

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

COTINO HUESO, Lorenzo, “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 133-233.

I. A LA ESPERA DE UNA LABOR JUDICIAL QUE DÉ RESPUESTA ANUMEROSAS CUESTIONES SOBRE INTERNET	136
1. A MODO DE INTRODUCCIÓN	136
2. EL OBJETO DE ESTUDIO: ESCASAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE TRIBUNALES MENORES ..	138
2. 1. <i>Escasez, a diferencia de Estados Unidos</i>	138
2. 2. <i>Una labor judicial mayoritariamente de tribunales menores</i>	144
II. LOS CASOS QUE HAN TENIDO UN TRATAMIENTO POR NUESTROS JUECES Y TRIBUNALES.....	147
1. EL TRATAMIENTO COLATERAL EN LOS CASOS ANTE TRIBUNALES SUPRANACIONALES EUROPEOS	147
1. 1. <i>TJCE: El caso Lindqvist y la elusión del problema del límite a la libre expresión que implica la protección de datos personales</i>	147
1. 2. <i>TEDH: La trascendencia jurídica del hecho de que un material ilícito circule por la red. El caso memorias del médico de Mitterrand</i>	153
2. EL USO SINDICAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA DIFUSIÓN Y PROTESTA	156
2. 1. <i>El caso CCOO vs. El Corte Inglés</i>	157
2. 2. <i>La importante sentencia del Tribunal Constitucional en el caso CCOO vs. BBVA y el uso sindical del correo electrónico del empresario</i>	158
3. DOS CASOS EXPRESIVOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO ELEMENTO DE CONFLICTO CON EL MUNDO “ALTERNATIVO” DE INTERNET	164
3. 1. <i>El caso del posible canon para el “press clipping”: un ejemplo de la batalla entre los nuevos y viejos medios de comunicación en la red a través de la propiedad intelectual</i> .	164
3. 2. <i>El muy interesante caso “putasgae”: internautas contra la SGAE</i>	167
4. INTERNET COMO UN MEDIO MÁS PARA LA DIFAMACIÓN	173
4. 1. <i>El caso de la web calumniadora de un padre</i>	173
4. 2. <i>El caso del foro de insultos y desahogo</i>	174
4. 3. <i>El caso de la difamación de la clínica estética</i>	175
4. 4. <i>El importante caso del desprestigio de la empresa “Idiada”, del sector del automóvil</i>	175
5. CASOS SOBRE CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN.....	179

5. 1. <i>El importante auto de medidas cautelares en el caso “Weblisten”</i>	179
5. 2. <i>El caso “aprendizmason.org” y su significación para el alcance de responsabilidades del ISP y el “conocimiento efectivo” del ilícito</i>	185
6. TRES SUPUESTOS DE DERECHO DE RECTIFICACIÓN EN LA RED.....	189
6. 1. <i>El primer reconocimiento: el caso del foro “Andecha Astur”</i>	191
6. 2. <i>El caso de la publicación científica y la empresa farmacéutica</i>	191
6. 3. <i>La negación del derecho de rectificación para un foro de una plataforma política ...</i>	193
III. LA DEDUCCIÓN DE ALGUNAS LÍNEAS A PARTIR DE LA CASUÍSTICA JUDICIAL ACTUAL	194
1. INTERESANTES AFIRMACIONES SOBRE INTERNET Y ALGUNOS ERRORES LLAMATIVOS	194
2. LA PARTICULARIDAD DEL MEDIO QUE ES INTERNET NO SUELE AFECTAR AL DERECHO, AUNQUE DEBERÍA TENERSE EN CUENTA.....	197
3. SISTEMAS Y PARÁMETROS DE RESPONSABILIDAD, VÍAS DE EXENCIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN	202
3. 1. <i>La fundamentación judicial del particular sistema de responsabilidades de los ISP</i>	202
3. 2. <i>El problema del “conocimiento efectivo” de los ISP de contenidos ilícitos o dañosos</i>	206
3. 3. <i>La superposición de sistemas y los diferentes criterios de responsabilidad empleados por los jueces</i>	214
3. 4. <i>El tratamiento de algunas vías para intentar eximirse o mitigar la responsabilidad</i> .	220
3. 5. <i>Particularidades en las condenas e indemnización de las resoluciones</i>	226

I. A la espera de una labor judicial que dé respuesta a numerosas cuestiones sobre internet

1. A modo de introducción

Al inicio de este libro, en la introducción al mismo, me permitía incluir una numerosa lista –no exhaustiva- de cuestiones por resolver atinentes a la libertad de expresión e información y su proyección en la red. En algún trabajo he señalado y planteado algunas de ellas¹ y varias de las contribuciones de este libro ofrecen su perspectiva al respecto. Sin duda, en los próximos años la doctrina irá haciéndose eco de estas cuestiones bastante olvidadas. Desgraciadamente, la literatura jurídica sobre libertad de expresión en la red es aún escasa², ante una

¹ “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, en AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, págs. 51-76 (dispuesto en www.cotino.net)..

² En España, hay que destacar sobre todo los trabajos de FERNÁNDEZ ESTÉBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derecho Fundamentales*, McGraw Hill, 1998, así como los trabajos de Andrés Boix, ya numerosos (ver referencias en la Introducción). También, era un clásico, VILLATE, Javier: “La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas”, Versión 1.0, Borrador de trabajo sobre la libertad de expresión en la Red y los sistemas de filtrado, por Javier Villate. Documento presentado en la comparecencia de David Casacuberta, presidente de FrEE , ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998, fue disponible en <http://www.arnal.es/free/docs/censura-f.html>. (13/02/2001). Es sencillo y muy destacable FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidación y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004. Es interesante el libro colectivo, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, *La libertad de información. Gobierno y arquitectura de internet*, Universidad Complutense, Madrid, 2001. También, centrado en autorregulación y filtros, GARCÍA MORALES, María Jesús, “Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 y algunos trabajos en CASANOVAS, Pompeu *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003.

A lo anterior, bien es cierto que diversas monografías y trabajos enfocados desde el Derecho penal, atraen también el interés desde la libre expresión. Un libro colectivo de interés es MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Óscar, (coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, de la

atención quizá excesivamente puesta en otros ámbitos como la protección de datos, por ejemplo, de menor interés político y social –a mi juicio-, pero mucho mayor económico y empresarial.

En esta ocasión he considerado oportuno poner en conocimiento la obra judicial en España y los tribunales supranacionales europeos –“nuestros jueces y tribunales”- sobre el ámbito objeto de este libro. Creo que, pese a la escasez de resoluciones judiciales, la labor es útil y necesaria por varios motivos. Primero, como “termómetro” de la percepción de nuestros tribunales de los nuevos fenómenos que depara la red. Segundo, porque no es una labor sencilla, dado que muchos de los casos existentes son de tribunales menores no fáciles de localizar, como luego se expone. Además, en tercer lugar, creo que ya es posible vislumbrar algunas líneas judiciales en temas de interés y, casi en mayor medida, se puede ir señalando algunas zonas más grises y necesitadas de mejoras normativas y profundidad doctrinal en el futuro.

Dada la extensión del trabajo, he optado por dejar fuera del estudio investigaciones actuales sobre la materia que estarían menos justificadas una vez delimitado su objeto, como es la proyección a internet de la jurisprudencia constitucional y europea sobre el secuestro judicial, censura y control administrativo de contenidos o la concurrencia de regímenes de responsabilidad sobre contenidos en la red vista, como barrera o límite de la libre expresión por su claro efecto disuasorio (“chilling effect”). En otro lugar habrán de ser expuestas. De otra parte, debo señalar que si bien el objeto lo son las resoluciones judiciales, sí que me he permitido introducir al respecto mis propias valoraciones.

Revista Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, noviembre de 2002. Casi un clásico lo constituye xxxx

No jurídico, pero de todo interés, LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

2. El objeto de estudio: escasas resoluciones judiciales y de tribunales menores

2. 1. Escasez, a diferencia de Estados Unidos

Ni los jueces y tribunales españoles ni los tribunales supranacionales europeos han producido una sola sentencia que sienta las bases constitucionales sobre el Derecho de internet, en especial por cuanto a la libertad de expresión e información en la red. Por el contrario, la situación en el país de nacimiento de la red es muy diferente. En Estados Unidos se cuenta desde hace años con una sólida base judicial³, en un camino en el que

³ Sólo hasta el año 2000 ya se sentaron las bases jurisprudenciales en más de una quincena de decisiones relativas a la libertad de expresión, a saber: *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996), aff'd, 117 S. Ct. 2329 (1997); *American Civil Liberties Union of Georgia v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (N.D. Ga. 1997) (preliminary injunction), permanent injunction entered, 1997 U.S. Dist. 14972 (Aug. 7, 1997).; *American Library Association v. Pataki*, 969 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1997).; *ApolloMedia Corp. v. Reno*, No. C 97-346 MMC (N.D. Cal. complaint filed Jan. 30, 1997) annoy.com.; *Loving v. Boren*, 956 F. Supp. 953 (W.D. Okla. 1997), aff'd, 133 F.3d 771 (10th Cir. 1998).; *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 2 F. Supp. 2d 783 (E.D. Va. 1998) Mainstream Loudoun.; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 117 S. Ct. 2329 (1997) EFF archive; oral argument transcript.; *Shea v. Reno*, 930 F. Supp. 916 (S.D.N.Y. 1996), aff'd, 117 S. Ct. 2501 (1997); *United States v. Baker*, 890 F. Supp. 1375 (E.D. Mich. 1995), aff'd sub nom. *United States v. Alkhabaz*, 1997 FED App. 0036P (6th Cir.), 104 F.3d 1492 (6th Cir. 1997).; *United States v. Thomas*, 1996 FED App. 0032P (6th Cir.), 74 F.3d 701, cert. denied, 117 S. Ct. 74 (1996).; *Urofsky v. Allen*, 995 F. Supp. 634 (E.D. Va. 1998), rev'd sub nom. *Urofsky v. Gilmore*, F.3d No. 98-1481 (4th Cir. Feb. 10, 1999).; *Urofsky v. Gilmore*, F.3d, No. 98-1481 (4th Cir. Feb. 10, 1999).

En ámbitos relacionados, cabe señalar sentencias sobre publicidad en internet:

People v. Lipsitz, 663 N.Y.S.2d 468 (N.Y. Sup. Ct. 1997) AG's press release.

Stern v. Delphi Internet Services Corp., 626 N.Y.S.2d 694 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

Sobre anonimato: *American Civil Liberties Union of Georgia v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (N.D. Ga. 1997) (preliminary injunction), permanent injunction entered, 1997 U.S. Dist. 14972 (Aug. 7, 1997); *Bowker v. America Online, Inc.*, No. 95L 013509 (Ill. Cook County Cir. Ct. complaint filed Sept. 26, 1995); *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

Sobre protección del menor: *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 2 F. Supp. 2d 783 (E.D. Va. 1998) Mainstream Loudoun.

