar espacios en internet por la imposición de responsabilidad y consecuente aumento de coste, tampoco nos convence. Sabemos que actualmente las redes sociales tienen fundamental importancia en la

---

medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, entendiéndose establecerse en un sentido amplio, equivalente a considerarse. El mismo autor pero en otra obra, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, (“La responsabilidad de los proveedores de Información...”, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 30 y ss.), nos afirma que para un conocimiento efectivo se valorará un conjunto de distintos elementos probatorios disponibles. Debemos observar también la sentencia de la Audiencia provisional de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, que afirma que el conocimiento efectivo debe darse por cualquier medio que sea, y, en concreto, señala que la comunicación por burofax, es un medio para obtener el conocimiento efectivo. Sin embargo, podemos encontrar en la sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2096), una opinión distinta, que considera que un burofax no es un medio suficiente, cuando sus términos son tan vagos, cuando el usuario perjudicado no ha concretado cuáles son las información que considera que son intromisiones ilegítimas en su derecho al honor.

<sup>689</sup> Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2009 de 9 diciembre

<sup>690</sup> Véase el fundamento jurídico 8º de la sentencia *supra cit.* Debemos observar también la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 420/2008 de 22 de septiembre (*JUR* 2009/107918), que nos afirma que no siempre es necesario una resolución judicial que declare la ilicitud de los contenidos. En el caso de esta sentencia, las manifestaciones y fotografía deberían interpretarse según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto. Deberían también observar los antecedentes históricos y legislativos conforme la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, *atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del CC)*. Nos advierte también la sentencia que en el actual mundo de las telecomunicaciones, *caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, en el que se emplean expresiones tales como “gilipollas”*. La misma sentencia nos menciona que se inserta una fotocomposición con la cabeza cortada del demandado, y que por este motivo se multiplica los perjuicios ocasionados, hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables.

economía mundial. Las fuerzas de estos servicios giran millones de euros en el mundo. Un ejemplo claro está la salida en bolsa de facebook, twitter, o la compra de whatsapp por facebook, todos servicios de redes sociales destinados a los usuarios. Para nosotros no hay que responsabilizarlos de forma objetiva o en algunos casos subjetiva, pero si en los casos en que no cumplan determinadas obligaciones y sean efectivamente diligentes en las prestaciones de sus servicios. Se puede ofrecer un servicio de forma consciente que atienda las garantías y derechos de las personas<sup>691</sup>.

El acceso gratuito o de bajo costo a los servicios prestados en internet no significa el no poseer responsabilidad de los daños en virtud de esta prestación. Todos en nuestro cotidiano tenemos responsabilidades, principalmente en virtud de la violación de los derechos a terceros. La imposición de obligaciones y cautelas en la prestación de determinados servicios en la red no es un freno al desenvolvimiento de las nuevas tecnologías, pero sí la actualidad y tendencia futura de protección, que es el equilibrio entre el más fuerte y el más frágil. En este sentido no creemos que los prestadores de servicios en internet sean el lado más débil.

Debemos observar que el marco civil de Internet referente a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios, se distancio de lo aplicado por la Unión Europea, de lo que venían decidiendo los Tribunales Brasileños y de lo establecido por la doctrina brasileña. Es decir, que cuando los prestadores de servicios tengan el conocimiento de la ilicitud de actividades en sus servidores y no tengan dudas de esta ilicitud, deben inmediatamente retirar el contenido ofensivo. Garantizando de esta forma todos los derechos y libertades envueltos.

---

<sup>691</sup> Facebook protagoniza la mayor salida a Bolsa de la historia de una empresa de internet. La compañía queda valorada en más de 100.000 millones. En <http://www.rtve.es/noticias/20120518/facebook-espera-captar-15000-millones-euros-su-salida-hoy-bolsa/528277.shtml> (consultado en 04 de marzo de 2014). Twitter da el primer paso para su salida a Bolsa. El valor de la empresa ronda los 10.000 millones de dólares. Sus ingresos publicitarios que rozan los 200 millones de euros. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/12/navegante/1379021902.html> (consultado en 04 de marzo de 2014). La red social facebook creada por Zuckerberg anunció que ha alcanzado un acuerdo para la compra de la aplicación de mensajería instantánea de Whatsapp por el valor de 19.000 millones de dólares (unos 13.830 millones de euros). Señala la reportaje: “(...) *en una prueba más de que tiene suficiente bolsillo como para comprar aplicaciones que aumenten su base de usuarios y la interacción entre ellos*”. En <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140220/abci-cifras-compra-whatsapp-facebook-201402200821.html> (consultado en 04 de marzo de 2014).

Efectivamente el prestador de servicio al tener el conocimiento efectivo de la existencia de un ilícito debe actuar con prontitud para eliminar o impedir el acceso a información o actividad ilícita. Para esto deberá observar las circunstancias, y la claridad que representa el contenido ilícito. La notificación del usuario servirá para que el prestador pueda verificar la información o actividad y en consecuencia podrá dar la oportunidad de el supuesto infractor defenderse. Claro, siempre haciendo constar esta posibilidad en los términos de usos de su página web.

Sin dudas encontramos divergencias en relación a los mecanismos de detección y retirada de informaciones o actividades en internet. Pero no estamos de acuerdo que estos mecanismos amenacen la libertad de expresión, que como hemos visto anteriormente tienen algunos límites marcados por la constitución y las diversas jurisprudencias. Al contrario, garantizan el buen funcionamiento de la red y protegen los derechos de los perjudicados, para que la información o actividad ilícita no perdure en el tiempo y ocasione más daños.

Sin embargo debemos concluir que para nosotros el proyecto del Marco Civil en internet es impreciso y nos encamina a muchísimas interpretaciones. La exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios en internet, tendría que contener más explicaciones de los requisitos y obligaciones para que el prestador de servicios en la red pueda beneficiarse de esta exclusión. Debería establecer de forma clara y precisa cuales son las diligencias necesarias que deberán tomar los prestadores de servicios en internet para que se beneficien de la exclusión de responsabilidad.

Igual que las normativas europeas, el marco civil de internet intenta minimizar los efectos negativos de la excesiva responsabilización de los prestadores de servicios. Sin embargo no se observa el establecimiento de reglas, garantías, o procedimientos para la exclusión de responsabilidad, simplemente se advierte que el prestador de servicio en internet no será responsabilizado por contenidos de terceros en la red. No trato de delimitar las situaciones o condiciones específicas, o mismo medidas de seguridad, para la no responsabilidad de estos servicios.

Referente a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, se subentiende en el marco civil que dependerá de lo establecido en los contratos entre los

usuarios y los prestadores de servicios, es decir, estos procedimientos pueden ser establecidos para evitar un volumen excesivo de demandas judiciales. Pero no hay un incentivo en el establecimiento de estos servicios, ya que el prestador de servicio solamente será responsabilizado después del incumplimiento de orden judicial.

No encontramos en el marco civil de internet, la simple mención de procedimientos administrativos, mecanismos de detección y retirada, o como hemos dicho anteriormente, el incentivo a la resolución extrajudicial del conflicto, como es la propia naturaleza de la red y lo que venían estableciendo normativas con más experiencias como las de la Unión Europea.

Señalamos que todos estos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en internet, a lo que defendemos y que son olvidados por el marco civil de internet, deberán estar debidamente medidos entre los distintos derechos envueltos. Garantizando la privacidad, la honra, la libertad de expresión, pensamiento, entre otros principios de la red y derechos de sus usuarios<sup>692</sup>.

Para nosotros, los procedimientos de detección y retirada de contenido ilícito encontrado en la red, tienen fundamental importancia para su buen funcionamiento, y con la debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, como la protección de la libertad de pensamiento y expresión, los estados cada vez mas agregan democracia en sus territorios, y de alguna manera refuerzan la no necesidad de recurrir a lo judicial a cada conflicto encontrado en internet.

Por lo tanto cuanto al régimen de responsabilidad encontrado en el Marco Civil de Internet, debemos advertir que su contenido es frágil y limitado a solamente un tipo de responsabilidad que encontramos en la red, que es la responsabilidad civil de contenido generado por terceros. La nueva normativa no trata de otros tipos de responsabilidad civil que podemos encontrar en la red, como por ejemplo, la responsabilidad civil en virtud de contenido propio, o una supuesta responsabilidad civil

---

<sup>692</sup> En este sentido véase el debate referente a la pertinencia de regulación de los procedimientos administrativos de resolución de conflicto, sin perjuicio de los derechos fundamentales envueltos en <http://culturadigital.br/marcocivil/category/consulta/2-responsabilidade-dos-atores-eixo-2/2-1-definicao-clara-de-responsabilidade-dos-intermediarios/#> (consultada en 13 de marzo de 2015).

solidaria en los casos en que hay un administrador de contenidos de un determinado prestador de servicios, o también por daños en la infraestructura de la red.

Cuanto los conceptos se observa que el marco civil de internet se olvida de precisar los significados de determinadas actividades en la red, un ejemplo claro está el concepto de contenido y los tipos de contenidos encontrados en internet. Para nosotros para innovar con normativas en un país en desenvolvimiento como Brasil, se necesita de reglas claras y no dudosas, que establezcan seguridad y garantías a todos los envueltos en la red, desde los usuarios hasta los prestadores de servicios.

Mas una vez serán los tribunales que deberán establecer reglas claras del funcionamiento de internet en Brasil. Los legisladores dejaron pasar una gran oportunidad de reglamentar con claridad el Marco Civil de Internet. Una lástima debida la importancia de internet en las magnas democracias.

## CONCLUSIÓN

1) Los avances tecnológicos han llegado a todos los ámbitos. Internet en especial, ha cambiado la forma de comunicación, entre otras cosas. Como no podría ser distinto todos los sectores de la vida cotidiana fueran afectados ya sea positivamente o negativamente por internet.

2) Los tratados y convenios internacionales, las directivas europeas, las legislaciones españolas y otros países como Brasil, buscan armonizar los intereses envueltos, la protección de los derechos fundamentales de las personas y facultades que podrían ser vulneradas en internet. No obstante, observamos que las actuales normativas están cargadas de incertidumbres y distintas interpretaciones por parte de la jurisprudencia y doctrina.

3) Las dudas que siempre nos rodean en la red, es la de privilegiar un derecho en detrimento de otros. Suponer que debemos proteger las libertades constitucionales de los usuarios, muchas veces es postergar los derechos y protección de otros, como por ejemplo los periodistas. En este sentido, debemos establecer mecanismos técnicos eficaces de control para la protección de los derechos de los usuarios y los derechos de autor de los periodistas, así como, su incentivo a la creación. El periodista o titular de derechos, es quien retiene la decisión del primero consentimiento de la difusión de su obra en internet. Pero acto seguido, hay que garantizar que su obra sea utilizada correctamente en la red.

4) Efectivamente en internet por sus particulares características, perdemos el control numérico, temporal y geográfico de la obra. Los diversos límites al derecho de autor establecidos por los legisladores buscan un incentivo a la cultura, y un justo equilibrio a los diversos intereses envueltos, principalmente de los usuarios. No obstante estos límites generan una pérdida económica al titular de un derecho, y en conclusión esa pérdida de alguna forma hay que compensar.

5) Definitivamente son los titulares de derechos, las personas habilitadas para adoptar los mecanismos de control contra actos de elusión en internet y los capacitados

para autorizar o no, que se produzcan ciertas actividades, informaciones o obras en la red. Eludir una medida tecnológica o utilizar una obra obteniendo beneficios económicos, sin la autorización del su titular, mismo en el ejercicio de una excepción, es un acto prohibido en nuestro derecho.

6) Por este motivo que en las cesiones de derechos deben ser implícitas y siempre ser previsible. Los contratos de cesión deben contener todas las voluntades de las partes, el autor periodista o el usuario debe indicar expresamente la autorización para la explotación de la obra en la red. Y en el caso de que en el momento de la cesión no existiera internet, la introducción de la obra en la red, dependería de su autorización y consecuentemente una nueva remuneración por esta nueva explotación de su obra, distinta de la que se fijó en contrato.