Sobre enlaces y "framing": *Futuredontics v. Applied Anagramics*, 45 U.S.P.Q.2d (BNA) 2005 (C.D. Cal. Jan. 30, 1998); *Shetland Times Ltd. v. Wills*, 1997 F.S.R. 604, 1997 S.L.T. 669, 1 Electronic Info. Policy & L. Rep. (BNA) 723 (Sess. Oct. 24, 1996)

indiscutiblemente destacan dos sentencias del Tribunal Supremo. En primer lugar, la sentencia *American Civil Liberties Union v. Reno*, primero la casi mítica del Tribunal de Distrito de Pennsylvania de 1996 y luego la del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1997⁴. Se trata de una sentencia de antología que marcó el camino de la libertad en la red, al declarar inconstitucional la *Communications Decency Act*, la Ley de decencia en las telecomunicaciones, aplicando a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita, subrayando el efecto disuasorio que provoca perseguir conductas escasamente definidas. En segundo lugar, también resulta bien significativa la sentencia *American Civil Liberties Union v. Ashcroft*, de 29 de junio de 2004, que volvió a declarar inconstitucional la *Child Online Protection Act* (Ley de protección de la infancia en línea), que no era sino el nuevo intento legislativo por controlar los contenidos de la red⁵.

(Scot.) (temporary restraining order) (UK/ScoCas), dismissed upon settlement (Nov. 11, 1997); *Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp.* (S.D. Cal. complaint filed Apr. 28, 1997).

Washington Post Co. v. Total News, Inc., No. 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y. complaint filed Feb. 20, 1997), dismissed upon settlement (June 5, 1997).

Sobre diversidad, discriminación y acoso: *United States v. Baker*, 890 F. Supp. 1375 (E.D. Mich. 1995), *aff'd sub nom. United States v. Alkhabaz*, 1997 FED App. 0036P (6th Cir.), 104 F.3d 1492 (6th Cir. 1997) y *United States v. Machado*, No. SACR 96-142-AHS (S.D. Cal. May 4, 1998).

En breve, todos estos documentos, en www.derechotics.com. Cabe en general acudir a www.internetcases.com.

⁴ El texto disponible en www.derechotics.com.

⁵ El texto disponible en www.derechotics.com. En este caso, el Tribunal vuelve a declarar inconstitucional la ley, señalando que hay vías de protección de la infancia menos lesivas para la libertad de expresión, particularmente a través del bloqueo o filtro de la información y el Gobierno no probó que estas otras opciones no fueran menos restrictivas, mientras que los adultos con o sin menores, pueden configurar sus ordenadores y filtros para acceder a contenidos a los que tienen derecho. Además, se considera que la legislación no prevenía del acceso a menores de contenidos dañinos al menor procedentes de fuera de Estados Unidos. Todo ello, sin desconocer los errores que conlleva el sistema de filtros, pero el Gobierno no probó que este sistema fuera menos efectivo.

A los argumentos anteriores se unen otras razones, como el efecto disuasor para el discurso cuando se da la probabilidad de que los usuarios de la red se autocensuren.

Asimismo, en aquel país, la cuestión tiene una atracción doctrinal⁶, económica y social tremenda y son constantes los diversos avances judiciales que se van dando. En este punto, ya forjadas las bases de la libre expresión en la red, se dirimen cuestiones como la atribución del secreto del periodista a los cibernautas⁷ o el anonimato vinculado a la libre expresión⁸. Sin

⁶ De especial interés trabajos norteamericanos como LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, (Alberola Blázquez, Ernesto, trad.), Taurus, Madrid, 2001. De forma sinóptica, puede seguirse LESSIG, Lawrence, "Las leyes del ciberespacio", en *Cuadernos Ciberespacio y Sociedad* N° 3, Marzo 1999 (trad. Javier Villate), del original en: cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf (3 abril 1998) Dispuesto para su acceso en <http://cys.derecho.org/03/leyes.html>. También, SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001.

También BALKIN, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" . *New York University Law Review*, Volume 79, abril 2004, n. 1, págs. 1-58, disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842> o RIBSTEIN, Larry Edward, "Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging" (April 4, 2005). *U Illinois Law & Economics Research Paper* No. LE05-008. <http://ssrn.com/abstract=700961> También de este autor, en "Bloggers and Their First Amendment Protection," appeared in the vol. 57, no. 3 Fall 2003 issue of "The Neiman Reports," The Neiman Foundation for Journalism at Harvard University. <http://www.nieman.harvard.edu/reports/03-3NRfall/95-96V57N3.pdf>

Entre otros, es muy recomendable "Weblogs in Journalism: Blogging and the Law", mayo de 2004, en <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005). Este sitio remite a una jurisprudencia estadounidense bien interesante aplicable al tema.

⁷ Sobre el tema, a mi juicio, esencial, me remito a mi trabajo "Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías... cit. (dispuesto en www.cotino.net).

Sobre el *privilege repport*, secreto del periodista, cabe estar sobre todo por las resoluciones caso *Dan Gillmore vs Apple*. En primer término, la sentencia de marzo de 2005 un juez de Santa Clara (California), que no excluyó la aplicación de este secreto al blogger, siendo que el 26 de mayo de 2006, la Corte Estatal de Apelaciones de San José, California afirmó rotundamente que los "bloggers", al igual que los periodistas tradicionales, tienen derecho a mantener la confidencialidad de sus fuentes. La decisión indica además que los correos electrónicos de los 'bloggers' deberían ser también protegidos,

igual que las llamadas telefónicas o los documentos escritos. (Noticia de prensa).

En línea semejante, vinculada más concretamente al anonimato, cabe tener en cuenta la sentencia Así en sentencia de marzo de 2005 en Santa Clara y en caso *John Doe nº1 v. Cahill*, de octubre de 2005, en Delaware.

duda, habrá que tener la vista puesta en las grandes líneas de la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión en la red.

Por el contrario, como se ha adelantado, en nuestro país son bien escasas las resoluciones judiciales que afectan al vínculo de internet y libertad de expresión. Ello es así, a diferencia de otros ámbitos que sí han dado lugar a una nutrida producción judicial, alcanzando incluso importantes sentencias del Tribunal Constitucional y hasta de tribunales supranacionales. Este es el supuesto de la protección de datos (especialmente con resoluciones de la Audiencia Nacional, que revisa la actuación sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos⁹) ámbito en el que incluso se cuenta ya con cierta jurisprudencia del TEDH¹⁰ o y del TJCE¹¹. También se ha dado una prolífera

⁸ Tema excelentemente abordado por Antoni Roig en este libro, con amplia referencia al tratamiento por los tribunales estadounidenses.

⁹ En sede constitucional se cuenta con una importante jurisprudencia, pues la labor de construcción del derecho se inicia en 1993 y culmina en 2000 (sentencia, 254/1993, de 20 de julio, donde se trata el 18. 4º de forma independiente, datos frente a Gobernador Civil en Guipúzcoa; sentencia 143/1994, de 9 de mayo, sobre NIF; sentencia 11/1998, de 13 de enero (y 94/1998, de 4 de mayo), conexiones 18.4º con 28 (sindicación) uso por empresa del dato de afiliación sindical para detraer sueldo por huelga; sentencia; sentencia 254/1997 derecho frente agresiones a la dignidad (libertad informática); sentencia 202/1999, de 8 de noviembre denegación de cancelación de datos médicos en fichero de entidad de crédito sobre incapacidad temporal, con falta de cobertura legal para eximir de consentimiento. En todo caso, la labor se da y culmina en la sentencia 290/2000, de 30 de noviembre de 2000). Posteriormente se han dado subsiguientes sentencias menores. La doctrina sobre la materia es, asimismo, muy abundante.

Este ámbito también ha atraído la atención de los tribunales europeos, tanto del ámbito de la UE como del Consejo de Europa. No obstante, aquí sólo se fijará la atención secundariamente en alguna sentencia del TJCEE (caso *Lindqvist*, sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003, por cuanto si que atrae la atención en la materia).

¹⁰ En el ámbito del TEDH, a partir del caso *Leander* se reconoce expresamente y con toda claridad el derecho como integrante del el artículo 8 del CEDH, con sentencias posteriores (SSTEDH de 26 de marzo de 1987, caso *Leander*, de 7 de julio de 1989, caso *Gaskin*; y de 25 de febrero de 1997, caso *Z. vs. Finland*. Con anterioridad la Comisión se había pronunciado en el mismo sentido, vid. Decisiones de la Comisión de 12 de octubre de 1976 y de 6 de octubre de 1982, casos *X. vs. Reino Unido*; y de 11 de diciembre de 1986, caso *W. vs. República Federal de Alemania*).

producción judicial en el caso de la incidencia del uso de internet y el correo electrónico en las relaciones laborales (a raíz de los muchos despidos, sanciones y conflictos laborales causados por la materia)¹². También, especialmente los primeros años, hubo diversas resoluciones judiciales en torno a los dominios de

¹¹ En el ámbito comunitario, el primer supuesto que tocó derechos fundamentales hoy día fue, precisamente un caso que hoy sería, sin duda, de protección de datos (caso *Stauder*, sentencia de 12 de noviembre de 1969). Sin embargo, un pronunciamiento claro sobre este derecho no se dio hasta la STJCE de 20 de mayo de 2003, caso *Österreichischer Rundfunk* (datos personales relativos a ingresos profesionales y su comunicación por parte de organismos públicos). Mayor interés para nuestro supuesto es la STJCE de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*, el TJCE, que sí es vinculable con la libertad de expresión, como luego se comenta.

Muy recientemente, cabe señalar la sentencia de 30 de mayo de 2006, por la que el Tribunal de Justicia ilegal la transferencia de datos de los pasajeros de avión a EE UU. El texto de la misma en

<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&Submit=Buscar&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-318%2F04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

¹² Se trata por lo general de la posibilidad de despido por el uso de internet y del correo electrónico en el trabajo, dilucidándose por lo general la posibilidad de control empresarial frente a la intimidad y secreto de comunicaciones.

En este ámbito, por ejemplo, hasta mitad de 2003 ya se contaba con más de treinta sentencias, que se han duplicado casi hasta la fecha, alcanzando, por lo que más interesa, importante doctrina del Tribunal Supremo e, incluso, del constitucional.

En todos los casos suele ser excepcional la conexión con la libertad de expresión e información, por lo que ahora interesa. Ello no obsta para que en algunos supuestos se trate de la libre expresión e información vinculada al derecho de información sindical.

En el ámbito del Tribunal Constitucional, la sentencia verdaderamente significativa y bien reciente ha sido la Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, que resuelve el conocido caso de CCOO frente BBVA por difusión masiva de información sindical por correo electrónico. En la misma, se plantea básicamente la vulneración del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) al habersele impedido la utilización de un instrumento de difusión de la información sindical a través de internet. Luego se comenta el caso.

La literatura sobre la materia es ya abundante, si bien, debo indicar el alto valor de la aportación coordinada por Antoni Roig en esta misma colección, de próxima publicación.

internet¹³, si bien en este ámbito ya existe una amplísima casuística y doctrina arbitral de alcance mundial¹⁴.

Sin embargo, la conflictividad y el interés económico, político y social se centra más, a mi juicio, en otros fenómenos que genera la red que, no obstante, quedan hasta el momento casi huérfanos de análisis judiciales. Este es el caso de la delincuencia informática¹⁵, así como las cuestiones de comercio y

¹³ En el caso de dominios la situación es singular en razón de la existencia de un ágil procedimiento “arbitrario” impuesto a los registradores, que no obstante, no funcionó regularmente hasta 2002. Es por ello que son diversas resoluciones judiciales sobre la materia, por lo general relativas a medidas cautelares. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 1998, caso *Sertel*; del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, Asturias, de 2 de junio de 1999 (caso *nocilla*); auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 15 de septiembre de 1999 (caso *ozú*) y sentencia de 28 de septiembre; auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada, de 4 de febrero de 2002 (caso *BBVA*). En ámbito penal, el auto de la Audiencia Nacional, de 7 de octubre de 2002 que ordena la cancelación de los sitios *web* de Herri Batasuna.

También, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 3 de mayo de 2002, Caso *cortefiel.com* y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao nº 4 de 24 de junio de 2002, caso *metrobilbao.com*.

Muy recientemente, cabe destacar la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 noviembre de 2005, muy completa sobre los dominios de internet.

¹⁴ En efecto, en las bases de datos de la OMPI es bien sencillo seguir las aproximadamente 5000 resoluciones arbitrales al año, de las cuales muchas son de casos con partes españolas. De otra parte, en 2006 se constituyen los sistemas arbitrales de resolución de conflictos para el dominio “liberalizado” .es.

¹⁵ Estas son las sentencias significativas seguidas:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 242/2002, de 18 de julio, sobre el envío masivo de mails para colapsar el normal desarrollo de la actividad profesional de la revista, consiguiendo así la alteración y pérdida parcial del servicio (no considerando delito por la entidad de los daños). La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 53/2004 (Sección 3ª), de 30 enero (pobre pirateo de música y distribución en *cds*).

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, la núm. 15/2004 (Sección 15ª), de 16 enero (sobre compraventa ilícita de descodificadores a través de internet); la núm. 35/2004, de 18 de febrero, sobre delito de coacciones a través de correo electrónico; la núm. 229/2004, de 21 de mayo sobre envío masivo de correos electrónicos como estratagema en el marco de una contienda electoral (no considerando delito por la entidad de los daños). La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, núm. 492/2004, de 2 diciembre, indirectamente, sobre software pirata en un *cibercafé*.

contratación electrónicas y protección del consumidor o la propiedad intelectual¹⁶. Lo mismo sucede con las cuestiones de libertad de expresión e información e internet.

2. 2. *Una labor judicial mayoritariamente de tribunales menores*

En este trabajo se comentan con mayor o menor profundidad en razón de su incidencia con el tema, aproximadamente una quincena de resoluciones¹⁷, en su mayor parte, de Audiencias

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid, núm. 197/2005, de 31 mayo, que condena por el caso de difusión de música a través de *Weblisten*, tras acuerdo de las partes. El Auto de la Audiencia Provincial Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 mayo, sobre injurias y calumnias en un foro de internet dedicado a los insultos (que luego se analiza). El auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 10 octubre 2005 sobre competencia jurisdiccional penal; la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Málaga, de 19 de diciembre de 2005, que no considera cometido delito de estafa por comprar con tarjeta de tercero a través de la red; la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Badajoz de 15 de febrero de 2006, que condena a un *hacker* del servidor y sistema de un juego en línea de pago, si bien, con la circunstancia atenuante analógica de ludopatía; la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Lleida, nº 33/06, de siete de febrero de 2006, de condena (e indemnización de 1.4 millones de euros) por daños informáticos al creador de un virus, creado como venganza por la expulsión de un foro. Primera condena en España.

¹⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca núm. 74/2003, de 13 marzo sobre indemnización de un proveedor por no acceso a la red durante meses; el auto 24 de noviembre de 2003, Sección 2.ª AP de Tarragona sobre ofensas al honor (referencia indirecta); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 226/2004, de 24 febrero, sobre comercio electrónico; la núm. 290/2004, de 22 junio, importante sobre consumo, contratación electrónico y marcas y dominios; el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 19 octubre 2004 de medidas cautelares en un caso de tarjetas de crédito y competencia desleal; la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona núm. 906/2004, de 22 diciembre sobre materia de competencia en contratos bancarios.

La sentencia del Juzgado en lo mercantil nº 5 de Madrid de febrero de 2006, donde se cita por primera vez el “*copyleft*” y se desestima la demanda de la SGAE contra una *web* que difundía música bajo esta licencia. (noticia de prensa http://www.elpais.es/articulo/elpciboci/20060216elpciboci_4/Tes/ocio/primera/vez/sentencia/judicial/espanola/cita/copyleft)

¹⁷ Son más las citadas, si bien, el trabajo se concentra en las que siguen, cronológicamente:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia núm. 199/2002, de 13 de junio (referencia indirecta).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 3 de junio de 2002.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio.

Auto del Juzgado de instrucción nº 9 de Barcelona, de 7 de marzo de 2003 (referencia indirecta).

Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 Madrid, de 1 agosto 2003, (referencia indirecta).

Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003 (1), C-101/01, Caso *Lindqvist*.

Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, , núm. 9/2004, de 22 enero.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 2ª), de 18 mayo 2004, caso *Plon (société) v Francia*.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 23/2004 (Sección 3ª), de 20 enero.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 709/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 julio.

Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004.

Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid (jurisdicción civil), de 15 de junio de 2005.

Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre.

Sentencia Audiencia Provincial León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre.

Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre.

La Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (¿, APV Secc. 11.ª), de 27 de diciembre de 2005.

Asimismo, sin tratarse de resoluciones judiciales, se tienen en cuenta la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de mayo de 2004, (caso *Gedeprensa*)

http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act_cyb/competencia/competencia014.html (5/3/2005).

Provinciales que resuelven apelaciones a las resoluciones de primera instancia¹⁸. Y es que en el ámbito que nos ocupa es también destacable que las resoluciones judiciales proceden en su práctica totalidad de tribunales inferiores, sin que se encuentren bases sólidas provenientes del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo¹⁹. Tampoco se dan resoluciones de interés con objeto en la sociedad de la información e internet del ámbito del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sólo un supuesto e incidental, pese a la atracción del tema por la libertad de expresión) o del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (con un solo caso colateral, también a pesar de la atracción del tema por cuanto al comercio electrónico y la protección de datos).

El carácter novedoso de los supuestos de nuevas tecnologías explica, en parte, que nos encontremos ante jurisprudencia menor, no propiamente jurisprudencia. Es posible que los casos estén pendientes de recursos de casación –en su caso- o de amparo ante el Tribunal Constitucional²⁰ y habrá que estar a la espera. No obstante, es pensable que la tipología de las partes no sea la más habitual para el acceso a los recursos, por lo que se hayan quedado muchos supuestos con la resolución de primera o segunda instancia.

El carácter inferior de los tribunales hace que sea difícil acceder a ciencia cierta a toda la casuística. Pese a la potencia de las bases de datos actuales, éstas no recogen toda la obra judicial. De hecho, diversas de las resoluciones judiciales se conocen a veces por trabajos de colegas o por notas

¹⁸ Son muy pocas las resoluciones judiciales de primera instancia a las que se ha tenido acceso a través de bases de datos.

¹⁹ En la única sentencia del Tribunal Supremo que se maneja (Sentencia Tribunal Supremo núm. 709/2004 -Sala de lo Civil, Sección 1ª-, de 8 julio), la difusión a través de la red es complementaria a la difusión clásica de la prensa escrita y no se introduce reflexión alguna sobre el particular. Del Tribunal Constitucional sólo hay una sentencia, si bien ésta sí que sienta unas bases sólidas en el ámbito del uso sindical de internet.

²⁰ A mi juicio, sólo con toda seguridad el caso *putasgae* de la SGAE contra la Asociación de Internautas parece que llevará a una interesante resolución judicial en casación y, posteriormente, ante el Tribunal Constitucional.

periodísticas. Obviamente, más que de jurisprudencia en sentido propio, únicamente estamos hablando de casuística judicial que tiene un valor más por su carácter novedoso, experimental y doctrinal, que estrictamente jurídico²¹.

II. Los casos que han tenido un tratamiento por nuestros jueces y tribunales

1. El tratamiento colateral en los casos ante tribunales supranacionales europeos

1. 1. TJCE: El caso Lindqvist y la elusión del problema del límite a la libre expresión que implica la protección de datos personales

Este tribunal europeo no se destaca por la atención de los derechos fundamentales y, en particular de la libertad de expresión e información²². No obstante, en razón de ámbitos con regulación comunitaria como el comercio electrónico y servicios de la sociedad de la información y la protección de datos sí podría explicarse una mayor atención del fenómeno. En todo caso, sólo el caso *Lindqvist* atrae algún interés a nuestros efectos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*, es comúnmente referida como una de las primeras veces que desde el TJCE se aborda el “nuevo” derecho

²¹ Así, salvo en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional CCOO vs BBVA.

²² Como punto de partida, la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la libertad de expresión es muy tímida. Al margen del caso *Lindqvist* sobre protección de datos, con alguna incidencia, las aproximaciones a la libertad de expresión son escasas y su proyectabilidad al ámbito de la red no siempre clara. Quizá, merezca la pena señalar la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 25 de marzo de 2004 por cuanto a las restricciones a la libertad de expresión ejercitada en el ámbito mercantil; la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 23 de octubre de 2003, sobre límites a la libertad de expresión en el ámbito de la publicidad. También, algo extrapolable a internet la sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de junio de 1997 por cuanto a las restricciones a la libertad de expresión vinculadas a la extraterritorialidad de un medio de comunicación.

de protección de datos personales²³. Ahora bien, hay que traerla aquí a colación en tanto en cuanto pone de manifiesto una realidad que tarde o temprano se irá manifestando con mayor intensidad: la protección de datos personales es un potencial limitador de la red como vehículo de expresión e información.

Esta anciana parroquiana sueca tuvo la *osadía* de hacer una página *web* personal con datos personales de los feligreses y comentarios sobre los mismos, sin consentimiento de aquéllos²⁴. Por ello, además de ser sancionada administrativamente, el ministerio fiscal inició un proceso penal contra la Sra. Lindqvist por infracción de la Ley sueca de datos personales²⁵ por múltiples cargos²⁶. El Tribunal que tramitaba dicho proceso planteó siete

²³ Como con anterioridad se hizo referencia, la primera atención directa de la materia se dio con esta sentencia y la de pocos meses antes (20 de mayo de 2003, caso *Österreichischer Rundfunk*).

²⁴ Recordemos el caso: la Sra. Lindqvist además de empleada de hogar, desempeñaba funciones de catequista en la parroquia de Alseda (Suecia). Hizo un curso de informática en el que, entre otras cosas, tenía que crear una página *web* en Internet. A finales de 1998, la Sra. Lindqvist creó, en su domicilio y con su ordenador personal, varias páginas *web* con el fin de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener fácilmente la información que necesitaran. A petición suya, el administrador del sitio Internet de la Iglesia de Suecia creó un enlace entre las citadas páginas y dicho sitio. Las páginas *web* de que se trata contenían información sobre la Sra. Lindqvist y dieciocho de sus compañeros de la parroquia, incluido su nombre completo o, en ocasiones, sólo su nombre de pila. Además, la Sra. Lindqvist describía en un tono ligeramente humorístico las funciones que desempeñaban sus compañeros, así como sus aficiones. En varios casos se mencionaba la situación familiar, el número de teléfono e información adicional. Asimismo, señaló que una de sus compañeras se había lesionado un pie y se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad. La Sra. Lindqvist no había informado a sus compañeros de la existencia de estas páginas *web*, no había solicitado su consentimiento, ni tampoco había comunicado su iniciativa a la *Datainspektion* (organismo público para la protección de los datos transmitidos por vía informática). En cuanto supo que algunos de sus compañeros no apreciaban las páginas *web* controvertidas, las suprimió. Así se relatan los hechos en los puntos 12 y ss. de la sentencia.