7) Los derechos fundamentales con la aparición de las Nuevas Tecnologías, en especial internet, paulatinamente viene marcando nuevas reglas en la comunicación y información. Encontramos la necesidad de especial protección a estos derechos, ya que como sabemos los daños en internet pueden alcanzar rápidamente y extraterritorialmente dimensiones monumentales. Cabe señalar que los derechos y libertades fundamentales mantienen íntima conexión entre sí, así como conservan elementos comunes. Como por ejemplo por un lado, la libertad de expresión que tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, creencias y juicios de valor y por otro lado, la libertad de información que tiene por objeto el derecho de todos los ciudadanos en comunicar y recibir libremente información sobre hechos que puedan considerarse noticiables, con la grande diferencia que en esta última se exige el requisito de la veracidad.

8) Es a través de la libertad de información que los ciudadanos puedan formar sus opiniones y participaciones en los asuntos públicos y de interés general. El derecho de información corresponde a todos, sin ninguna distinción, no obstante, el derecho de informar gana mucho más fuerza cuando ejercido por profesionales de los medios de comunicación, que tienen el deber de hacernos llegar informaciones diligentemente contrastada.

9) Este especial requisito exigido de la veracidad de la información, está cada vez más lejos de cumplirse. Con la rapidez de internet, la cantidad de información existente en ella, la labor de los profesionales de la comunicación está más difícil de concretizarse. La necesidad de la diligencia en información puede tornarla una información ultrapasada, no novedosa, sin interés. Sin embargo, los ciudadanos esperan y confían que la información transmitida por estos profesionales sea debidamente contrastada. Por este motivo estos profesionales tienen el deber de adecuarse a esta nueva realidad.

10) En efecto, las libertades de expresión e información además de ser derechos fundamentales del individuo, significan el reconocimiento, la garantía de la opinión pública libre, y el pluralismo político, en los estados democráticos. En consecuencia encontramos la necesidad de protegerlas.

11) Efectivamente ya sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que coexisten entre sí, así como coexisten con otros derechos constitucionales. No obstante tienen un depósito legal que no pueden delimitar su contenido básico o esencial. Por este motivo los límites de ellos, no pueden sobrepasar el derecho de los demás. Hay dificultades en separar las delimitaciones entre los derechos a la libertad de información y expresión y el derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen. Como por ejemplo separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, garantizado por el derecho a la libertad de expresión, de la narración de unos hechos, protegido por el derecho a la libertad de información. Muchas veces la expresión de pensamientos necesita apoyarse en la narración de hechos y la comunicación de hechos o noticias puede incluir algún elemento valorativo o una disposición a la formación de una opinión, no respetando los derechos al honor, intimidad personal y la propia imagen.

12) En este sentido es indiscutible que el ejercicio de uno u otro derecho pueden entrar en conflicto y que la solución puede de una forma u otra, favorecer o afectar algún de estos derechos. Por este motivo es exigible la educación de los usuarios y que los legisladores y las jurisprudencias caminen en el sentido de establecer una justa medida para los derechos y libertades envueltos. La Constitución no favorece uno derecho en detrimento de otro derecho, es más, lo pone en un mismo nivel de igualdad cuando considera como derechos fundamentales de todos los individuos.

13) Otro tema importante es la autorregulación en internet, que es la posibilidad de no intervención de los estados en las relaciones encontradas en la red. Internet nació sin trabas burocráticas, libre, sin control, todos deseaban una comunicación libre y sin fronteras. Sin embargo, con la cantidad de información que circula en la misma, y los riesgos que fueran surgiendo no recorrer de los años, sería complicado no establecer un mínimo de reglas para su buen funcionamiento.

14) En efecto, la autorregulación en internet viene de la posibilidad de autocontrol de la misma a través de contratos, esto significa atribuir el control de las informaciones a las partes interesadas. No obstante, la grande preocupación es que muchas veces los usuarios no tienen la posibilidad de negociar estos contratos, que llamamos de contratos de adhesión, los mismos para tener acceso a determinado servicios, son obligados a aceptar las condiciones ofrecidas por los prestadores de servicios, sin la oportunidad de no aceptar o cambiar determinadas cláusulas. Por esto motivo en nuestra opinión los prestadores de servicios tienen la obligación de encontrar una manera para efectuar esa negociación, caso contrario, estaríamos volviendo al autoritarismo de las grandes fuerzas, en este caso, los prestadores de servicios.

15) La Directiva europea relativa a materia señala que los Estados miembros fomentarán la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario. De la misma manera encontramos la regulación de estos códigos en la Ley española de servicios de la sociedad de la información (LSSI). Los códigos de conducta son pieza clave en el control de contenidos en internet. Es a través de ellos que las partes implicadas, normalmente usuarios y prestadores de servicios, acuerdan voluntariamente una serie de compromisos éticos a cumplirse, sin embargo como hemos señalado anteriormente, encontramos la necesidad de negociación de las partes en estos acuerdos para el efectiva democratización de las relaciones en la red.

16) Uno otro reto que nos enfrentamos en internet, es la localización del infractor del acto ilícito. Debemos recurrir a formas más específicas de identificación en internet. Hay que tener una mínima conexión directa y evidente con una persona determinada en el espacio natural. El anonimato despierta una profunda preocupación de los riesgos sobre la actuación del usuario en internet en comparación con los soportes tradicionales.

17) El anonimato en internet es defendido por muchos, sin embargo puede llevar a esta falta de credibilidad, como también puede generar una sensación de impunidad. Es sabido que el derecho de expresarse en la red, muchas veces viene acompañado de anonimato. No obstante, este derecho no puede y no debe vulnerar garantías y libertades constitucionales de los usuarios. Concordamos que la salida podría estar en la educación y no a la represión del anonimato.

18) De la misma forma que podemos identificar una información podemos verificar de donde esta proviene. Esta medida se hace posible gracias a una clave numérica llamada de dirección de IP (*internet protocol*), que es la identificación de un determinado ordenador en la red. Sin embargo, no es lo mismo identificar un ordenador que identificar el usuario de una información delictiva, debido a una serie de garantías constitucionales de protección a la privacidad. Por este motivo y por la cadena de derechos y garantías envueltos, nos parece relevante que las normativas y los estados busquen una forma más eficaz de garantizar todos los derecho envueltos en internet, así como de concientizar los usuarios de daños y consecuencias de sus actos en la red. Solamente en la efectiva educación y cultura de buenas conductas en internet que podría poner freno a este riesgo tan significativo.

19) Sabemos que la intimidad del individuo es fundamental para la formación de una sociedad justa y democrática. Su reconocimiento supone una barrera a los estados totalitarios. Por consiguiente como hemos visto anteriormente, el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información han de desarrollarse dentro de parámetros idóneos para fomentar esta sociedad.

20) En este sentido, directamente ligado con la intimidad del individuo encontramos el secreto de las comunicaciones en internet. En efecto, el concepto de comunicación encontrado en la constitución para nosotros ha de ser amplio y flexible, ya que de este concepto depende el alcance de la garantía constitucional. Lo que se protege en este derecho es el conjunto del proceso de comunicación, excluidos de esta protección las conversaciones de forma directa o en persona. La comunicación electrónica mas allá de su resolución, celeridad y eficacia, no constituye un tipo de comunicación específica, por lo cual las reglas para su protección son las mismas de la

comunicación tradicional, cuyo el denominador diferencial es la forma en que sobreviene, que es electrónicamente.

21) La libertad de comunicación consiste en que toda persona física o jurídica comuníquese libremente con la garantía intuida por el secreto y la imposición de que terceros no interfieran en la misma. Sea cual sea el medio utilizado y el contenido del mensaje la norma constitucional garante la impenetrabilidad por quien es ajeno al proceso de la comunicación. Es decir, para la norma constitucional las comunicaciones son secretas, algunas pueden ser intimas. No obstante la norma no ampara el contenido de la comunicación frente a otra parte, la obligación de secreto es siempre frente a terceros que no interfieren en la comunicación.

22) La inviabilidad de las comunicaciones es también la protección del derecho a la privacidad e intimidad, sin establecer delimitaciones conceptuales, pero si garantizar el secreto de la misma. Es un derecho sometido a las más fuertes medidas por parte del ordenamiento jurídico, por ser un derecho fundamental vigente frente a todo, para que se garantice su eficacia, de lo contrario, deja de tener el máximo nivel constitucional. En conclusión, la tutela de este derecho es de suma importancia para internet ya que su facilidad de vulneración esta directamente ligada a la privacidad e intimidad de las personas, y en consecuencia corrobora con un sentimiento de falta de credibilidad e inseguridad de la red. Es imprescindible la existencia de un ajuste entre el mecanismo de garantía de protección de este derecho y de desarrollo tecnológico en las comunicaciones.

23) Con el objetivo de garantizar otro de los derechos fundamentales muy afectado en internet, que es la protección de datos personales, los ordenamientos jurídicos se ven obligados a imponer a los prestadores de servicios determinadas obligaciones en la conservación, control restricción y tratamiento de los datos, debido a los riesgos significativos unidos a la dimensión de la amenaza.

24) Los constantes cambios en las nuevas tecnologías, en especial internet, justifican la necesidad de eventuales actualizaciones en las reglas existentes en los estados, para que se haga frente a los riesgos en materia de protección de datos personales.

25) Las políticas de protección de datos, que es el instrumento proporcionado a los usuarios anteriormente a la recorrida de datos, deberán contener menciones precisas y específicas para cumplir con las obligaciones de la información en la recogida de datos. Estas políticas deberán aclarar a los usuarios, que los mismos son conscientes de forma expresa de todos los datos en el texto a publicar. También debería contener todos los riesgos en la difusión de sus datos en que los usuarios puedan sufrir, principalmente en los casos en que los buscadores puedan utilizar estos datos en sus motores de búsqueda, mismo cuando ya están retirado de la web.

26) De hecho, los grandes riesgos relacionados con la difusión de datos personales internet, deriva del incumplimiento de las normativas de protección de datos. Es común encontrarnos informes aconsejando determinadas cautelas para que los datos personales no sean objeto de difusión masiva en la red. En este sentido, observamos que uno de los principios que rodean el tratamiento de los datos personales es el de proporcionalidad. En efecto, más una vez resaltamos que es muy importante que los prestadores de servicios adviertan a sus usuarios de los peligros y ataques a su intimidad. Los prestadores deben proponer a los usuarios que no pongan datos en línea, ya sean fotografías o informaciones relativas a terceras personas sin su consentimiento. Por otra parte, deberán informar y solicitar consentimiento de toda la manipulación de los datos personales de sus usuarios.

27) Con toda esta amenaza a la seguridad de las informaciones en la red, ya sea de las comunicaciones, o de los datos personales, o de los derechos fundamentales, o para otorgar credibilidad al comercio electrónico y etc., encontramos la firma digital y criptografía, que surgen como instrumento cuyo objetivo es dotar seguridad y confianza en las relaciones encontradas en internet. Efectivamente resulta necesario garantizar claves determinantes de seguridad en las transacciones en la red, como por ejemplo, la autenticación o autoría, la integridad del mensaje, el rechazo o repudio en origen o destino, la privacidad o confidencialidad del mensaje. De esta forma, la firma electrónica nace de la necesidad de solucionar problemas íntimamente relacionados con garantizar estos problemas, la confidencialidad, integridad e identidad del emisor y receptor de la comunicación. Así como solventar los requisitos de forma y prueba exigidos a principio por los ordenamientos jurídicos.

28) En este sentido la firma electrónica mantiene algunos requisitos tradicionales, y utiliza instrumentos electrónicos que se consideran idóneos para cumplir la finalidad de requisitos formales de la firma tradicional. De esta forma no implica una alteración substancial del derecho existente de obligaciones, requisitos y efectos jurídicos encontrados en las transacciones tradicionales.