²⁵ *PUL, Personuppgiftslag*, SFS 1998, nº. 204.

²⁶ Solicitó que se le condenara por:

- haber tratado datos personales de modo automatizado sin haberlo comunicado previamente por escrito a la *Datainspektion* (artículo 36 de la *PUL*);

- haber tratado sin autorización datos personales delicados, como los relativos a la lesión en un pie y a la baja parcial por enfermedad (artículo 13 de la *PUL*);

preguntas al TJCE por el mecanismo de la cuestión prejudicial. De entre las mismas, la sexta cuestiona directamente la compatibilidad de la normativa europea de datos personales con la libre expresión en la red²⁷.

De la sentencia, interesa destacar a nuestros efectos que:

- “la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole” (tratamiento automatizado de datos)²⁸.

- El ejercicio no económico de derechos como la libre expresión o la libertad religiosa a través de la red no es causa de excepción de la aplicación de las exigencias de la Directiva de datos personales²⁹.

- haber transferido datos de carácter personal a países terceros sin autorización (artículo 33 de la PUL).

El Eksjö tingsrätt (Suecia) la condenó al pago de una multa de 4.000 SEK que se calculó teniendo en cuenta la situación financiera

²⁷ Textualmente: “6) ¿Puede considerarse en un caso como el presente que las disposiciones de la Directiva [95/46] implican una restricción contraria al principio general de libertad de expresión, o a otras libertades y derechos vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?”.

²⁸ Así en el apartado nº 25. En el nº 26 se afirma “Queda por determinar si dicho tratamiento está «parcial o totalmente automatizado». A este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada.”

Nº 27 “hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46.”.

²⁹ El tribunal califica actividades como las enunciadas, sin “carácter esencialmente económico sino más bien voluntario, así como religioso”.

Nº 42 “no resulta apropiado dar a la expresión «actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» un alcance tal que resulte necesario comprobar caso por caso si la actividad concreta afecta directamente a la libre circulación entre los Estados miembros.”

- “[L]a indicación [a través de internet] de que una persona se haya lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 95/46.”³⁰.

- La publicación de datos personales en internet, accesibles desde todo el mundo, no es una “transferencia internacional de datos” de la regulada y sometida a particulares condiciones en la Directiva (artículo 25, Directiva 95/46)³¹.

Por lo que ahora interesa, la Sra. Lindqvist alegó que la normativa de protección de datos “en la medida en que establecen los requisitos del consentimiento previo y de la comunicación previa a una autoridad de control, así como el principio de prohibición del tratamiento de datos personales delicados, son contrarios al principio general de la libertad de expresión reconocido por el Derecho comunitario.” Que las restricciones son desproporcionadas en relación con el objetivo de protección de la reputación y de la intimidad de los demás³². Las alegaciones de los gobiernos van en la línea de defender la

Nº 45 “las actividades voluntarias o religiosas como las que realiza la Sra. Lindqvist no pueden equipararse a las actividades citadas en el primer guión del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46 y, por tanto, no están comprendidas en dicha excepción.”

³⁰ Apartado nº 51.

³¹ El camino para dicha afirmación –medular en la sentencia- es largo (argumentos del Tribunal del nº 56 al 72). En esencia se toma en cuenta el funcionamiento de internet, en el caso concreto, que quienes accedían a la información de la página de la Sra. Lindqvist lo hacían deliberadamente (nº 60); se señala que no es una transferencia directa entre el transmisor y quien accede a la web, sino por medio de un proveedor de servicios (nº 61); que la Directiva no contempla el fenómeno de internet (nº 67), ni por su momento, podía tenerlo en mente al regular la transferencia internacional de datos (nº 68), de lo contrario, el régimen de la transferencia internacional sería el régimen general para internet. (nº 69). “70. En este contexto, cabe llegar a la conclusión de que el artículo 25 de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que operaciones como las efectuadas por la Sra. Lindqvist no constituyen, por sí mismas, una «transferencia a un país tercero de datos».”

³² Apartado nº 74.

posición del juez interno para resolver la cuestión³³, si bien también el gobierno inglés pone de nuevo el *dedo en la llaga* al señalar que “una interpretación que implique que una difusión de datos personales de una forma determinada, a saber, en una página web, quede sujeta a restricciones mucho más severas que las aplicables a la difusión que se realiza de otra forma, como por ejemplo las publicaciones en papel, resulta difícil de justificar.”³⁴.

El Tribunal, ciertamente, elude como puede la cuestión. Para ello, excusa la posible lesión del derecho de libre expresión por la generalidad de la Directiva en razón de la propia naturaleza de esta norma y que necesariamente su concreción corresponde a los Estados³⁵: “el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego debe buscarse más bien en el ámbito nacional, al aplicar a los supuestos concretos la normativa que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46.” (nº 85). En segundo lugar, el TJCE *pasa la pelota* de resolver el conflicto protección de datos – libre expresión, pues señala que la ponderación bajo el principio de la “proporcionalidad”³⁶ ha de ser en sede estatal,

³³ Los gobiernos sueco y holandés vienen a sostener que es el juez interno nacional el que debe ponderar al caso concreto el derecho a la protección de datos y la libre expresión e información (nº 75 y 76).

³⁴ Apartado nº 77.

³⁵ “[E]stá justificado que dicha Directiva contenga normas que se caractericen por una cierta flexibilidad y que deje en muchos casos en manos de los Estados miembros la tarea de regular los detalles o de elegir entre varias opciones.” (nº 83).

³⁶ “[C]orresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con la Directiva 95/46, sino también procurar que la interpretación de ésta que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario o con los otros principios generales del Derecho comunitario como el principio de proporcionalidad. (nº 87).

Nº 88. “Si bien es cierto que la tutela de la intimidad requiere aplicar sanciones eficaces a las personas que efectúen tratamientos de datos personales sin atenerse a lo dispuesto en la Directiva 95/46, tales sanciones deben respetar en todo caso el principio de proporcionalidad. Esta conclusión se impone con mayor razón si se tiene en cuenta que el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46 es muy amplio y que las obligaciones de las personas que efectúan los tratamientos de datos personales son numerosas e importantes.”

responsabilidad básica del juez nacional³⁷. Ciertamente, el Tribunal no hace más que repetir el Considerando nº 37 de la Directiva de 1995³⁸ y su artículo 9³⁹.

El TJCE huye de los verdaderos problemas planteados por la Sra. Lindqvist y el Gobierno inglés con la más que genérica afirmación de que “las disposiciones de la Directiva 95/46 no entrañan, por sí mismas, una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión[...] Incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario.”

³⁷ N° 89. “En virtud del principio de proporcionalidad, incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración todas las circunstancias del asunto del que conoce, en particular, la duración de la infracción de las normas que desarrollan la Directiva 95/46, así como la importancia, para los afectados, de la tutela de los datos difundidos.”

³⁸ “(37) Considerando que para el tratamiento de datos personales con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual, deben preverse excepciones o restricciones de determinadas disposiciones de la presente Directiva siempre que resulten necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones, tal y como se garantiza en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; que por lo tanto, para ponderar estos derechos fundamentales, corresponde a los Estados miembros prever las excepciones y las restricciones necesarias en lo relativo a las medidas generales sobre la legalidad del tratamiento de datos, las medidas sobre la transferencia de datos a terceros países y las competencias de las autoridades de control sin que esto deba inducir, sin embargo, a los Estados miembros a prever excepciones a las medidas que garanticen la seguridad del tratamiento; que, igualmente, debería concederse a la autoridad de control responsable en la materia al menos una serie de competencias a posteriori como por ejemplo publicar periódicamente un informe al respecto o bien iniciar procedimientos legales ante las autoridades judiciales;”

³⁹ Artículo 9: “Tratamiento de datos personales y libertad de expresión. En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.”

De este modo, la sentencia no da respuesta ni a la general cuestión de si la protección de datos –y su regulación comunitaria- es una barrera a la libre expresión en internet, ni a las interesantes alegaciones de que la autorización previa –en forma de consentimiento, medida concreta de la Directiva - para difundir información personal en internet puede constituir una injerencia desproporcionada en la libre expresión. Tampoco se da contestación a la –en palabras del gobierno británico- difícil justificación de porqué una información de prensa [en papel] con datos personales no ha de tener un régimen de restricciones tan estricto como si se trata de su difusión en internet, que es un tratamiento automatizado de datos. En este punto, los datos de los medios de comunicación clásicos se consideran en España una fuente de acceso público, pero no pasan a serlo por su difusión a través de la red. La cuestión, obviamente, necesitará de su desarrollo.

1. 2. TEDH: La trascendencia jurídica del hecho de que un material ilícito circule por la red. El caso memorias del médico de Mitterrand

No cabe duda de que la doctrina desarrollada por el TEDH sobre la libertad de expresión⁴⁰ (artículo 10 CEDH)⁴¹, reconocida,

⁴⁰ Sobre el particular hay que destacar dos trabajos, CATALÁ I BAS, ALEJANDRO H., *La libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2002 y, más recientemente y también muy completo, LAZCANO BROTONS, Íñigo, “Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Gobierno Vasco, Thomson-Civitas, 2004, págs. 356-443.

⁴¹ Artículo 10. Libertad de expresión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen 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

además “sin consideración de fronteras”, va a ser crucial para el tratamiento de internet en el ámbito mundial y europeo, como factor de necesaria homogeneización nacional. Sin embargo, es llamativo que no haya ni un solo caso significativo ni sobre internet en general, ni de su vínculo con la libre expresión. Sólo se conecta el fenómeno en la Sentencia (Sección 2ª), de 18 mayo 2004, caso *Plon (société) v Francia* por la que el Tribunal Europeo resuelve un conflictivo y conocido caso: el libro del médico personal de Mitterrand a los pocos días de su muerte⁴². A los diez días de la publicación hubo una prohibición temporal de distribución y, nueve meses después, en octubre de 1996 el Tribunal Grande de París obligó a indemnizar por la publicación del libro y mantuvo de forma indefinida la prohibición de su difusión.

El TEDH considera que el mantenimiento de la prohibición de distribución desde octubre de 1996 fue incongruente y desproporcionado⁴³, dado que antes de la prohibición el libro se difundió libremente durante 10 días, con 40.000 copias vendidas y, sobre todo, que el libro había sido difundido después por internet, con acceso libre, siendo sujeto de un considerable debate en la red. Por ello, la información del libro ya no era, en la práctica, confidencial, por lo que la preservación de la confidencialidad médica no era un argumento ya de entidad, ni

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.”

⁴² Se trata de la publicación en enero de 1996 por parte de su médico personal (Dr. Gubler) y a los diez días de la muerte presidente de la República francesa F. Mitterrand, de un libro (*Le Grand Secret*) en el que se describía la evolución de su enfermedad y tratamiento.