29) Las empresas de certificación de firmas electrónicas poseen una serie de obligaciones frente a sus titulares, como también frente a terceros. La responsabilidad civil de estas empresas viene como forma de garantizar que se cumplan estas obligaciones. No obstante, el firmante, o propietario de la firma electrónica también responderá por la responsabilidad civil hasta el momento de la comunicación de la pérdida o robo. Lo que intentan las distintas legislaciones sobre la materia es que de alguna forma se garantice la seguridad y confianza de la firma y en los casos de que la firma no sea segura habrá responsabilidades. En conclusión, debido a este nuevo entorno y en consecuencia las nuevas relaciones, debemos encontrar un sistema seguro y fiable de identificación en la red, un sistema que nos genere seguridad y confianza, donde tengamos la certeza de que quien nos firmo electrónicamente un determinado documento, sea quien dice ser.

30) La responsabilidad civil en internet es otro de los temas con infinitas divergencias en la red. El legislador europeo y español consideró pertinente establecer reglas específicas de responsabilidades a estos prestadores de servicios, y estableció los llamados *safe harbor* o puertos seguros. Está claro y comprensible que las legislaciones establecerán que las reglas de derecho preexistentes no eran suficientes para regular el servicio de intermediación en internet. Y establecen que los prestadores de servicios de intermediación en la red que cumplan unos determinados requisitos, y que poseen una función pasiva, ajena y neutral, al prestar estos servicios, serán privilegiados con la reglas de exención de responsabilidad, de forma horizontal, es decir, civil, penal y administrativa.

31) Estas reglas de exención de responsabilidad han traído a los prestadores una seguridad jurídica en relación a los contenidos ajenos depositados en sus servidores. Una seguridad jurídica, significativa en términos de costes económicos a los prestadores de servicios. No obstante, ha dejado los usuarios y periodistas afectados con una

sensación de impunidad y descreencia, ya que como hemos visto, la velocidad, dimensión de la información y el anonimato en internet es un desafío difícil de alcanzar.

32) La responsabilidad civil en internet es materia de muchísima relevancia. Aparte de las potenciales repercusiones económicas a los prestadores de servicios, también nos depara con muchos derechos y libertades envueltos. Derechos y libertades esenciales para una sociedad democrática libre y con acceso a la información.

33) No cumplidas las condiciones para el beneficio de exclusión de responsabilidad encontrados en las legislaciones europeas y españolas, el prestador de servicio responderá por su supuesta responsabilidad de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad, o bien por las reglas especiales. Es decir, la Directiva sobre el comercio electrónico y la LSSICE, no atribuyen responsabilidades, simplemente excluyen de responsabilidades determinados servicios que de forma pasiva, ajena y neutral son prestados en internet.

34) Debemos observar que el análisis a las reglas de exclusión de responsabilidad nos ofrece muchas interpretaciones, en particular al respecto del conocimiento efectivo de la ilicitud de la información. Que podrá interpretarse con un carácter limitativo o restrictivo, los supuestos indicados en el artículo, o con un carácter más amplio y extenso, no limitativo en los supuestos expresamente mencionados, con lo cual estamos más de acuerdo y que sería más conforme al establecido por la directiva europea. Para nosotros deberá valorarse un conjunto de distintos elementos probatorios, para comprobar si el proveedor de servicios de intermediación en internet, ha tenido un conocimiento efectivo del acto lesivo, y si deberá ser responsable por la información.

35) Efectivamente hay un grado de diligencia, que claro dependerá a las circunstancias de cada caso, pero es posible establecer unos grados mínimos que prometan una aproximación a un régimen de notificación deseable. Es frecuente, que los proveedores establezcan servicios de reclamación, notificación, y que tengan un administrador para el analice del caso en concreto. Estos mecanismos garantizan el buen funcionamiento de la red y protegen los derechos de los usuarios que puedan hallarse perjudicados.

36) Además al nuestro entender, el proveedor de servicios de la sociedad de la información, deberá facilitar cuando judicialmente solicitado, todos los datos para la identificación del supuesto infractor. Siempre teniendo en cuenta los derechos a la intimidad personal, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información presentes en las legislaciones patrias.

37) Son numerosos los problemas de interpretaciones relacionadas con la exclusión de responsabilidades de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Divergencias tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Las decisiones oscilantes de los tribunales ocasionaran una sensación de descontrol e incertidumbres interpretativas relacionadas con la responsabilidad de estos servicios en internet. En este sentido hay que encontrar un equilibrio para no cargar económicamente demasiado los proveedores, pero también no liberarlos totalmente de responsabilidades al fornecer sus servicios a los usuarios.

38) En efecto, la idea antigua de la gratuidad de internet y de que no se podría cargar económicamente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, poco a poco fue desvaneciendo con la aparición las nuevas formas de negocio en la red. Una de las razones fue el aumento significativo del cibermarketing, que alcanzan costes expresivamente más bajos para las empresas, con la característica de llegar con precisión en sus clientes potenciales a través de un perfil de sus preferencias.

39) El gran litigado riesgo de esta práctica está en el envío masivo de informaciones comerciales no solicitadas, ocasionando una confusión de información. Estas informaciones poden ocasionar interminables inconvenientes a los usuarios, ya que a todo el tiempo y sin distinción, están recibiendo publicidad no deseada, al revés de estar recibiendo informaciones consideradas por los mismos importantes.

40) Actualmente son numerosos los pronunciamientos del Tribunal en los que recalca la necesidad de adaptar de manera clara e inequívoca los derechos de los usuarios en materia de protección contra las campañas comerciales agresivas, así como la obtención no autorizada de informaciones personales de los usuarios. Todo esto, con el objetivo de una seguridad y credibilidad de la red.

41) Se observó que los datos personales de los usuarios era una herramienta fundamental en los tiempos actuales, ya sea para impulso del cibermarketing o por cuestiones de seguridad de los estados. Los usos comerciales de los datos y sus diversas formas de utilización por las empresas por sus costes bajo, tanto para recorrer los datos como para su almacenamiento, hacen con que sus beneficios aumenten. La publicidad llega para los usuarios de una forma personalizada, y ambos salen ganando ya que los usuarios recibirán las informaciones que realmente les interesan.

42) Debemos acudir a niveles de seguridad y educación que permiten conocer los servicios y los riesgos, valorar y aceptarlos o no. Si trata de prever la correcta utilización y tratamiento de las informaciones que circulan en la red, así como el cibercomercio, los datos personales, la comunicación, asegurando su correcto tratamiento, utilización, veracidad, exactitud y legalidad. Las informaciones indiscriminadas y en gran volumen que nos llega en internet ya no son bienvenidas. Por esto, necesitamos solicitar esta información y autorizar que nos llegue, para que estos inconvenientes no ocurran en la red y que no se vulneren derechos.

43) En conclusión la seguridad de los datos es fundamental en internet. Los riesgos, destrucción accidental o ilícita, pérdida, alteración, difusión o accesos no autorizados o indebidos que están expuestos los datos de carácter personal pueden derivarse tanto de acción de hombre como de causas naturales, técnicas o física. Por esto motivo tenemos la necesidad de adoptar medidas prácticas eficientes de seguridad para el tratamiento de los datos. Es de fundamental importancia que las normativas vigentes estén de acuerdo con las necesidades relativas a seguridad de los datos. Porque es mediante estas normativas que los responsables por el tratamiento de los datos determinan sus reglas de seguridad.

44) El responsable del tratamiento de los datos deberá elaborar un documento de seguridad que especificará el ámbito de aplicación de los recursos protegidos, las medidas, normas, procedimiento de actuación y reglas que garanten el nivel de seguridad necesario, las funciones y obligaciones del personal responsable por el tratamiento de los datos, la estructura y descripción de los sistemas de información, procedimientos de notificación, gestión de incidencias, los procedimientos de copia y

recuperación, transporte, soporte y procedimiento de destrucción y reutilización de soportes.

45) Las medidas de seguridad deberán estar en todo momento actualizadas y revisadas de acuerdo con las tecnologías existentes en el momento. Las informaciones deberán ser claras a los usuarios en el documento de seguridad. En el caso de incidencias el registro deberá constar, el tipo de incidencia, el momento en que se ha producido, la persona que notifica, a quien si le comunica, sus efectos, las medidas efectuadas para corrección de la incidencia.

46) Pese toda esta protección relativa a conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, hubo muchas críticas al establecer a los operadores o prestadores de servicios la obligación de retener por un plazo un número considerable de determinados datos. Las normativas justifican esta obligación en la finalidad de investigación y enjuiciamiento de actividades delictivas graves, y/o garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

47) Sin embargo hay cuestiones prejudiciales que se puede plantear en relación a esta determinación, principalmente las relativas a los principios generales garantizados al tratamiento de estos tipos de datos, como es el principio de la proporcionalidad, necesidad y adecuación, así como la compatibilidad con los derechos fundamentales a la protección de datos personales y a la libertad de expresión. No se encuentra en las normativas una diferenciación de que tipos de datos personales han de tratar y conservar, tampoco la observancia y juicio de proporcionalidad con los derechos envueltos, principalmente los relativos a los derechos fundamental a la vida privada de los ciudadanos. Así como hay la ausencia de principios elementales que disciplinen la forma de conservación y acceso a los datos. Incluso hay un excesivo plazo en la conservación de los datos.

48) Asimismo debemos señalar nuestra preocupación en las cesiones a terceros del almacenamiento de los datos, ya que supone un riesgo potencial elevado esta posibilidad de manipulación de derechos tan fundamentales a las personas como a la protección de los datos de carácter personal.

49) Hay un mínimo de principios que deberían ser respetados, sin embargo no están presentes en todas las normativas. En respecto al período de conservación de los datos, debemos observar que esta conservación, no se produzca de manera continuada, por lo que habrá siempre que justificar la medida y determinar si es o no proporcional, para no tornar los datos personales vulnerables por un periodo de tiempo desnecesario o que sean utilizados para fines ilícitos.

50) De la misma manera, encontramos un gran riesgo en las políticas de privacidad de las redes de comunicación, en las llamadas condiciones de registro, en que los usuarios son obligados a aceptarlas para poder participar en este nuevo medio de interacción. En algunos casos los usuarios ceden automáticamente derechos plenos e ilimitados sobre los contenidos que alojen en estas plataformas, incluso pueden ser explorados económicamente por los prestadores de servicios. Debemos observar que muchas de estas condiciones de registro son regidas por la reglamentación estadounidense o de otros países, que pueden ser más laxas que la legislación europea. Algunos prestadores de servicios intentan limitar los riesgos en la protección de datos personales de sus usuarios, pero infortunadamente no suprimirlos. Para nosotros las políticas de privacidad de los usuarios de determinado territorio han de ser reglamentadas con base a las normativas de este territorio, mismo que estos prestadores de servicios tengan registrado su domicilio social en un otro país. Es decir, los usuarios de las redes sociales en Europa, seguirán las reglas relativas a la privacidad de los datos vigentes en la Unión Europea y no de otro país o territorio.

51) Así como la utilización de cookies por los prestadores de servicios representan un gran riesgo a los derechos fundamentales de los usuarios. Estas cookies, se almacenan en el disco duro del usuario cuando este accede a una página web. Esta información es utilizada posteriormente para conocer ciertas características y preferencias del usuario. Normalmente en la política de privacidad si avisa que las cookies serán distribuidas tras la desconexión, sin embargo son almacenadas por terceros, socios comerciales, y no encontramos ningún control. Así como no advierten si los datos de los usuarios atienden a alguna normativa de protección.

52) Normalmente lo que ocurre, es que los usuarios no leen las políticas de privacidad, o más bien, no entienden, o se comprenden no tienen manera de negociar

las políticas, tiendo que aceptarlas para disfrutar de las redes sociales. En definitiva, los usuarios se quedan atados a las políticas de privacidad y una vez introducidos sus datos personales, estos se quedan a disposición de los prestadores de estos servicios y poco se puede hacer para cambiar estas prácticas.

53) Por este motivo y dada la fragilidad de la seguridad de las redes sociales, es importante que los usuarios tengan conocimiento y se protejan desde sus casas con políticas simples como la de no compartir informaciones confidenciales, o de no dar más informaciones que las necesarias en los perfiles, o seleccionar la opción de no visible a todos, entre otras conductas simples y que pueden de alguna manera prevenir algunos delitos. A parte de esto, caben a las legislaciones perseguir de forma más rigurosa el uso abusivo por parte de los prestadores de servicios, de estas técnicas obligatorias en las políticas de privacidad sin negociación por parte de los usuarios. Para nosotros el usuario debería poder negociar estas políticas, limitando el poder de los prestadores de servicios en la utilización exagerada de sus informaciones, cosa que actualmente no ocurre.

54) A parte de los problemas técnicos, otro punto de nuestra investigación fueran los problemas socioculturales como el Ciberacoso. Actitudes como acosar las personas por medio de internet, acaban por afectar directamente a los derechos de los individuos, a su dignidad, su integridad moral, su honor, intimidad y propia imagen, cada cual con su grado de mayor y menor intensidad, sin embargo la proporción de los daños en la red es mucha mayor que los medios tradicionales. Internet ha propiciado la abertura y la sofisticación de los acosos tradicionales con formas diversas, diferentes abortamientos y consecuencias. Pero podemos encontrar algunas similitudes y características de los medios tradicionales, que es el abuso entre iguales y la relación de control y poder intencionado y repetitivo.

55) Con la facilidad de las nuevas tecnologías y por la exposición de los usuarios en las redes sociales, muchos de los casos de acosos o de las actividades ilícitas, empiezan a través de informaciones fornecidas por los propios usuarios. La exposición exagerada de la vida privada de los usuarios, de todos sus gustos, actividades y movimientos, es motivo de grande preocupación actualmente. Las autoridades ya empiezan programas de prevención de delitos relacionado con internet debido el

aumento de la utilización de la misma para la práctica de delitos, que hoy ultrapasan la esfera virtual para llegar en la vida real de los usuarios, sin embargo aun no son suficientes. Hay que educar los usuarios desde las casas, en las escuelas y a través de programas especializados para que podamos combatir este riesgo actual.

56) Finalmente en nuestro estudio, hemos hecho una comparación de las legislaciones europeas, españolas y brasileñas en materia de responsabilidad civil en internet. Observamos que en Brasil hasta entonces, seguía utilizando el derecho preexistente para solucionar los conflictos en relación a las nuevas tecnologías, sin embargo se observa controvertidas decisiones relativas al asunto, fragilizando en este país la democracia y la idea de justicia. Es común encontramos jurisprudencias advirtiendo a los prestadores de servicios, que cuando tienen el conocimiento de alguna actividad ilícita en sus páginas en internet, tienen la obligación de reaccionar, retirando o bloqueando la actividad o la información, caso contrario, caerán en omisión, respondiendo civilmente por los daños ocasionados a por terceros en sus servicios. Era la idea dominante encontrada en la doctrina y en los Tribunales, no obstante observamos que los cambios introducidos por la ley del Marco Civil, apuntan en sentido contrario. En lo que se refiere nuestro estudio, observamos que el nuevo Marco Civil Brasileño se olvidó de atribuir a los prestadores de servicios en internet algunas obligaciones y deberes en relación a los contenidos encontrados en la red, dejando un espacio abierto para inúmeras interpretaciones y generando desconcierto en relación a lo aplicado en otros países como España, así como lo aplicado hasta entonces por la doctrina y jurisprudencias.

57) Para nosotros la responsabilidad civil en internet en virtud de una información ilícita o conducta de un usuario o tercero, deberá llevarse en cuenta una serie de requisitos, como la relación existente entre las partes y la actividad desarrollada por el prestador. La primera conclusión que llegamos al análisis de la responsabilidad del prestador de servicio por actividades de sus usuarios, es que no hay en la normativa brasileña la observancia del grado de injerencia o de control que posee el prestador en relación al contenido ilícito. Como acertadamente no hay una obligación de supervisión o control previo de contenido por parte de los prestadores de servicios, para nosotros las legislaciones tienen que fortalecer e incentivar a los prestadores de servicios a prácticas

o deberes de prevención en las actividades ilícitas por parte de sus usuarios, imponiendo sanciones en virtud del no cumplimiento de esta obligación.

58) En especial análisis al nuevo Marco Civil de Internet, encontramos la existencia de exclusión o no responsabilidad civil de los prestadores de servicios por los daños causados por terceros, es decir por sus usuarios. Además advierte que con el objetivo de garantizar la libertad de expresión e impedir la censura, el prestador de servicio solamente será responsabilizado civilmente en virtud del no cumplimiento de una orden judicial en la retirada del contenido ilícito, sin que haga el incentivo de otras técnicas de prevención de delitos en las informaciones depositados por los usuarios.

59) Como regla general los prestadores de servicios tienen el deber de cumplir determinadas obligaciones, como la utilización de tecnologías apropiadas, el sigilo de los datos personales de sus usuarios, la salvaguarda de las informaciones de sus usuarios por un tiempo determinado, no monitorear los datos y conexiones de sus usuarios, y por último la prohibición de la censura y la obligación de informar eventuales ilícitos cometidos por sus usuarios. Es el no cumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas a los prestadores de servicios en internet, que deriva la imputación de responsabilidad civil, o co-responsabilidad, en caso de ocurrencia de alguna actividad ilícita encontrada en sus servidores, ya sea cometida por acto propio o por acto de tercero. Por este motivo poseen un papel fundamental las obligaciones y deberes de los prestadores y servicios y usuarios en internet, para que no dejemos un espacio libre para impunidad y una sensación de injusticia con los ilícitos practicados en la red.

60) En la grande mayoría de los casos estos prestadores de servicios solamente colocan la disponibilidad de un espacio técnico para las actividades de los usuarios, y es la propia naturaleza de la actividad que realiza haz con que no tengan acceso directo a las informaciones que sus usuarios publican en internet. Por este motivo sus responsabilidades civiles nacen en virtud de las fallas en las prestaciones de sus servicios, con observancia de algunas excepciones. De esta manera, estos prestadores de servicios de internet, por actos ilícitos de terceros, solamente deberán ser responsabilizados por omisión, cuando son formalmente notificados de la actividad ilícita en sus servidores y no reaccionen en relación a estos ilícitos. No obstante no estamos de acuerdo que para la nueva ley brasileña, esta omisión ocurrirá solamente en

casos en que el prestador de servicios sea notificado judicialmente, alejando mecanismos más rápidos y eficientes de detención y retirada de este material en internet y dejando al colapso el sistema judicial brasileño.

61) En efecto aun encontramos confusión o ausencia de algunas de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios. Debemos esperar que la jurisprudencia se manifieste sobre algunos de los temas contradictorios de Marco Civil, como la retirada de material ilícito de los servidores de los prestadores de servicios, o los mecanismos de detección y retiradas bastante comunes en los demás países. Mismo con la introducción de reglas relativas al funcionamiento de internet por el Marco Civil, hay muchas cuestiones aun no resueltas. No está clara la eficiencia del procedimiento a ser seguido por el prestador de servicio al encontrar en la red una información delictiva o por ejemplo cuáles son estas informaciones de contenidos sexuales que están autorizadas por la ley su retirada automática por los prestadores de servicios por ser consideradas delictivas.

62) La ley también se olvidó de establecer prevenir y buscar soluciones al anonimato en la red. Más una vez señalamos que son los prestadores de servicios que poseen los medios técnicos para establecer esta seguridad en la identificación de los usuarios en la red. No concordamos que al establecer este tipo de obligación estaríamos dificultando o agravando la prestación de los servicios en internet. Ni tampoco estaremos aumentado el coste de los servicios. Es un deber social de colaboración de las sociedades de las nuevas tecnologías para que se establezca una red segura y con credibilidad.

63) La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet encontrado en el Marco Civil de Internet, nos parece un tanto imprecisa, ya que no establece determinadas condiciones para la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios. Simplemente excluye la responsabilidad de todos los contenidos generados por terceros. No encontramos determinadas garantías a los usuarios u obligaciones a los prestadores de servicios. Solamente en los casos de no cumplimiento de orden judicial que los prestadores de servicios, responderán por los contenidos de terceros. Además no encontramos un deber de diligencia y cautela, o por la no identificación del autor, o por su demora en la retirada del contenido ilícito cuando ya tenía conocimiento real de las

actividades ilícitas encontradas en sus servidores. Debemos reconocer el fundamental papel que ejercen estos servicios en las sociedades democráticas actuales, principalmente en países en desenvolvimiento como Brasil. Por esto motivo hay que ponderar los distintos intereses envuelto, estableciendo obligaciones y deberes para ambas partes, para que internet continúe evolucionando y que el verdadero autor de la actividad ilícita sea punido, pero sin crear un espacio para impunidades. La simple justificativa de que internet posee una función social no nos sirve para determinar la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios por las informaciones encontradas en la red, ya que la prensa tradicional también posee una importancia social, sin embargo no deja de responder civilmente en los casos en que no cumplió determinadas obligaciones.

64) Mas una vez debemos señalar que los mecanismos de detención y retirada olvidados por la normativa brasileña ejercen un papel fundamental en la autorregulación de la red, es a través de ellos que podemos disminuir los daños a las víctimas en internet. Para nosotros con los avances de las nuevas tecnologías, hay como establecer mecanismos eficientes de notificación y retirada. La denuncia de los usuarios sirve para el análisis del servidor, que podrá en los casos en que solamente una parte del contenido sea ilícito, solicitar al autor que la reformule. O en los casos de evidente contenido ilícito, retirarlo. La responsabilidad de la buena utilización de los mecanismos cabe al prestador del servicio, y el usuario es el filtro de los prestadores de servicios que más le genere confianza. Es una cuestión de seguridad y de credibilidad de las informaciones encontradas en la red. Llegamos a un nivel del alcance de la red, que a muchas fuerzas, como las políticas, no les interesa que internet tenga credibilidad. Dejando emerger esta sensación de inverosimilitud, incredibilidad, de impunidad de la red, estamos enflaqueciendo la democracia, la libertad de pensamiento y de expresión, todos pilares fundamentales de la sociedad.

65) La cantidad de procesos y la lentitud del judiciario, también es una justificativa de la implantación de estos mecanismos. Sabemos que con todas novedosas características de internet, el contenido ilícito puede llegar a millones de personas en apenas unos minutos. Esta demora del judiciario no puede ser justificativa para la propagación en el tiempo del daño a la víctima. Además de que la simple justificativa de

que estos mecanismos son ineficientes no es adecuada, ya que al observamos los fallos del pasado podemos acertar en el futuro con la ayuda de todas las partes envueltas en los servicios utilizados en la red. Hay que buscar formas eficientes en los mecanismos de detención y retirada, en que de la misma manera proteja los derechos y libertades de los ciudadanos, actúe en la prevención de actividades ilícitas en internet.

66) En nuestra opinión más resaltamos que al establecer la exclusión de responsabilidad a todos los prestadores de servicios por contenidos de terceros, sin imponer ninguna obligación a ellos y establecer un régimen de responsabilidad solamente después de un incumplimiento de un orden judicial crea un barrera a la perpetración de los derechos de los usuarios perjudicados por los contenidos ilícitos, ya que el costo del sistema judicial en Brasil es extremadamente elevado y moroso. Sin duda que la nueva ley que el Marco Civil de Internet marca un inicio importante en la de regulación de Internet en Brasil, toda vez que reafirma y agrupa principios y garantías básicas aplicables al Internet, mismo que insuficientes, en un sólo cuerpo normativo. Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para el desarrollo económico y social. Y es necesaria una normativa direccionada a esta nueva realidad.