⁴³ (& 53 y ss.) Así lo considera porque ya habían transcurrido nueve meses desde la muerte y el daño a sus familiares ya no era el mismo. En todo caso, señala que a más tiempo transcurrido, más prevalece el interés general y relevancia de la muerte del presidente sobre los derechos individuales y la confidencialidad médica. Subraya que una vez la confidencialidad se había roto, con una respuesta penal y disciplinaria, el paso del tiempo abre la puerta al interés público.

podía considerarse una necesidad social importante (“pressing social need”) para mantener la prohibición⁴⁴.

De este modo, el Tribunal no se sujeta a la opinión del gobierno francés de que “el hecho de que el libro fuera difundido en la red no afecta la ilegalidad de la información que contiene. Su difusión en esta forma sólo fue posible por haber estado una vez a la venta, y porque la mayoría de los servidores de internet que lo difundieron estaban fuera del ámbito de actuación de las autoridades francesas”⁴⁵.

Hay que decir, en todo caso, que este argumento de la difusión en la red juega un efecto *boomerang*, finalmente, en contra de las aspiraciones de la parte actora. Y es que a la hora de valorar el daño producido por la prohibición de la publicación, no se concede indemnización alguna. Ello es así porque se entiende muy relativo el interés por comprar el libro nueve meses después del evento, especialmente estando disponible en la red⁴⁶.

Así las cosas se observa que el hecho de la difusión ilegal de contenidos en la red sí que produce efectos jurídicos, como es el caso, intensificar el valor jurídico de la relevancia e interés público en la difusión de la información, al tiempo de debilitar los

⁴⁴ § 53 “Furthermore, by the time of the civil court's ruling on the merits not only had some 40,000 copies of the book already been sold, but it had also been disseminated on the Internet and had been the subject of considerable media comment. Accordingly, by that stage the information in the book was to a large extent no longer confidential in practice. Consequently, the preservation of medical confidentiality could no longer constitute an overriding requirement (see, *mutatis mutandis*, *Weber v. Switzerland*, judgment of 22 May 1990, Series A no. 177, p. 23, § 51; *Observer and Guardian*, cited above, p. 33, §§ 66 et seq.; *Vereniging Weekblad Bluf!*, cited above, p. 20, § 41; and *Fressoz and Roire*, cited above, § 53).”

⁴⁵ § 38. “The fact that the book had been disseminated on the Internet did not affect the unlawfulness of the information it contained. Its dissemination in that form had been possible only as a result of its having been on sale for one day, and as most of the sites concerned were hosted on foreign servers, it was impossible for the French authorities to “take legal action”.

⁴⁶ & 61 “It is impossible to say whether by that date, nine and a half months after President Mitterrand's death, the public would still have been interested in buying the book, especially as it was available on the Internet.”

valores e intereses jurídicos que justifican la restricción de la difusión de la información.

2. El uso sindical de las nuevas tecnologías para difusión y protesta

Como se afirmaba al inicio, a diferencia de otros ámbitos, la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral sí que ha dado lugar a una importante producción judicial. Por lo que aquí interesa, se da una conexión con la libertad de expresión e información en tanto en cuanto el ejercicio sindical de estas libertades las hace formar parte del contenido esencial de la libertad sindical. Y la información –y la misma protesta- sindical se lleva a cabo, cada vez más, aprovechando los medios informáticos, lo cual genera diversos conflictos jurídicos de interés.

De la primera sentencia se observará, de un lado, cómo el juicio de si se está dentro o no de los márgenes de la libertad de expresión se adecuan –flexibilizan- mucho al contexto de conflicto sindical y al mismo de que se trate de una difusión panfletaria en la red. De otro lado, podrá seguirse también una interesante exención de responsabilidad por *colgar* información no propia.

De la importante sentencia del Tribunal Constitucional, hay que subrayar lo sugerente que resulta para fundamentar obligaciones positivas de información, de derechos de uso de las nuevas tecnologías que no son propias, etc. como integrantes de un derecho fundamental. Aun excluyendo que el derecho fundamental obligue a dotarse de TICs, sobre la premisa fáctica de la existencia de las TICs (pensemos en las TICs de las diversas administraciones públicas), pueden construirse derechos positivos de su uso para el ejercicio de libertades públicas y de información. Quizá en el futuro este tipo de construcciones –aquí reservadas al ámbito reforzado de la libertad sindical- se vayan generalizando en el ámbito educativo, de transparencia y acceso a la información pública, etc.

2. 1. *El caso CCOO vs. El Corte Inglés*

La sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio, dirime un conflicto sindical con una importante empresa, El Corte Inglés y el supuesto aquí interesa especialmente por cuanto a la general vinculación de la libertad de expresión y los derechos informativos de una organización sindical, ejercidos a través de medios telemáticos y electrónicos.

La sentencia recurrida consideró admisible el despido de dos representantes sindicales, al considerarles “cooperadores necesarios” de la difusión electrónica de un panfleto en el que se contenían calificativos insultantes o vejatorios para la empresa como organización, para su “staff” directivo y para miembros de otros sindicatos. De dicho panfleto no constaba autoría, si bien se responsabilizó a la sección sindical de CCOO por su difusión a través de una página *web* www.corty.net (de la que era titular la Federación de Comercio de Andalucía de CC OO)⁴⁷.

Frente a la sentencia recurrida, el Tribunal parte de la premisa de que el contenido del panfleto no era una extralimitación del derecho a la libertad de expresión, por lo que no procedía el despido⁴⁸. Como consecuencia, el examen jurídico pasa a girar en torno a si el despido era improcedente o nulo por lesión de derechos fundamentales. Aquí, y esto tiene verdadero interés, la sentencia viene a considerar que no se puede responsabilizar a los representantes sindicales por dar difusión a

⁴⁷ Así era en el momento de los hechos, puesto que después, según se expone, El Corte Inglés recuperó el dominio merced a un laudo favorable del *Administrative Panel de WIPO Arbitration and Mediation Center*.

⁴⁸ Tras unas muy interesantes reflexiones sobre la historia de la agresividad del lenguaje de conflicto obrero, el tribunal afirma que “el lenguaje empleado en la octavilla no deja de ser simplemente eso, provocador, acudiendo a ciertas licencias metafóricas, y esencialmente a la caricatura, ambas tan habituales en medios de comunicación y en todo tipo de conflictos laborales, lenguaje que desde el inicio de la lucha sindical con mayor o menor acierto, ha venido siendo siempre el mismo. No justificamos con nuestro argumento un lenguaje vejatorio o insultante que exceda los límites de lo usual en el marco del activismo sindical: el lenguaje es desabrido y disgusta, y serían deseables mejores cauces y formas de expresión, pero el pluralismo y la tolerancia, la esencia de la democracia, debe tolerar tales usos en las relaciones laborales colectivas y sindicales, caracterizadas por la crítica ácida y la gramática dura.”.

lo que cualquiera puede encontrarse en la calle, como no se puede responsabilizar a un medio informativo por difundir la información de otro autor. La información estaba en la red a la que todos pueden acceder. En sus palabras:

“ni puede calificarse su conducta como de cooperación necesaria y ello por tres sencillas razones: 1) se limitaron a ser simples mensajeros del Sindicato y su conducta no es sancionable, como no lo es la del medio informativo que difunde un contenido presuntamente injurioso como proveniente de otro autor; 2) la extensión de responsabilidad que hace la sentencia permitiría su ampliación a extremos insospechados: así al trabajador que se limita a enseñar a un compañero el pasquín encontrado en la calle; y 3) cualquiera accediendo a la página web pudo conocer el comunicado.”⁴⁹

Por todo ello, se considera finalmente que la verdadera intención de la empresa fue la de expulsar de su seno a los representantes de los trabajadores por el Sindicato CC OO que le eran especialmente molestos, por lo que considera el despido lesivo de derechos fundamentales.

2. 2. La importante sentencia del Tribunal Constitucional en el caso CCOO vs. BBVA y el uso sindical del correo electrónico del empresario

En la sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional afronta directamente la cuestión del uso sindical de los medios electrónicos y tecnológicos de la empresa. Ciertamente es que en una anterior sentencia de este Alto Tribunal se enjuiciaba un despido causado, entre otras causas, por el uso de

⁴⁹ “Concluimos, por tanto, que la legalidad del despido enjuiciado es sólo aparente por cuanto: 1) los trabajadores demandantes no incurrieron en actuación sancionable; 2) el comunicado no excede de los límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la libertad sindical; 3) el contenido del documento podía ser conocido independientemente de la distribución efectuada por los demandantes; 4) igual distribución se hizo en otras provincias sin injerencia disciplinaria por parte de la empresa”.

internet como medio de difusión de información y de protesta, sin embargo, el hecho no tuvo trascendencia jurídica alguna⁵⁰.

Desde el día 2 de febrero de 1999 el sindicato CCOO enviaba por correo electrónico, desde un servidor externo (comfia.net⁵¹) y a través del servidor interno del grupo BBVA, mensajes de información sindical a sus afiliados y trabajadores de este banco, sin su oposición. Sin embargo, el 13 de febrero de 2000 envió nuevos mensajes que fueron rechazados por el servidor de la empresa, lo que también ocurrió en varias ocasiones más ese mes y en noviembre de 2000. Este rechazo fue motivado por la avalancha de correos masivos procedentes de la dirección comfia.net. Ante el desmesurado tamaño de las colas de espera, el grupo BBVA decidió filtrar la entrada desde aquella dirección, siendo rechazados los mensajes, con notificación al remitente. El 26 de septiembre de 2000 la empresa dictó normas de actuación para el uso racional del correo electrónico. Entre las “Prácticas a evitar” se señalaba la posibilidad de sanción por remisión de correos ajenos a la finalidades laborales⁵². El sindicato⁵³ recurrió

⁵⁰ Según se expone en los antecedentes “El ahora demandante de amparo acordó igualmente, junto con otros, remitir este comunicado durante el mes de agosto a Travel Plan, Jumbo Canarias y Urbis, que presentaron las correspondientes reclamaciones mediante llamadas y escritos a la dirección comercial del hotel. Acordaron también enviar a la Unión Internacional de los Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabacos y Afines información respecto de la situación que se venía viviendo, *información que fue publicada en la página de esta entidad en internet, en la que se solicitaba igualmente el envío de mensajes de apoyo al presidente del comité de empresa y de mensajes de protesta* al presidente y director general del grupo Expo Hoteles Mare Nostrum Resort. Asimismo la citada organización internacional incluyó al complejo como «lugar no recomendado», dadas las inaceptables condiciones de trabajo, el incumplimiento del convenio y el despido de trabajadores por la realización de actividades sindicales.”

“El haber confeccionado y dirigido con su sindicato un escrito a las agencias de viaje y mayoristas habituales proveedores de clientes del complejo, coaccionándoles al anunciarles molestias a los clientes durante su estancia en el establecimiento, así como el haberse dirigido con la misma finalidad a mayoristas y tour-operadores *vía internet*, facilitando información reservada al sindicato.”

⁵¹ Comfia se corresponde con Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras.

⁵² Se decía: “El correo electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a éstos fines son por tanto considerados

estas instrucciones, con soluciones dispares de la Audiencia Nacional⁵⁴ y el Tribunal Supremo⁵⁵.

Frente al Tribunal Supremo, en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional estima el amparo y reconoce con cierta precisión el derecho de uso de los medios tecnológicos de los que ya dispone la empresa para la información sindical.