67) Las nuevas tecnologías han evolucionado y revolucionado rápidamente nuestras formas de vivir y comunicarnos. En contra partida, no hemos tenido tiempo suficiente para aprehender como se desenvuelven las relaciones humanas y la cultura en general de las nuevas tecnologías. Así como aprehender el adecuado funcionamiento de la red. Se hace necesario reivindicar por parte de todos, practicas más responsables en el uso de internet, principalmente en relación a los daños que se pueden causar a terceros. La educación es otro punto muy importante, que deberá tener el apoyo de toda la sociedad. Tendremos que aprender los beneficios, prejuicios y consecuencias del uso de las nuevas tecnologías, para así fortalecer una sociedad justa y democrática.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., “El Poder de las Redes Sociales”, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014.

AA.VV., *Autores, Consumidores y Comercio Electrónico*, Madrid, Colex, 2004.

AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, Editorial UOC, 2005.

AA.VV., *Robo de Identidad y Protección de Datos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

ALBORNOZ, Luis A., *Periodismo Digital, Los grandes diarios en la Red*, 1ª Ed., Buenos Aires, La Crujía Ediciones, 2007.

ALHASSEN, Maytha, “Siria y Egipto la barrera del miedo ha caído”, en en AA.VV., *El Poder de las Redes Sociales, Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del derecho Subjetivo y del derecho de autor. (Los “*usos honrados*”, el “*fair use*” y el “*ius usus innocui*”). El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, 2006.

ANTÓN GIL, Ana María, “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho UNED - Núm. 10*, Enero 2012, Id. vLex: VLEX-420104466 en <http://vlex.com/vid/420104466>. (consultado en 24/10/2013).

ROIG, Antoni, “El anonimato en Internet y la libertad de expresión”, en Lorenzo Cotino (Ed.), *Libertades en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, 3ª ed., Navarra, 2009.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, *El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información*, RdNT, 2003, n. 2.

ARCILA, Carlos (Coordinador), *Comunicación Digital y Ciberperiodismo*, Caracas, UCAB, 2008.

ARENAS RAMIRO, M., “El consentimiento en las redes sociales *on line*”, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, 2010.

ARMAÑANZAS, Emy, DÍAZ NOCI, Javier y MESO, Koldo, *El periodismo electrónico*. 1ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

AUGUSTINOY GUILAYN, A., *Régimen jurídico de los nombre de dominio*, Valencia, 2002.

BENITO OSMA, Félix, “La Web 2.0 y Las Redes Sociales en la Sociedad y en la Empresa: Riesgos, Responsabilidad y seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 153-154, 2013, ISBN: 0034-9488.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los Conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones Jurídicas”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant, 2006.

CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derecho de rectificación. Calumnia a injuria. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, 2º ed., Dykinson, Madrid, 2007.

CABEDO SERNA, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, Dykinson, 2011.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

CAMACHO CLAVIJO, Sandra, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología”, *Cuadernos de la Fundación 162*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010.

CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia, “El Derecho de Cita y el Press Clipping. Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual”, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2007, pp. 85-123, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-cita-press-clipping-450147>, (consultado en 21 de marzo de 2012).

CARDOSO, Gustavo, “Movilización Social y Medios Sociales”, en AA.VV., *El Poder de las Redes Sociales*, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014.

CARPIO CÁMARA, Manuel, “I Congreso sobre las nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología i Nanotecnología”, Madrid, *162/Cuadernos de la Fundación*, 2010.

CASA VALLÉS, Ramón, en AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, Editorial UOC, 2005.

CASAS VALLÉS, Ramón, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Propiedad Intelectual”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

CASTRO BONILLA, Alejandra, “Contenido del derecho de Autor en Internet”, *Informática Jurídica.com*, 2002, en [http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Pagina\\_especifica\\_sobre\\_derechos\\_de\\_autor\\_Contenido\\_del\\_derecho\\_de\\_Autor\\_en\\_Internet.asp](http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Pagina_especifica_sobre_derechos_de_autor_Contenido_del_derecho_de_Autor_en_Internet.asp), (consultado en 20 de marzo de 2012).

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La responsabilidad de los proveedores de Información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007.

\_, “La responsabilidad de los proveedores de Información...”, *op. cit.*, pp.

\_, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Granada, Comares, 2005.

CHACÓN MEDINA, Antonio, “Una Nueva Cara de Internet: El Acoso”, *Revista Universidad de Granada*, núm. 1, 2003, Granada, INSS: 1695-324X, en [http://www.acosomoral.org/pdf/Art\\_NUEVA\\_CARA\\_INTERNET\\_ACOSO\\_ETIC@NET\\_2003.pdf](http://www.acosomoral.org/pdf/Art_NUEVA_CARA_INTERNET_ACOSO_ETIC@NET_2003.pdf), (consultado en 02/07/2014).

CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto, “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la L.O. 1/1982”, de 5 de mayo, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, Fasc. III, Oct-Dic. 1983.

CLEMENTE MEORO, Mario E., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en AA.VV., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Jose Luis, “La protección de la Propiedad Intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial XIII*, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2001.

CONDE BUESO, Isabel, DÍEZ LÓPEZ, Ibán, “Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia Imagen en Internet*, 1º ed., Aranzadi, 2012, Navarra.

\_, *La protección del honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Navarra, Aranzadi, 2012.

COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia y Gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006.

COUTO CALVIÑO, Roberto, *Servicios de certificación de firma electrónica y libre competencia*, Granada, Comares, 2008.

CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003.

CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

\_, *La firma electrónica reconocida. Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Granada, Comares, 2008.

DAVARA RODRÍGUES, Miguel-Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Navarra, Aranzadi, 2004.

\_, *Manual de derecho informático*, 8º ed., Aranzadi, Navarra, 2006.

\_, *La Transposición de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas*, Comillas, Madrid, 2004.

DE LA SIERRA FLORES DOÑA, Maria, NAVARRO COSTA, Ruth, *Seguridad y Propiedad Intelectual en internet*, Madrid, Complutense, 2008, pp. 01 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 4º ed., 2011, Aranzadi.

\_, “Directiva sobre el Comercio Electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronteriza”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, 2001, pp. 03-40.

\_, *Derecho Privado de internet*, 3º ed., Madrid, Civitas, 2002.

DE OLIVEIRA ASCENSAO, José, “Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas a

informacao e a gestao dos direitos”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, 2006.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Derechos de la personalidad e Internet”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010, Pamplona, 2010.

\_, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, 1º ed., LA LEY, Madrid, 2011.

DEL ROSARIO SANFELIU, Silvia, “Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003.

DELFINO, Gabriela, MARTINEZ, Fabián, *Inserción de marcas de agua en imágenes digitales*, en <http://www.internet.com.uy/fabianm/watermarking.pdf> (consultado en 10 de enero de 2012).

DÍAZ NOCI, Javier, “Derechos de autor de los periodistas. El caso de los resúmenes de prensa”, *Zer*, núm. 14, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003.

DIETZ, Adolf, *El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, Ministerio de cultura, 1992.

DOMÍNGUEZ GONZÁLES, Alejandro, “Prestadores de servicios establecidos en España”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003.

EDREIRA, María José, “Fenomenología del acoso moral”, *Logos, Anales del Seminario de Metafísica*, Norteamérica, Vol. 36, ene 2003, ISSN: 1575-6866. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/ASEM/article/view/ASEM0303110131A/16177>. (Consultado en 23/06/2014).

ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, 1º ed., Iustel, Madrid, 2007.

ERDOZAIN, Jose Carlos, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Madrid, Tecnos, 2002.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La Firma Electrónica (Aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Madrid, Reus, 2006.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Madrid, Suzana Santos Prieto, 1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, José Maria, “Algunas reflexiones sobre los aspectos generales que regula el reglamento de desarrollo de la LOPD”, *Revista Española de Protección de Datos*, nº 3, 2007.

FERNÁNDEZ PINÓS, José Ernesto, “Cuestiones procesales relativas a la investigación y persecución de conductas delictivas en internet”, en MORALES PRAT, Fermín, MORALES GARCÍA, Óscar, (Coordinadores), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002.

FOWKS, Jacqueline, “Ciberperiodismo: entre el tiempo y las emociones”, *Razón y Palabra*, 2002, en

GARAU SOBRINO, Federico, “Cuestiones de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en AA.VV. *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007.

GARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, 2º ed., Navarra, 2002.

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, RUPÉREZ RUBIO, Paloma, *Aproximaciones al Periodismo Digital*, Madrid, DYKINSON, 2007.

GARCIA MORALES, María Jesús, “Nuevas Tecnologías y Libertad de expresión: Regulación, Autorregulación y Filtros en Internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, Democracia y Gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA SANZ, Rosa María, *El derecho de autor de los Informadores*, Madrid, Colex, 1992.

\_, *El derecho de autor en internet*, Madrid, Colex, 2005.

GARCÍA VIDAL, A., *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002.

GARCÍA VILLA, Hilda, “Periodismo de Internet”, *Chasqui, Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 71, Quito, 2000, en <http://chasqui.comunica.org/garcia71.htm>, (consultado en 21 de marzo de 2012).

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas p2p. Su regulación en la ley 34/2002 y en la Propiedad Intelectual”, *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n. 16, 2004.

\_, “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n. 6, 2000.

\_, *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2001.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de Contenidos, Servicios, Acceso y Enlaces*, 2ª Ed., Navarra, Aranzadi, 2006.

GÓMEZ-ESCALONILLA MORENO, Gloria, “Periodismo Digital: Nuevas exigencias para el profesional de la información”, *redes.com*, núm. 01, Sevilla, 2003, pp. 61-72, en <http://www.compolicas.org/redes/pdf/redes1/7.pdf>, (consultado en 15 de enero de 2012).

GONZALEZ LOPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor en la ley Española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

GRIMALT SEVERA, Pedro, “La responsabilidad de los proveedores de información...”, *op. cit.*, pp.

\_, en AA.VV. *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007.

GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Madrid, 2006.

\_, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Navarra, 2006.

GUILLÉN CATALÁN, Raquel, “Spam y Comunicaciones Comerciales no Solicitadas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 3, Navarra, 2005.

HASSAN MONTERO, Yusef, “ECMS: Sistemas Electrónicos de Gestión del Derecho de Autor”, *No Solo Usabilidad*, 2001.

HERREROS CEBRIÁN, Mariano (director), *Desarrollos del periodismo en internet*, 1ª ed., Manganeses de la Lampreana (Zamora), Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2010.

JULIÁ BARCELÓ, Rosa, “La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, pp. 3-32, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/intermediarios-directiva-resueltos-128680>, (consultado en 17 de marzo de 2012).

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, Madrid, Reus, 2000.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús, “La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de Autor”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011.

LÓPEZ MELGAREJO, Antonio, “Investigación criminal y proceso penal: Las directrices de la propuesta del consejo de Europa sobre *cyber-crime* y de la directiva del comercio electrónico”, en MORALES PRAT, Fermín, MORALES GARCÍA, Óscar, (Coordinadores), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008.

LÓPEZ SINTAS, Jordi, “Acceso a las expresiones culturales e incentivos a la creación: Argumentos, Evidencia e implicaciones”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 43 y ss.

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de Julio)”, en MATEU DE ROS, Rafael, LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica (Coord.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Navarra, Aranzadi, 2003.

MAESTRE, J. A., *El derecho al nombre de dominio*, 2001.

MARCO MARCO, Joaquín J., “Menores, Ciberacoso y Derechos de la Personalidad”, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARTÍN FERNÁNDEZ, Francisco Jesus, HASSAN MONTERO, Yusef, “Derecho de Autor en Internet”, *No Solo Usabilidad*, nº 2, 2003.

MARTIN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.

MARTÍN VILLAREJO, Abel, “El ejercicio de los derechos de propiedad en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, Reus, 1999.

MARTÍNEZ NADAL, Apol.lónia, “Identificación y firma electrónica en el Entorno Digital”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

MARTINEZ, Marie Isabelle, “El Derecho de Autor de los Periodistas, Nuevos Planteamientos en Internet”, *Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información*, 2000, pp. 02-32, en [http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001978\\_MarieIsabelleMartinez.pdf](http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001978_MarieIsabelleMartinez.pdf), (consultado en 21 de marzo de 2012).

MATEU DE ROS, Rafael, LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica (Coord.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Navarra, Aranzadi, 2003.

MESO AYERDI, Koldo, “Nueva profesión: periodista digital”, *Chasqui, Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 81, Quito, 2003, en [chasqui.comunica.org/81/meso81.htm](http://chasqui.comunica.org/81/meso81.htm), (consultado en 21 de marzo de 2012).

MOLES PLAZA, Ramón J., *Derecho y control en Internet. La regularidad de Internet*, Barcelona, Ariel, 2004.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel, *La Intervención de las Comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999.

MORALEDA, J. P., RODRÍGUEZ, F. S., Autorregulación en Internet, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red*, núm. 21, 2004, pp. 73-102, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autorregulacion-internet-279483>, (consultado en 19 de marzo de 2012).

MOUNIER, Pierre, *Los Dueños de la Red. Una historia política de Internet*, Madrid, Popular, 2002.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197. 1º del Código Penal*, Dykinson, 2009.

ORIHUELA, José Luis, “El ciberperiodista: entre la autoridad y la interactividad”, *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 83, Quito, 2003, en <http://chasqui.comunica.org/83/orihuela83.htm>, (consultado en 10 de enero de 2012).

ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *Los Enlaces en Internet, Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, Navarra, Aranzadi, 2006.

ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Arquitectura y derecho de autor*, Madrid, Reus, 2005.

PADILLA RUIZ, Pedro, “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2011*, Aranzadi, Pamplona. 2011.

PADRÓS REIG, Carlos, “Debilidades y retos del régimen jurídico vigente de protección a la copia privada”, en PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011.

PADRÓS REIG, Carlos, LÓPEZ SINTAZ, Jordi, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2011.

PALAO MORENO, Guillermo, PLAZA PENADÉS, Javier, “Nuevos retos de la Propiedad Intelectual”, Navarra, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009.

PALOMAR CUELI, Sandra, “Los Derechos de Explotación en la Directiva 29/2001/CE, Autor y Derecho”, *Ciberrevista sobre Propiedad Intelectual*, 2002, en [http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Autor\\_SPalomar.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Autor_SPalomar.pdf), (consultado en 21 de marzo de 2012).

PARDO ALBIACH, Juan, “Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y otros Peligros”, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*, 1º ed., LA LEY, Madrid, 2010.

PEDREÑO, Eduardo, “Gedeprensa y Periodista Digital”, *Revista Libertad Digital*, 2005, en <http://www.libertaddigital.com/opinion/eduardo-pedreno/gedeprensa-y-periodista-digital-24505/>, (consultado en 03 de abril de 2012).

PEGUERA POCH, Miguel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

\_, “Mensajes y Mensajeros en Internet: La responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios”, *UOC*, 2001, en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>, (consultado en 05 de abril de 2012).

\_, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, UOC, 2007, en <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>, (consultado en 02 de abril de 2012).

\_, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, Granada, Comares, 2007.

\_, TARRÉS VIVES, Marc, “Marco jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en PEGUERA POCH, PEGUERA POCH, Miguel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

PEÑA-LOPEZ, Ismael, “Fundamentos Tecnológicos del derecho de la sociedad de la información”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derechos de autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993.

PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, “Una Aproximación al Ciberbullying”, en JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PÉREZ PEREIRA, María, *Firma Electrónica: Contratos y Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2009.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 10º ed., Madrid, 2010.

PLAZA PENADÉS, Javier, “La reforma de la ley de propiedad intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información”, en PALAO MORENO, Guillermo, PLAZA PENADÉS, Javier, “Nuevos retos de la Propiedad Intelectual”, Navarra, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009.

RAMOS HERRANZ, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Madrid, 2004.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, 2ºed., Dykinson, Madrid, 2005.

REQUENA SANTOS, Félix, *Redes Sociales y Sociedad Civil*, Centro de Investigación Sociológica, Madrid, 2008.

RIBAS, Javier, “Las obligaciones de control de contenidos”, *Circulares Landwell*, 2002, en [www.vlex.es](http://www.vlex.es) (consultado en 26/10/2013).

RIBEIRO SALLES, Olavo, JOYANES AGUILAR, Luis, “Tecnologías Web 2.0 en el mercado de microseguros Retos y Posibilidades. El caso de Brasil”, *Revista Gerencia de Riesgos y Seguros*, Segundo Cuatrimestre, núm. 110, 2011.

RODRÍGUES, Álex, en AA.VV., “El Poder de las Redes Sociales”, *Vanguardia Dossier*, núm. 50, Enero/Marzo 2014.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “El tercero de confianza en el suministro de información. Propuesta de una modelo contractual para la sociedad de la información”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2010.

\_, “I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología”, *Cuadernos de la Fundación 162*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010.

RODRÍGUEZ PARDO, Julián, *El derecho de autor en la obra multimedia*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 23 y ss.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: Tecnología e intimidad*, McGRAW-HILL, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ TAPIA, Jose Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Segunda Edición, Navarra, Aranzadi, 2009.

ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, 2006.

\_, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, Reus, 1999.

\_, *La Duración de la Propiedad Intelectual y las obras en Dominio Público*, Madrid, Reus, 2005.

ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Manual de Derecho de autor*, Madrid, Reus, 2008.

RUBÍ PUIG, Antoni, “Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs”, Barcelona, *Revista indret*, 2010, en [www.indret.com](http://www.indret.com), (consultado en 16 de marzo de 2012).

RUIZ MUÑOZ, Miguel, “Sobre propiedad industrial y exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet: enlaces y buscadores (a propósito del conflicto judicial francés Louis Vuitton Malletier v. Google)”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 99, 2008.

SANCHES BRAVO, Álvaro A., *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.

SANTAELLA GARCÍA-ROYO, Isabel, “No sujeción a autorización previa”, en CREMADES, Javier, GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coord.), *La nueva ley de Internet. Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Madrid, La ley-actualidad, 2003.

SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 2005.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, 2000.

SETTEMBRINO, François, “Risk Management, los riesgos electrónicos”, *Revista Gerencia de Riesgos y Seguros*, Segundo Cuatrimestre, núm. 113, 2012.

SUÁREZ PLIEGO, María, “La Directiva 2006/24/CE de Conservación de datos y el artículo 52, apartado 1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales: Opinión del Abogado General”, 28 de enero de 2014, *Asociación Profesional Española de Privacidad*, en <http://www.a pep.es/la-directiva-200624ce-de-conservacion-de-datos-y-el-articulo-52-apartado-1-de-la-carta-europea-de-los-derechos-fundamentales-opinion-del-abogado-general/>, (consultado en 10/06/2014).

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de

la información”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2901-2927., en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/administradores-paginas-intromision-330004219>, (consultado en 17 de marzo de 2012).

UREÑA SALCEDO, Juan Antonio, *Régimen Público de la Gestión Colectiva de derecho de Autor*, Madrid, iustel, 2011.

VALDÉS, Caridad, ROGEL, Carlos (Directores), *Cultura popular y Propiedad Intelectual*, Madrid, Reus, 2001.

VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, AZNAR GÓMEZ, Hugo (coord.), *Sobre la intimidad*, Soler, Valencia, 1996.

VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor*, Madrid, Tecnos, 1990.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *100 interrogantes fundamentales en Derecho de Tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Colex, Madrid, 2004.

VELEIRO, Belén, *Protección de Datos de Carácter Personal y Sociedad de la Información*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.

VILASAU SOLANA, Mónica, “Privacidad, redes sociales u el factor humano”, en RALLO LOMBARDE, A.; MARTÍNEZ, R., (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, 2010.

VILASAU SOLANA, Mónica, VILA MUNTAL, Maria Àngels, “Intimidad y datos personales en Internet”, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2010.

VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés, “Algunos aspectos sobre los derechos de autor en internet: Conflictos con el uso de obras en el ciberespacio”, *Revista Justiniano*, en [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/LOS\\_DERECHOS\\_DE\\_AUTOR\\_EN\\_INTERNET.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm), (consultado en 20 de marzo de 2012).

[www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n26/jfowks.html](http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n26/jfowks.html), (consultado en 15 de enero de 2012).

XALABARDER PLANTADA, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, en [www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarter.pdf](http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarter.pdf), (consultado en 16 de marzo de 2012).

## BIBLIOGRAFIA BRASILEÑA (En portugués)

AA.VV., “A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem por “perfis falsos” na internet”, *Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito*, Belo Horizonte/MG, v. 4, n°4, Jan/dez 2012.

ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS, Sérgio Cabral dos, “Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, 2011. En:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10422&revista\\_caderno=17](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17)>. (consultado en 23/11/2013)

BARBAGALO, Érica, “Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet”, en Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), “Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da Personalidade*, 7°ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira, “Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo”, *BRASIL. Superior Tribunal de Justiça*, Doutrina: Edição Comemorativa 15 anos, Brasília, Brasília Jurídica, STJ, 2005.

CORRÊA, Gustavo Testa, *Aspectos Jurídicos da Internet*, 3°ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, “A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro”, n°1, jan./jun. 2004, *Boletim Técnico*, Belo Horizonte, Escola Superior de Advocacia da OAB/MG.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

DO AMARAL VIEIRA, Sônia Aguiar, *Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade pelos meios eletrônicos*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil*, 7 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2008.

GOIS Jr., José Caldas, *O Direito na Era das Redes. A Liberdade e o Delito no Ciberespaco*, Edipro, Bauru-SP, 2002.

GOMES, Orlando, *Obrigações*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

GOUVÊA, Sandra, *O direito na Era Digital. Crimes Praticados por meio da Informática*, Mauad, Rio de Janeiro, 1997.

GRECCO, Marco Aurélio, *Direito à intimidade em ambiente da Internet, Direito & Internet*, 2º ed., Sao Paulo, Dialética, 2000.

LAGO JÚNIOR, Antônio, *Responsabilidade civil por atos ilícitos praticados na internet*, São Paulo, LTR, 2002.

LAURÁDIO, Regiane Scoco, “Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso a Internet”, *Revista de Direito*, Unianchieta, Núm. 15, 2011, em [http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito\\_new/pdf/direito15\\_7.pdf](http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_7.pdf), (consultado em 09/02/2014).

LEMOS, R.; WAISBERG I., “Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet”, em *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*, São Paulo, RT, 2003.

LEMOS, Ronaldo, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel, “Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Direito e Internet”, *REVISTA DO ADVOGADO*, 2012, n.º. 115, ano XXXII.

LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*, São Paulo, Saraiva, 2007.

LEONARDI, Marcel, *Tutela e Privacidade na Internet*, São Paulo, Saraiva, 2012.

LOTUFO, Renan, “Responsabilidade Civil na Internet”, em GRECO, Marco Aurelio, DA SILVA MARTINS, Ives Gandra, “Direito e Internet. Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.

MARTINS, Guilherme Magalhães, “Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2008.

MARTINS, Helena, VALENTE, Jonas, *Marco Civil da Internet: começa uma nova batalha. Consulta pública promovida pelo Ministério da Justiça até o fim de fevereiro abre espaço para participação da população na regulamentação*, de 02/02/2015, em <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/marco-civil-da-internet-2013-comeca-uma-nova-batalha-6477.html>, (consultado em 19 de março de 2015).