En la sentencia se recuerda que el contenido de la libertad sindical incluye también el de “desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden [a los sindicatos] (por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).” (FJ 3º). Como en ocasiones anteriores, se señala que “la información sindical forma parte del contenido

inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como *spam*) es una práctica rechazable, y, dependiendo de las circunstancias que concurran, puede llegar a ser perseguible”. Así las cosas, no era expresa la prohibición del uso sindical, pero sí implícita.

⁵³ COMFIA-CC OO planteó demanda de conflicto colectivo.

⁵⁴ La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó Sentencia con fecha 6 de febrero de 2001. La misma estimó parcialmente la demanda y declaró el derecho a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (*e-mail*), aunque con la mesura y normalidad inocua con las que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno de la empresa.

⁵⁵ Recurrida la anterior por el BBVA, se dictó sentencia de 26 de noviembre de 2001 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que estimó el recurso de casación. El Tribunal Supremo acusó la de falta de precisión de la Sentencia de la Audiencia Nacional al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconocía, a la vez de que no lo consideraba fundamentado jurídicamente al no contar con soporte normativo que desarrollase necesariamente este derecho de uso sindical de las tecnologías del empresario. El alto tribunal ordinario tras descartar la adquisición del derecho por consentimiento en su ejercicio, considera que no existe norma jurídica alguna que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las secciones sindicales. La utilización de este sistema, prosigue, puede ser objeto de negociación colectiva o de acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras dicho acuerdo no se obtenga, su empleo debe ser expresamente consentido por la demandada. La LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir la información sindical, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para su perfeccionamiento.

esencial del derecho fundamental, que el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte siempre que respete la normalidad productiva, y que el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo.”⁵⁶

Para fundamentar la sentencia, se discierne entre el contenido esencial del derecho, los derechos y facultades adicionales fijados por regulación de desarrollo⁵⁷ y los derechos de concesión unilateral del empresario⁵⁸. La vulneración –con motivación antisindical- incluso de estos últimos derechos puede llegar a suponer una lesión de la libertad sindical.

En el caso del uso del correo electrónico, se señala que no hay obligación de base legal por lo que las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”⁵⁹. Ahora bien, si la tecnología está implantada en la

⁵⁶ “[E]l derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un “elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 3º), una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental.” (FJ 4º).

⁵⁷ “[L]os sindicatos pueden ostentar derechos o facultades *adicionales*, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. [...] de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece”. (FJ 3º)

⁵⁸ “[P]ueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000, de 16 de mayo, y 269/2000, de 13 de noviembre). En estos casos, [...] el empresario [...] podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Pero, no exento control, puesto que voluntad empresarial [...] en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, de 13 de noviembre, FJ 5).” (FJ 3º).

⁵⁹ FJ 5º: “que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS”.

“Resulta claro que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto, pues

empresa –hecho constatable-, se centra el debate en “la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6º). Sobre estos términos, el Tribunal señala que la resistencia al uso de las TICs del empresario para la información sindical, necesita “justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario” (FJ 7º). Afirma que no se pueden oponer razones de derecho de propiedad del empresario, puesto que la titularidad permanece⁶⁰. Por ello, se consagra la carga del empresario que cuenta con medios informáticos de que los ponga a disposición de los sindicatos para su goce pacífico, sin que unilateralmente pueda privar a los sindicatos de su empleo, con posibilidad de acudir a los tribunales si lo hace⁶¹. En todo caso, el Tribunal fija las condiciones para ello⁶²:

sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual. Una lectura extensiva de ese estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional de la libertad sindical, según la cual “no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo (STC 61/1989), ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline *a priori* por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental” (STC 18/2001, de 29 de enero, FJ 2).”

“No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical.”

⁶⁰ “No pueden oponerse a esa conclusión los elementos estructurales de la definición misma del derecho a la propiedad privada. Señaladamente porque la propiedad no resulta en ningún modo desatendida por la utilización sindical de ese tipo de instrumentos empresariales, ya que su uso no la modifica. Que dicho uso no supone por sí mismo una ablación de la propiedad lo demuestra simplemente el hecho de que como consecuencia de él no pierde el empresario su titularidad de la herramienta de producción a través de la cual transmite el sindicato su información a los trabajadores.” (FJ 7º).

⁶¹ “En conclusión, sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por

- la comunicación sindical no podrá perturbar la actividad normal de la empresa.

- Debe armonizarse el uso empresarial y sindical de la tecnología, prevaleciendo en conflicto el uso empresarial. Para ello la empresa puede regular el uso sindical del medio electrónico, sometiéndolo a límites, no absolutos.

- El uso sindical no debe no puede “ocasionar gravámenes adicionales” al empresario.

El voto particular⁶³ excluye que en modo alguno pueda encajarse en el contenido esencial de la libertad sindical el uso del correo electrónico, sino a lo sumo, como derecho adicional dependiente de la normativa que se desarrollase, para que en su caso el derecho resultase afectado⁶⁴.

la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados.” (FJ 7º).

⁶² “Tales condiciones o restricciones son las siguientes:

a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa.

b) Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos.

c) [...] la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.” (FJ 8º).

⁶³ Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas.

⁶⁴ “El uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación de propiedad de la empresa no creo que en modo alguno pueda insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad, precisada para la existencia de una determinada base normativa o convencional.”

3. Dos casos expresivos de la propiedad intelectual como elemento de conflicto con el mundo “alternativo” de internet

La pugna de medios de comunicación clásicos y entidades de gestión con los nuevos fenómenos de internet se ha manifestado escasamente aún ante nuestros tribunales, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos y la dura batalla judicial frente a las severas normas de protección de la propiedad intelectual⁶⁵. Como a continuación se expone, en España la primera *batalla* evitó el monopolio por los medios de comunicación clásicos de su producto informativo, con la posibilidad de “liberarlo” en cierto modo al mundo de internet. En el segundo caso estudiado, el conflicto se lidia indirectamente entre dos contendientes directos: la Asociación de Internautas y la SGAE. Y es que el conflicto jurídico en este supuesto se da en el terreno de la responsabilización por contenidos lesivos del prestigio en la entidad gestora y sus directivos por parte de la Asociación.

3. 1. El caso del posible canon para el “press clipping”: un ejemplo de la batalla entre los nuevos y viejos medios de comunicación en la red a través de la propiedad intelectual

Tiene interés para el ámbito de internet la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2004, (caso *Gedeprensa*)⁶⁶. Todos los importantes grupos de

“La negativa de la empresa a que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquélla sólo puede afectar al derecho sindical si previamente se ha justificado sobre una base jurídica inequívoca el derecho del sindicato al uso de ese instrumento tecnológico, y creo que esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en nuestra Sentencia.”

⁶⁵ Sobre esta activista lucha judicial, por todos, LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, traducción de Antonio Córdoba/Elástico, 2004, este libro se encuentra disponible en la página web <http://www.elastico.net/archives/001222.html>.

⁶⁶ Esta resolución está disponible en http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act_cyb/competencia/competencia014.html (5/3/2005).

comunicación españoles⁶⁷ se unieron en frente común para conseguir que el órgano *bautizase* legalmente la creación de una entidad gestora de derechos de propiedad intelectual para la elaboración de resúmenes de prensa (*clipping*), Gedeprensa⁶⁸, frente a algunas prácticas de *press clipping* que proliferan en internet.

La resolución puede tener algún interés en el ámbito de la lucha jurídica que se plantea a través de la propiedad intelectual frente a nuevos medios alternativos en internet que, en muchos casos, reproducen información proveniente de los medios de comunicación clásicos, los cuales han pretendido frenar algunas prácticas contrarias a sus intereses empresariales. El intento de los grandes grupos de comunicación no tuvo mucho éxito, en esta ocasión.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, como recuerda Boix⁶⁹, consideró que la libertad de expresión e información impulsaba a denegar dicha pretensión. Diversos intereses públicos contenidos en las informaciones impedían tratarlas estrictamente como mercancías y llevar a introducir restricciones que habrían convertido en ilícitas actividades que, hasta este momento, no han tenido nunca esta consideración ni a partir de lo previsto en la Constitución ni como consecuencia de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual⁷⁰. Posteriormente, y

⁶⁷ Corporación de Medios de Nuevas Tecnologías SLU., Prisacom, SA., Unidad Editorial SA, Recoletos Grupo de Comunicación SA, y Grupo Godó de Comunicación SA.

⁶⁸ En concreto, solicitaban una declaración de no inclusión entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y, subsidiariamente, una autorización singular para iniciar las actividades de cobro por los presuntos derechos a partir de la creación de Gedeprensa.

⁶⁹ Recientemente en BOIX PALOP Andrés y LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, "Derecho y cuarto poder en la era digital", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 130, Madrid, octubre-diciembre (2005), págs. 73-108 y en "Soporte digital, autoría e industria cultural", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 131, Madrid, enero-marzo (2006), págs. 53-86.

⁷⁰ La resolución hace un prolijo seguimiento (fundamentos 13 y ss.) de los posibles límites a los derechos de explotación de la información de los medios de comunicación difunden y el encaje normativo de los resúmenes de prensa. Afirma que la "indefinición legal del término "revista de prensa" permite que se desarrolle y se

ante el recurso de Gedeprensa ante la Audiencia Nacional, esta posición ha sido también respaldada en sede judicial⁷¹.

Cabe señalar que la recién aprobada reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en junio de 2006, excluye el pago de un canon a las empresas periodísticas por la reproducción de sus contenidos y reconoce el derecho de “cita” para “las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa”, bajo unos condicionantes para el caso de que realice con fines comerciales⁷².

consolide una actividad como la de *press clipping*, de espaldas completamente a la supuesta propiedad intelectual que utiliza como insumo fundamental.”

Señala, finalmente, que:

“16. El “resumen de prensa”, asimilado a “revista de prensa” sin más y con la consideración o no de “obra derivada”, en tanto que “recopilación periódica”, tiene un límite a los derechos de autor, a través del cual el legislador hubiera querido asegurar la posición prevaleciente de derechos como los del artículo 20 de la Constitución Española de 1978. De esta forma, la información, como bien público, al pasar por el tamiz de los medios de comunicación social, no solamente se difunde, sino que se convierte en un bien privado, siquiera de forma fugaz, para que, una vez publicada como obra colectiva, pierda, en ciertos casos, esa condición y recupere la de bien público”.

⁷¹ Al texto de dicha resolución judicial no se ha accedido.

⁷² Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza: “1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

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.”

De otra parte, el artículo 33, sobre “Trabajos sobre temas de actualidad” dispone que “1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos 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

3. 2. *El muy interesante caso “putasgae”: internautas contra la SGAE*

La Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero desestima la apelación de un caso muy significativo en el mundo de la red. Se trata de un conflicto entre el colectivo contrario a la exigencia de un canon en los soportes electrónicos⁷³ para la realización de copias privadas, frente a la Sociedad General de Autores, la SGAE, blanco constante de todas las posiciones *libertarias* en la red. En concreto, el conflicto se da con la Asociación de Internautas, siendo el anclaje de la responsabilidad en ella uno de los problemas principales del supuesto. Ello es así en tanto en cuanto el conflictivo dominio “www.putasgae.org”⁷⁴ aparecía en el registro de nombres de dominio como de titularidad de la Asociación de Internautas y, además, porque los contenidos bajo la plataforma y logotipo “*putasgae.org*” se alojaron en el subdominio dependiente de la Asociación de Internautas⁷⁵.