MENDONÇA, Greyce Batista, “Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet”, Brasília, *Conteúdo Jurídico*, 2010. En: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29394>>. (Consultado em 28 de enero de 2014).

MIRAGEM, Bruno, Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet, *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 18, n. 70, abr–jun, São Paulo, Saraiva, 2009.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg, *A internet em suas relações contratuais e extracontratuais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

MORI, Michele Keiko, *Direito à Intimidade versus Informática*, Juruá, Curitiba, 2001.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito e Jornalismo*, São Paulo, Editora Verbatim, 2011.

PAESANI, Liliana Minard, *Direito e Internet*. São Paulo, Atlas, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi, *Direito e Internet. Liberdade de Informacao, Privacidade e Responsabilidade Civil*, 5ªed., Sao Paulo, Ed. Atlas S. A., 2012.

PARENTONI, Leonardo Netto, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de Internet”, vol. 896, São Paulo, *Revista do Tribunal*, 2010.

PARENTONI, Leonardo Netto, “Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: Breves notas”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. En: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6314](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6314). (Consultado em 23/11/2013.)

PECK, Patrícia, *Direito digital*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1961.

REINALDO FILHO, Demócrito, “A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet – A mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. En: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9085](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9085), (consultado em 10/02/2014).

REINALDO FILHO, Demócrito, “A obrigação do provedor de identificar o usuário que acessa a internet: aspecto do substitutivo do senador Eduardo Azeredo que precisa ser discutido com mais racionalidade”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1233, 16/11/2006. En <http://jus.com.br/artigos/9173>, (consultado em 14/02/ 2014).

RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, v. IV, 19 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

ROSA, Fabrício, *Crimes de Informática*, 2ªed., Bookseller, Campinas-SP, 2006.

RULLI NETO, Antonio; AZEVEDO, Renato A., “Novos paradigmas para a responsabilidade civil de provedores na internet”, *JusBrasil*, 2012. En <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=Novos+paradigmas+para+a+responsabilidade+civil+de+provedores+na+internet+> (consultado en 29/01/2014).

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo, Saraiva, 2002.

SANTOS, Sabrina Zamana dos, “A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem e conteúdo de Internet e a proteção dos direitos da personalidade”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012, En [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11626](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11626) (consultado en 05/01/2014).

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

## LEGISLACIÓN

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y a Europol Prevención del fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, Bruselas, 9 de febrero de 2001, COM(2001) 11 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Banco Central Europeo y a Europol. Nuevo plan de acción de la UE (2004-2007) para la prevención del fraude en los medios de pago distintos del efectivo, Bruselas, 20 de octubre de 2004, COM(2004) 679 final.

Comunicación MEMO 07/199, de 22 de mayo de 2007, *The commission communication "towards a general policy on the fight against cyber crime"*.

Conferencia de la Comisión Europea, *Crime prevention: the Commission organises a high level conference on identity theft and payment fraud*, de 22 de noviembre de 2006, Brussels, IP/06/1594 (En inglés). En [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-1594\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1594_en.pdf). (Consultado en 04/06/2014).

Constitución Española, aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de Paris el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, en Roma.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que

se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, BOE núm. 108 de 6 de mayo de 1999.

Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law (En Inglés). En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF>. (Consultado en 04/06/2014).

Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, 1999/352/CE, CECA, Euratom.

Decisión del Consejo de la Unión Europea 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, Diario Oficial n° L 164 de 22/06/2002, pp. 03-07. En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0475:ES:HTML>. (Consultado en 04/06/2014).

Decisión del Consejo de la Unión Europea 2002/C43/02, de 28 de Enero de 2002, sobre un enfoque común y acciones específicas en el área de la seguridad de las redes y la información (En Inglés). En [http://www.etsi.org/WebSite/document/aboutETSI/EC\\_OJ\\_Council/Security.pdf](http://www.etsi.org/WebSite/document/aboutETSI/EC_OJ_Council/Security.pdf). (Consultado en 04/06/2014).

Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, Diario Oficial n° L 013 de 20/01/2004, pp. 44-48. En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:ES:HTML>. (Consultado en 04/06/2014).

Decisión del Consejo de la Unión Europea 2008/616/JA1, del 23 de Junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia

de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza. En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401897974783&uri=CELEX:32008D0616>. (Consultado en 04/06/2014).

Decisión del consejo de la Unión Europea 2008/919/JHA, de 28 de Noviembre de 2008, sobre la lucha contra el terrorismo. En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:EN:PDF>. (Consultado en 04/06/2014).

Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Decisión Marco de la Unión Europea 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que pretende que los Estados miembros castiguen por vía penal determinadas conductas calificables de fraude.

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para las firmas electrónicas, DOUE núm. 13, de 19 de enero de 2000, L-2000-80059.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000.

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 (DO L167 de 22.6.2001).

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DOUE núm. 201, de 31 de julio de 2002.

Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, DOUE núm. 105, de 13 de abril de 2006.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L281 de 23 de noviembre de 1995.

Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, DOCE de 30 de enero de 1998, L24/1.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para la Seguridad de Sistemas y Redes de Información: Hacia una Cultura de Seguridad, de 25 de julio 2002, en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/34912912.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014), BOE núm. 7, de 08 de Enero de 2000.

Ley 11/1998, de 24 de abril, general de Telecomunicaciones, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1998.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, BOE núm. 150, de 23 de Junio de 2007.

Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, BOE núm. 112, de 11 de Mayo de 1989.

Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, BOE núm. 93, de 18 de abril de 1986.

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta (BOE núm. 67, de 19 de marzo).

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, BOE núm. 155, de 29 de Junio de 1985.

Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, BOE núm. 251 de 19 de octubre de 2007.

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Vigente hasta el 11 de Mayo de 2014), BOE núm. 264 de 04 de Noviembre de 2003.

Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, BOE núm. 312, de 29 de Diciembre de 2007.

Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, BOE núm. 304 de 20 de Diciembre de 2003.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley modelo sobre el comercio electrónico de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), de 12 de junio de 1996.

Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre la Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, BOE núm. 74, de 27 de Marzo de 1984.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, (Vigente hasta el 14 de enero de 2000), BOE núm. 262 de 31 de octubre de 1992.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio).

Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre, por el que se establece la composición y el régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2002.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE núm. 17 de 19 de enero de 2008.

Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, BOE núm. 102 de 29 de Abril de 2005.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996).

Recomendación 3/97, referente al Anonimato en Internet, adoptada por el Grupo de Trabajo sobre protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, de la Comisión Europea, el 3 de diciembre de 1997, XV D/5022/97 ES final, WP 6.

Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE serie L, núm. 12, de 16 de enero).

Resolución 130 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Fortaleciendo el Rol de la UIT en brindar confianza y seguridad en el uso de las tecnologías de información y comunicaciones. (Antalya 2006) (En Inglés), en <http://www.itu.int/ITU->

D/cyb/cybersecurity/docs/security-related-extracts-pp-06.pdf, (consultado en 04/06/2014).

Resolución 149 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Estudio de definiciones y terminología relacionada a brindar confianza y seguridad en el uso de las tecnologías de información y comunicaciones. (Antalya 2006) (En Inglés), en <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/security-related-extracts-pp-06.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

Resolución 45 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Mecanismos para mejorar la cooperación en materia de ciberseguridad, incluyendo el combate al spam (Doha 12 de Abril de 2006) (En Inglés), en [http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/WTDC06\\_resolution\\_45-e.pdf](http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/WTDC06_resolution_45-e.pdf), (consultado en 04/06/2014).

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) A/RES/55/63 del 22 de Enero de 2001, sobre la lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos, en [http://www.unodc.org/pdf/crime/a\\_res\\_55/res5563s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5563s.pdf), (consultado en 04/06/2014).

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) A/RES/56/121 del 23 de Enero de 2002, sobre la lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos, en [http://www.unodc.org/pdf/crime/a\\_res\\_56/121s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_56/121s.pdf), (consultado en 04/06/2014).

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) A/RES/57/239 del 31 de Enero de 2003, sobre la creación de una cultura global de la ciberseguridad, en [http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/UN\\_resolution\\_57\\_239.pdf](http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/UN_resolution_57_239.pdf), (consultado en 04/06/2014).

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) A/RES/58/199 de 30 de Enero de 2004, sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y protección de las infraestructuras de información esenciales, en [http://www.itu.int/newsroom/wtd/2006/Pdf/UNGA\\_58-199-es.pdf](http://www.itu.int/newsroom/wtd/2006/Pdf/UNGA_58-199-es.pdf), (consultado en 04/06/2014).

Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los Consumidores en la sociedad de la información.

Resolución del Parlamento Europeo de 05 de setiembre de 2001, sobre la interceptación de comunicaciones privadas y comerciales, DO C 72 E de 21.3.2002, pp. 221.

WTSA Resolución 50 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): Ciberseguridad (Johannesburgo Octubre de 2008) (En Inglés), en [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.50-2008-PDF-E.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.50-2008-PDF-E.pdf), (consultado en 04/06/2014).

WTSA Resolución 50 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Ciberseguridad (Florianopolis, 2004). (En Inglés), en <http://www.itu.int/ITU-T/wtsa/resolutions04/Res50E.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

WTSA Resolución 51 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Combatiendo el spam (Florianopolis, 2004). (En Inglés), en <http://www.itu.int/ITU-T/wtsa/resolutions04/Res51E.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

WTSA Resolución 52 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): Reduciendo y Combatiendo Spam (Johannesburgo Octubre de 2008) (En Inglés), en [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.52-2008-PDF-E.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.52-2008-PDF-E.pdf), (consultado en 04/06/2014).

WTSA Resolución 58 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): Fomentar la creación de equipos nacionales de respuesta a incidencias de cómputo, especialmente para los países en desarrollo (Johannesburgo Octubre de 2008) (En Inglés), en [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.58-2008-PDF-E.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/opb/res/T-RES-T.58-2008-PDF-E.pdf), (consultado en 04/06/2014).

## LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988.

Ley núm. 8.078, que dispone la protección de los consumidores y otras providencias, de 11 de setiembre 1990.

Ley núm. 18, que define los principios de la actividad de la Prensa y establece derechos y deberes a sus funcionarios, de 10 de agosto de 1991.

Ley núm. 10.406, Código Civil Brasileño, de 10 de enero de 2002.

Ley núm. 11.829 de 25 de noviembre de 2008, en que altera la Ley 8.069 de 13 de julio de 1990 del Estatuto de la crianza y del adolescente, contra la pornografía infantil y otras conductas en internet.

Ley núm. 12.735, de 30 de noviembre de 2012, en que altera el Decreto-Ley núm. 2.848 de 7 de diciembre de 1940, Código Penal, el Decreto Ley núm. 1.001 de 21 de octubre de 1969 y la ley núm. 7.716, de 5 de enero de 1989, para tipificar conductas realizadas mediante el uso del sistema electrónico, digital o similares.

Ley núm. 12.737 de 30 de noviembre de 2012, que establece tipificación criminal de delitos informáticos, altera el decreto ley 2.848, de 7 de diciembre de 1940, Código Penal, entre otras providencias.

Ley núm. 12.965, de 23 de abril de 2014, que establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso de internet en Brasil.

Portaría (Son las ordenanzas, es decir, actos por los que las autoridades competentes determinan medidas de carácter administrativo. Sirven para dar instrucciones sobre la aplicación de leyes y servicios, definir situaciones funcionales y adoptar medias de orden disciplinaria) del Ministerio de Comunicación núm. 148/95.

Proyecto de Ley 2.126/2011 del Senado Federal, que establece principios, garantías y derechos y deberes para el uso de internet en Brasil.

## PAGÍNAS WEB CONSULTADAS

Caso Copiepresse vs. Google, confirmación de violación de derechos de autor, decisión contra o Google, (en inglés) en [http://www.enpa.be/uploads/enpa\\_press\\_release\\_copiepress\\_and\\_google.pdf](http://www.enpa.be/uploads/enpa_press_release_copiepress_and_google.pdf), (consultado en 22 de marzo de 2012).

Comisión Europea Centro Común de Investigación (JRC), Instituto de Prospectiva Tecnológica (IPTS). En <http://ipts.jrc.ec.europa.eu/documents/IPTSES2009.pdf>. (Consultado en 04/06/2014)

De las Pilas de la Biblioteca de la LEV Lectric, El Shetland Times vs. Las noticias Shetland, en <http://www.lectlaw.com/files/elw10.htm>, (consultado en 15 de enero de 2012).

Diccionario online de términos de internet. En <http://www.grafikacr.com/diccionario.htm>, (consultado en 15 de enero de 2012).

El espionaje de Estados Unidos. Privacidad vs. Seguridad de los ciudadanos, reportaje de 13 de junio de 2013, en <http://www.unocero.com/2013/06/20/espionaje-en-estados-unidos-seguridad-vs-privacidad/>, (consultado en 14 de junio de 2014).

El increíble espionaje del gobierno estadounidense a los ciudadanos, reportaje de 16 de junio de 2013, en <http://www.20minutos.es/noticia/1843571/0/espionaje/eeuu/privacidad/#xtor=AD-15&xts=467263>, (consultado en 14 de julio de 2014).

Instituto de Protección y Seguridad del Ciudadano. En <https://ec.europa.eu/jrc/en/institutes/ipsc>. (Consultado en 04/06/2014)

Las declaraciones reveladoras de Edward Snowden, funcionario de la agencia estadounidense de seguridad, reportaje de 22 de mayo de 2015, en <http://www.theguardian.com/world/the-nsa-files>, (consultado en 08 de junio de 2015).

Manifiesto en Internet, como o periodismo trabaja hoy. Diecisiete declaraciones. (En inglés), en <http://www.internet-manifesto.org/>, (consultado en 15 de enero de 2012).

Notas de la Quinta Reunión del Grupo de Expertos sobre Delitos relacionados con la Identidad, Viena, Austria, 6- 8 de Diciembre de 2010, en [http://www.unodc.org/documents/treaties/organized\\_crime/Report\\_fifth\\_meeting\\_of\\_core\\_group\\_on\\_ID\\_crime.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Report_fifth_meeting_of_core_group_on_ID_crime.pdf), (consultado en 04 de junio de 2014).

Opinión de la decisión de la Suprema Corte Estadounidense en el caso de United States v. Detroit Timber & Lumber Co, en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/00-201P.ZS>, (consultado en 21 de marzo de 2012).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): Midiendo Seguridad y Confianza en el Ambiente en Línea: Una Perspectiva Utilizando Datos Oficiales (Enero 29, 2008) (En inglés), en <http://www.oecd.org/science/scitech/40009578.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

Periodismo y Derecho: Derecho de autor y la Internet. The Grey Album y The Pirate Bay (en inglés), de 13 de noviembre 2010, en <http://thobbs.wordpress.com/2010/11/13/journalism-law-copyright-the-internet/>, (consultado en 10 de enero de 2012).

Promoción de una Cultura de Seguridad para los Sistemas de Información y la Redes en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de 17 de diciembre 2005, (En inglés), en <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/35884541.pdf>, (consultado en 04/06/2014).

Reportaje de Edward Snowden funcionario de la agencia estadounidense de seguridad, (En inglés), de 05 de mayo de 2015, en <http://www.scmp.com/topics/edward-snowden> (consultado en 08 de junio de 2015).

Reportaje de la decisión a favor de la autora, al derecho de indemnización por registro erróneo de una página web, (en portugués) en <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1583343-processo-de-carolina-ferraz->

contra-site-porno-pode-mudar-registro-na-internet.shtml, (consultado en 05 de abril de 2015).

Reportaje referente al periodo de almacenamiento de datos de registros, (en portugués) en <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/marco-civil-da-internet-isenta-sites-por-conteudo-de-terceiros-preve-que-registros-devem-ser-armazenados-por-um-ano-2685666>, (consultado en 09 de marzo de 2015).

Sentencia por derecho de imagen e indemnización, (en portugués) en <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2008.001.314865-0&acessoIP=internet&tipoUsuario>, (consultada en 20 de febrero de 2015).

Un recurso fabuloso en la ley de medios en la era de Internet. Proyecto de Ley de la Universidad de Harvard y el Centro de Medios Ciudadanos de Kennesaw Estado de Periodismo Sustentable ponen en una conferencia en Atlanta sobre Ley de Medios en la era digital. Noticia publicada en 28 de setiembre de 2010, (en inglés) en <http://www.niemanlab.org/2010/09/a-terrific-resource-on-media-law-in-the-internet-age/>, (consultado en 10 de enero de 2012).

UNODC, “The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assesment” (Chapter 10 Cybercrime), 2010 (en inglés), en [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA\\_Report\\_2010\\_low\\_res.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf), (consultado en 04/06/2014).

## **JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

Decisión núm. 283/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999.

Decisión núm. 51, del TEDH de 26 de septiembre de 2006.

Decisión núm. 276/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 98/10, sección 19, de 3 de marzo de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 48/2005, de 16 de febrero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 302/2005, de 19 de diciembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 420/2008, de 22 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 50/2006, Sección 19ª, de 6 de febrero de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 511/2008, Sección 10ª, de 16 de julio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 835, de 20 de diciembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 194/2006, secc. 11º, de 12 de mayo de 2006, AC 2006, 933.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 420/2005, de 10 de octubre.

Sentencia de Tribunal Constitucional núm. 196/2004, de 15 de noviembre.

Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de julio de 2009 (RJ 2009/4452).

Sentencia del STC núm. 132/1995, de 11 de septiembre.

Sentencia del STC núm. 178/1993, de 31 de mayo.

Sentencia del STC núm. 320/1994 de 28 de noviembre.

Sentencia del STJCE de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, As. C-465/00, C-138/01 y C-139/01.

Sentencia del STS núm. 706/2004 de 02 de julio.

Sentencia del STS núm.236/2008 de 9 de mayo (RJ 2008, 4648).

Sentencia del STS núm.739/2008, de 12 de noviembre.

Sentencia del Superior Tribunal Constitucional núm. 165/1987 de 27 de octubre.

Sentencia del Superior Tribunal Constitucional núm. 235/2007 de 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 104/2006, de 3 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1983 de 23 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1988, de 8 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 121/1989, de 3 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2001, de 18 junio de 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2007 de 4 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 156/2001, de 2 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 156/2001, de 2 de julio de 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/1987 de 27 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1995, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 187/1999, de 25 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 196/2004 de 15 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 23/2010 de 27 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007 de 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 254/93, de 20 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2009 de 26 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/1993, de 13 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 336/1993 de 15 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/1996, de 11 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 49/1999, de 5 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 50/2010, de 4 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2002, de 3 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/2009, de 23 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/2001, Sala 2ª; de 26 de marzo de 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2007 de 15 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99/1994, de 11 de abril de 1994.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de septiembre de 2000, Reino Unido, Asunto C-369/98. En

[http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbf9ae7e0d3e894ca38c23c486159d3b40.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbhj0?doclang=ES&te](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbf9ae7e0d3e894ca38c23c486159d3b40.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbhj0?doclang=ES&te)

xt=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=45633&occ=first&dir=&cid=167775.  
(Consultada en 18 de mayo de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de septiembre de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, Asunto C-411/02. En <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db110f321c6e3145b3b49fcf35c6cde2c2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLax50?text=&docid=65505&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1856249>. (consultada en 06 de agosto de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 2003, Austria, Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01. En <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db6e835b3d52264e0c8280c5dae364b856.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTch90?text=&docid=48330&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=11644>. (Consultada en 22 de abril de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de junio de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra Países Bajos, Asunto C-350/02. En <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49313&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1639>. (Consultada en 06 de agosto de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de noviembre de 2004, Sala Primera, Países Bajos, Asunto C-109/03. En <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49708&doclang=es> (consultada en 06 de agosto de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de octubre de 2001, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo, Asunto C-450/00. En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62000CJ0450>. (Consultada en 22 de abril de 2014)

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de noviembre de 2003, Suecia, Asunto C-101/01. En

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=181610>. (Consultada en 06 de abril de 2014)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de enero de 2003, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección novena, relativa al tratamiento de datos personales especialmente protegidos sin las debidas garantías previstas en la Ley. Que desestima el presente recurso contencioso administrativo nº 1542/98.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2000, de 27 de junio, FJ 2º (RJ 2000, 5908).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/2004 de 8 de julio, FJ 4º (RJ 2004, 4861).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2009, de 9 diciembre.

Sentencia núm. 126/2005, del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid, de 15 de junio de 2005.

Sentencia núm. 2010/2096, de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010.

Sentencia núm. 289/2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 7 de madrid, de 20 de setiembre de 2010.

Sentencias STS de 22 de abril de 1998 (RJ 1998, 3811).

SSTS de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7834).

SSTS de 2 de abril de 1996 (RJ 1996, 3215).

SSTS de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1275).

SSTS de 8 de febrero de 1997 (RJ 1997, 888).

STC núm. 115/2000, de 5 de mayo.

STC núm. 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134).

STC núm. 186/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001/186).

STC núm. 41/1994, de 15 de febrero, (RTC 1994, 41).

STS núm. 1157/1996, de 31 de diciembre (RJ 1996, 9226).

STS núm. 776/2000, de 20 de julio (RJ 2000/6184).

STS núm. 785/2006, de 26 de julio, (RJ 2006, 5134).

STS núm. 947/2009, de 2 de octubre de 2009 (JUR 2009, 451518).

STS, 1ª sala, de 18 de mayo de 2007 (RJ 2007/2325).

STS, 1ª sala, de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007/1518).

## **JURISPRUDENCIA BRASILEÑA (todas en portugués):**

Decisão do Forum de Franca/SP, Processo núm. 196.01.2006.028424-6, 2ª. Vara Cível, Juez Dr. Orlando Brossi Junior, 21/02/2008.

STJ, REsp 1306066/MT, 2011/0127121-0, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 02/05/2012.

STJ, T2, REsp 111.763-3/RO, 2009/0026654-2, Rel. Min. Herman Benjamin, J. em 26/03/2010.

STJ, T3, REsp 1193764/ SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi, j. em 14/12/2010.

STJ, T3, REsp 1406448/RJ - 2012/0131823-7, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21/10/2013.

STJ, T4, Agravo Regimental núm. Ag 1072844/SC, 2008/0147768-0, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17/05/2011.

TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 1.0439.08.085208-0/001, Rel. Cláudia Maia, j. em 16.03.09.

TJMG, 18ª Câm, núm. 1.0105.02.069961-4/001(1), Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. em 10/12/2008.

TJMG, Acórdan núm. 20000.00.479970-2/000 (1), Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. em 02/06/2005.

TJMG, Apelação Cível núm 1.0701.08.221685-7/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, j. 05/08/2009.

TJPR, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 0147550-7, Rel. Des. Salvatore Antonio Astuti, j. em 30/07/2007.

TJPR, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 130075-8, Rel. Des. Antônio Gomes da Silva, j. em 19/11/2002.

TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2007.001.523346, Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira, j. em 16/01/2008.

TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004.

TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 2004.001.03955, Rel. Des. Orlando Secco, j. em 04/11/2004.

TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível núm. 70018993626, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 12/07/2007.

TJRS, 6º Camara Cível, Agravo de instrumento núm. 70002884203, Rel. Osvaldo Stefanello, j. em 26/09/2001.

TJSP, Apelação Cível núm. 395.749.4/0-00, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. em 18/01/2009.

TJSP, Apelação Cível núm. 431.247-4/0-00, de 22/03/2007, 8ª Câmara, Rel. Salles Rossi.

Comarca de Rio de Janeiro, sentença núm. 2008.001.314865-0, de la 28ª Vara Cível, de 28/11/2012.