El conflicto, del que según consta a quien suscribe penden todos los recursos posibles, expresa en cierto modo una de las pugnas del mundo libertario de la red. Hay que decir que la sentencia que ahora se comenta, ciertamente, no está a la altura de las circunstancias por cuanto a su redacción, exposición y, sobre todo, argumentación.

El juzgador considera intromisiones ilegítimas en el honor de la SGAE, de un lado, el nombre mismo del dominio utilizado también por la Plataforma de Coordinación de Movilizaciones

derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.”

⁷³ La campaña se hacía a cargo de la “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE”, ubicada en el dominio www.putasgae.org, que redirigía a una página alojada en el dominio de la Asociación de Internautas.

⁷⁴ Cabe señalar que en 2002 la SGAE acudió al entonces recién inaugurado sistema arbitral de la OMPI para conseguir el dominio www.putasgae.com (en este supuesto es el .org). La SGAE obtuvo ese dominio –para neutralizarlo- en un –a mi juicio- conflictivo laudo.

⁷⁵ <http://antisgae.internautas.org> (que era donde reenvía el dominio www.putasgae.org).

contra la SGAE reproducido a modo de logo en todas las páginas del sitio (“*putasgae*”). De otro lado, juzga como lesivas las expresiones muy críticas con la finalidad y acciones de la SGAE⁷⁶ y contra la persona concreta de su Presidente⁷⁷. Cabe señalar que la “Plataforma Antiesgae”, desde el 29 de enero de 2002 tuvo 548.811 visualizaciones, no sólo a nivel nacional sino también internacional.

Varios son los problemas de interés. El primero, la consideración de si hubo una lesión el derecho al honor de la SGAE. Al respecto, el tribunal afirma la extensión del derecho al honor a la persona jurídica⁷⁸ y considera que si se ha

⁷⁶ Según se reproduce en la sentencia, en dichos contenidos se “tilda a la entidad demandante como «banda desocupados», «nuevos pícaros» y de «supuestos autores» que cobran sus buenas dietas y sus largos kilometrajes «por tocarse los cojinetes», se la descalifica con apelativos como «SGAE de prácticas mafiosas», «pandilla de mafiosos», se la desprestigia como expresiones como «autores de nuestros amores, la SGAE lo que quiere es que vosotros os partáis la cara por ella sin que la entidad sufra mucho los contratiempos que vienen después», «a quien hay que defender es a los autores y la SGAE, por más bonito que lo pinte, nos lo defiende. Quiere sostener un sistema que extorsiona tanto a los autores como a los consumidores...», «la SGAE arropa descaradamente a los intereses de las multinacionales discográficas sobre los de los propios autores», «total, pagan los autores... y a la SGAE éstos se la traen floja»; «son unos putos chorizos»; se descalifican los intereses de la sociedad como «sucios intereses», se les atribuye llevar a cabo «redadas fascistoides contra la hostelería», no faltando quien, sin ambages, propone bloquear las comunicaciones por internet de la entidad (¡yo propongo que pasemos a la acción y les jodamos como lo hacen ellos con nosotros!) ofreciendo hasta un programa informático para ello; recoge expresiones como «a estos simpáticos les gusta más irse al juzgado que a un tonto una caja de zapatos».”

⁷⁷ “Llega la demandada, se indica en la demanda, al paroxismo injuriante, al calificar las actividades de la sociedad demandante con expreso cinismo «nos importa un pijo que la Ley esté de vuestro lado», se llega a decir en alguno de los artículos «de robo», «matones a sueldo»; llegando a centrar sus expresiones en el persona del Presidente de la sociedad codemandante, también como aquél, con afán de que el daño y el desprestigio sea lo más efectivo posible y, por ende, su dignidad, acusándolo nada menos que de haber convertido la entidad en un «garito» y se la califica lisa y llanamente de «inquisidor», «tropa», «granuja», tratando de presentarlo como una persona que no está en sus cabales.”

⁷⁸ “La jurisprudencia que residenciaba en el artículo 1902 del Código Civil el ataque al prestigio de las sociedades, fue enmendada -como declara la sentencia de 24 de mayo de 1994 - por la Sala, al admitir que los ataques al prestigio profesional cabe encuadrarlos en la defensa de su honor (SS. de 11-6-1990, 22-3-1991 y 20-12-1993); desde la precedente doctrina jurisprudencial no ofrece duda que el ámbito de protección al derecho al honor, alcanza a la entidad demandante”.

vulnerado⁷⁹. Esta apreciación es discutible para quien suscribe. El contexto, el medio, la relevancia pública del tema y la persona jurídica de que se trata –la SGAE- y que sea una persona jurídica son factores que –a mi juicio- habrían de haber conducido a que no se considere una intromisión ilegítima ni el dominio “*putasgae*” ni los contenidos conflictivos⁸⁰.

El segundo problema –y más discutible, si cabe- es el de la fijación de la responsabilidad por la intromisión cometida a través de internet y, en concreto, su personalización en la Asociación de Internautas.

Uno de los anclajes de la responsabilidad en esta asociación es que ella figuraba como titular registral del dominio www.putasgae.org, condición que niega la Asociación de Internautas. La asociación señala que más allá de la titularidad formal debe buscarse a quien “ostenta su verdadero control que se evidencia y se debe acreditar con el pago de los correspondientes derechos o tasas del mismo o bien mediante el correspondiente ‘login’ de acceso y de contraseña que permiten el control del dominio”. Sin embargo, el Tribunal observa que el hecho de que la Asociación constase como registrante del

⁷⁹ Pese a que la sentencia utiliza varias páginas en reproducir doctrina asentada, no se argumenta sobre la base de los criterios jurisprudenciales. Simplemente afirma que “no nos ofrece duda que los contenidos a los que la demanda se refiere integran un ataque al honor de los demandantes, pues extravasen con mucho lo que es el derecho de información e incluso la libertad de expresión, de que van teñidos desde la expresión «putas» delante de las siglas de la demandante, perfectamente identificable, además de las expresiones con que se tildan a los demandantes que ningún sentido tienen explicativo, sino injurioso y vejatorio”.

⁸⁰ Sin que sea objeto directo ahora de interés, creo que el mismo dato de los más de medio millón de accesos delata la verdadera relevancia pública de la cuestión, habitualmente objeto de debate nacional, así como el hecho de que la persona jurídica de que se trata se una de las más importantes y sometidas al debate y crítica públicas en España. El mismo hecho de la habitual conflictividad jurídica con la SGAE de diversos colectivos, afecta también al contexto en el que se producen las expresiones. Asimismo, que el medio en el que se produzcan las expresiones sea tan específico como una página de internet dedicada a la crítica, accesible voluntariamente por quienes quieren encontrar este tipo de contenidos en la red, habría, también de ser determinante. Que la persona jurídica sea titular del derecho al honor –cosa siempre discutible- en todo caso no elude la realidad de que la protección propiamente constitucional se debilite frente a los ataques a personas físicas. Creo que todo ello podría haber derivado en considerar el discurso protegido por la libertad de expresión.

dominio, aun para el caso de no ser cierto, “cuando menos le obliga a articular prueba para destruir esa más presunción de titularidad, prueba que no articula”. A mi juicio, sí se da una conexión material de *putasgae* con la Asociación al menos indiciariamente al punto de exigir una prueba en contra. No obstante, también es cierto que cualquier usuario –y más cualquier usuario avanzado- puede con absoluta facilidad registrar un dominio genérico de primer nivel (.com, .net., .org) a “nombre” de quien quiera (del Presidente del Gobierno mismo), y cambiarla en cualquier momento. De ahí que haya de tenerse cuidado con este criterio en la atribución de responsabilidad por la figuración registral como titular de un dominio.

Además del criterio de la titularidad, es destacable que la sentencia fija la responsabilidad en la Asociación sin detenerse en criterios de la LSSICE, sino acudiendo teóricamente a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo⁸¹. De hecho, se afirma tajantemente que el criterio esencial es el “efectivo conocimiento” de los contenidos ilícitos y “la posibilidad técnica de control de la información”⁸².

Sobre estas bases, el Tribunal aprecia la connivencia de la Asociación al facilitar el espacio *web* a los contenidos de “*putasgae*” en su subdominio “*antisgae*”. El tribunal no tiene en cuenta la alegación de la Asociación de que su actuación fue diligente, pues nada más tener conocimiento de la existencia de la demanda se retiraron los contenidos diligentemente, no como maniobra de ocultación de pruebas⁸³. Tampoco aprecia el hecho

⁸¹ “Se señala asimismo que su regulación particular, “tal normativa no excluye la aplicación de otras, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Protección Civil del Derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”.

⁸² “la responsabilidad por las intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen, no se ha de derivar sólo al autor de la información, sino también al intermediario, que soluciona los contenidos y los introduce en la red, poniendo a disposición de los usuarios una determinada información, ya sea en una página Web, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de que procede entender responsable al creador y el editor de la información, y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información”.

⁸³ “[S]eñala [la parte apelante] que en un espacio muy breve de tiempo nada más tener conocimiento de la existencia de la demanda iniciadora del procedimiento que

de que el subdominio de la asociación donde se alojaban los contenidos de “*putasgae*” era el no insultante “*antisgae*”.

Lo que sí aprecia el tribunal como elemento coadyuvante a demostrar la responsabilidad de la Asociación es la coincidencia de fines con la plataforma “*putasgae*” –no de las formas - en contra de la SGAE y el canon⁸⁴. Ello lleva al Tribunal a afirmar que “llegamos 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.” Estos criterios de responsabilización, abstrayéndolos de este caso particular, podría llevar a que la sindicación o el enlace a contenidos de otros fuera un criterio de imputación de responsabilidad por los contenidos enlazados o sindicados, cuestión sobre la que, cuanto menos hay que guardar muchas cautelas.

Finalmente, y con directa relación a lo anterior, también tiene interés la alegación de la conocida doctrina del reportaje neutral⁸⁵ para eximirse de responsabilidad por la parte de la Asociación. Así, afirman que en el subdominio del que se trataba se reproducen contenidos de otros, simples y llanas reproducciones de contenidos ajenos de otras publicaciones y de opiniones vertidas en otros foros de internet⁸⁶, lo que, para la Asociación,

motiva este recurso, requirió formalmente a los integrantes de la citada plataforma para que retiraran de inmediato todos y cada uno de sus contenidos a los que podía accederse desde el espacio *web* habilitado en el servidor de la entidad demandada, considerados afrentosos por los demandantes, de forma cautelar y hasta que se resolviera el procedimiento, requerimiento que fue atendido, sin que así se hiciera como maniobra para destruir pruebas.”

⁸⁴ Se trata de una posición reconocida por la Asociación: “evidente que sí es autora de multitud de noticias, iniciativas y campañas dirigidas esencialmente en contra de la entidad demandante por causa o motivo de la remuneración compensatoria o canon por los soportes digitales vírgenes, pero sin que ninguna de ellas haya merecido reproche por los demandantes”.

⁸⁵ La misma se comenta en el apartado relativo a diversas vías de exención de responsabilidad.

⁸⁶ Se alega que la *web* era un simple “mirror” o simple copia de los contenidos elaborados por la Plataforma, que son los únicos que tienen la posibilidad o facultad de incluir o quitar los contenidos que ellos elaboran, que sólo posibilitan un espacio en un servidor de internet para que esos otros dispusieran de sus propios contenidos,

entraría de lleno la exención de responsabilidad por reportaje neutral⁸⁷.

No obstante, la sentencia se despacha con un simple argumento frente esta interesante alegación: “se procede a la recopilación para hacer propios los contenidos [externos]”⁸⁸. Sin perjuicio de que en un supuesto como el presente habría que determinar qué tipo de contenidos se trata, su autoría y naturaleza, selección, etc. no cabe duda del interés de la alegación de esta vía de exención de responsabilidad para muchos supuestos, así como de la peligrosidad de aplicar tal argumento de forma general para cualquier reproducción de contenidos en la red, absolutamente habitual.

opiniones e informaciones, pero sin tomar parte alguna en su elaboración ni divulgación.

Se afirma en este sentido que la Asociación de Internautas mantiene una neutralidad respecto de tales contenidos ajenos y una simple gestión técnica consistente en habilitar un espacio (antisgae.internautas.org) para que los integrantes de la Plataforma en cuestión dispusieran lo que tuvieran por conveniente, sin realizar interferencia ni control alguno.

Añade en su defensa que la Asociación “se ha limitado a habilitar un espacio *web* a disposición de esa comunidad electrónica denominada Plataforma de Coordinación para las Movilizaciones contra la SGAE, careciendo de cualquier autoría o intervención, pero sin realizar sobre los mismos actuación e intervención alguna, y por tanto sin responsabilidad alguna, siendo simple intermediario, manteniendo una posición neutral”.

⁸⁷ Según recoge esta sentencia, “conviene también señalar con la STC de 23-4-2004, que la doctrina del “reportaje neutral”, SSTC 15-2-1994, 13-1-1997, 15-7-1999, sólo es aplicable a los casos en los que las informaciones u opiniones controvertidas son las transcripciones, o quien las divulga afirma que lo son, de lo dicho o escrito por un tercero; circunstancia de capital importancia a los efectos de establecer qué veracidad es la exigible a una información que ha consistido en narrar lo que otros han dicho o escrito”.

⁸⁸ Hay que decir, en todo caso, que su contestación es más amplia, y menos clara:

“sin que puedan venir amparadas en la tesis del reportaje neutral, y desde lo antes considerado en relación con la titularidad del dominio también indicado, y de lo expresado en orden a la responsabilidad también referida, pues se rompe la neutralidad cuando son varios medios los que difunden información o manifiestan expresiones con plena autonomía, sin que haya de demandarse a todos, máxime como en supuestos como el de autos en que se procede a recopilación para hacer propios los contenidos; hacer indicación de que en altere lo precedente el que la demanda”.

Así las cosas, el Tribunal ratifica la condena de instancia por intromisión ilegítima a la SGAE⁸⁹.

4. Internet como un medio más para la difamación

4. 1. El caso de la web calumniadora de un padre

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 23/2004 (Sección 3ª), de 20 enero se confirma en apelación la sentencia de instancia que consideró la intromisión ilegítima civil por publicación en páginas *web* de internet de documentos (documentos policiales, grabaciones de voz, etc.) referentes a supuestas lesiones y agresiones sexuales cometidas por el actor contra su propio hijo, a pesar de que el proceso judicial había finalizado con archivo, unidas a calificaciones sobre las supuestas enfermedades mentales del actor o sus desviaciones sexuales.

Se plantea la cuestión de la competencia jurisdiccional, cuestionada porque la información estaba alojada en un servidor informático ubicado en Estados Unidos. El tribunal afirma:

-que para un “delito civil” rige la regla del “forum delicti comissi”, correspondiendo al Juzgado de Primera Instancia de donde se hubiera producido el hecho. En este supuesto se considera que es Madrid, pues es donde se divulgó y propagó la

⁸⁹ Y la condena obliga a:

- la cesación de dichas intromisiones;
- la “eliminación de la expresión “*putasgae*” de la dirección de internet “w.w.w.putasgae.org” [lo cual es inviable] así como de todos los archivos y enlaces en que se contenga dicha palabra que sean divulgados o estén contenidos en cualquiera de las páginas pertenecientes al dominio en cualquiera de las páginas pertenecientes al dominio de la página *web* titularidad de la demandada “http://w.w.w.internautas.org” y en esta última página”, eliminando de las páginas arriba reseñadas las expresiones atentatorias contra el derecho al honor de los actores.

- indemnizar con 18.000 euros y
- publicar en la página *web* “http://w.w.w.internautas.org» la sentencia firme que recaiga por un período de tiempo equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima.

noticia (se da la circunstancia de que el hecho trascendió a la radio en dicha ciudad donde entrevistaron al afectado).

-“En el caso de publicaciones en medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática internet, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, pero principalmente acaecerá, en el caso de lesiones del derecho al honor, allí donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, que es donde la sociedad le atribuye su reputación o fama.”

- “A mayor abundancia, conforme al art. 21 de la LOPJ , son competentes los Tribunales españoles en el orden civil, en materia de reclamaciones de daños y perjuicios, cuando el autor del hecho y la víctima residan en territorio español, lo cual sucede en este caso.”

Por cuanto al juicio de la intromisión, el juzgador señala que “La difusión de todas esas informaciones en internet [...] configuran un cuerpo de informaciones maliciosamente difundidas para atentar contra la reputación del demandante, en una especie de «juicio público paralelo» o «ex post» a la vista del fracaso de sus denuncias ante los órganos judiciales”.

4. 2. El caso del foro de insultos y desahogo

El Auto de la Audiencia Provincial Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 mayo resuelve el recurso de apelación contra la inadmisión de querrela por injurias y calumnias contra una empresa⁹⁰ Los insultos se profirieron en un foro de internet, “dentro de una página *web* destinada específicamente a servir como tribuna de quejas o descarga de iras contenidas entre usuarios que se registren. Dicho con simpleza, foro para manifestar los propios descontentos o simplemente hablar mal.” En dicho contexto se profirieron “expresiones como bandidos, estafadores, etc. [que para el Tribunal] son objetivamente

⁹⁰ Progedsa Soluciones SI, curiosamente, otro de los elementos para no inculpar a los insultantes, es que se refieren simplemente a la compañía como “Progedsa” sin mayores “precisiones sobre actividades, domicilios, etc. que permitan la lesión.”

afrentosas, pero otras son simplemente groseras, detestables pero no reprobables en ámbito penal.” Y más cuando “su proyección exterior se circunscribe a un marco muy concreto y en el entendido que todos son personas descontentas.”

4. 3. El caso de la difamación de la clínica estética

Este supuesto –del que sólo se tiene una referencia incompleta- se resuelve en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (¿, APV Secc. 11.ª), de 27 de diciembre de 2005. El hermano de quien fue declarada por resolución judicial víctima de una negligencia médica de una clínica de cirugía estética aprovecha una página *web* para difundir no sólo su opinión sobre la clínica, a la vista de lo acontecido con su hermana (lo cual el tribunal afirma en el marco de la libertad de expresión e información), sino que, también, se emplean términos insultantes e injuriosos como “panda de cabrones, charcuteros, matasanos, etc.” El juzgador no duda en considerar la extralimitación de estas expresiones y condena al demandado pues, “ha de concluirse que, evidentemente, con aquellas expresiones -empleadas en una página *web*- lo que persigue no es expresar ideas u opiniones sino insultar, por lo que las mismas quedan fuera del citado derecho y entran dentro de la intromisión al honor.”

4. 4. El importante caso del desprestigio de la empresa “Idiada”, del sector del automóvil

En la sentencia Audiencia Provincial de Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre, se resuelve la apelación contra la sentencia de condena civil⁹¹ por intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, así como por difamación de la imagen y el prestigio comercial de una importante empresa del sector de investigación de automoción. Se difundieron

⁹¹ La condena de instancia –ratificada en la apelación- incluye la obligación de pagar los gastos derivados de la publicación “en la página de inicio del sitio de Internet que han intermediado en la difusión de los contenidos lesivos durante tres meses consecutivos”, así como a una indemnización de 15.000 euros.

contenidos atentatorios contra personas y contra la propia empresa a través de siete páginas *web*, varias de ellas con el mismo nombre de dominio que la empresa⁹². Asimismo, se difundió en la red el llamado “Scroll de la Historia de Idiada”. En este punto, resulta de interés que la sentencia menciona la existencia de unos contenidos en la red acudiendo a buscadores habituales (*Google, Yahoo, Terra y Altavista*)⁹³.

El juzgador afirma que internet tiene muchas virtudes, pero también un gran potencial para la negativa “divulgación”⁹⁴ de mensajes lesivos de los derechos del artículo 18 CE. En este punto, el tribunal no duda que el concepto de “divulgación” (art. 7 Ley Orgánica 1/82 de 5 mayo)⁹⁵ se realice también a través de internet. Se entiende así que “El vocablo ‘divulgación’ significa simplemente el conocimiento por terceras personas, en mayor o menor número, siendo, en principio, indiferente el medio

⁹² La empresa de nombre Idiada, con información a través de páginas *web* [www.idiada.net.](http://www.idiada.net), [www.idiada.org.](http://www.idiada.org), [www.barcelona-2001.com.](http://www.barcelona-2001.com), www.intocables.net, www.proyectopista.net, www.tridente.info.

⁹³ Sin que se tengan más datos al respecto, puede tener interés el hecho por cuanto parece que se responsabilice de contenidos difundidos por internet una vez lanzados a este medio, no ya a través de los dominios antes señalados.

⁹⁴ “[L]a extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y en especial de Internet y su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo, pero la implantación de Internet tropieza con algunos inconvenientes, cuando su uso se emplea con fines que generan actos como el que se enjuicia en esta litis”.

⁹⁵ A saber: “Artículo 7: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Tres. 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 carácter íntimo.”

La sentencia, en todo caso, aplica y cita el artículo apartado 7º: “Siete. 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.”

La sentencia afirma que “sin la existencia de ésta [la divulgación], no puede existir imputabilidad alguna aunque se detecte un resultado (SSTS 18 julio 1989, 30 octubre 1991, 30 diciembre 1991, 6 junio 1992, 23 marzo 1993)”.

empleado para tal divulgación.” Así las cosas, se estima cometida la divulgación de afirmaciones lesivas para la empresa. Al tiempo, en la sentencia se recuerda que el derecho al honor es extensible a las personas jurídicas, por lo que este derecho protege frente a los ataques injustificados al prestigio que afecten a patrimonio y moral, pérdida confianza de clientes, proveedores, minoración de mercado, así como afección al componente de las personas físicas que integran la persona jurídica⁹⁶. No está demás recordar esta doctrina puesto que entre las afecciones a derechos e intereses a través de internet, los ataques a empresas, entidades, etc. son bien habituales.

También el tribunal ratifica que hubo expresiones denigratorias lesivas del honor de dos sujetos por cuanto atacan a su prestigio profesional. De nuevo, puede tener interés recordar para internet que el honor de las personas físicas dota de protección tanto en el ámbito interno de la propia intimidad y propia familia, como en el ambiente externo del ambiente social, y, por ende profesional, en el que cada persona se desenvuelve⁹⁷.

⁹⁶ Así se recuerda jurisprudencia constitucional y se resume la del Tribunal Supremo:

“SSTC 107/1988, 139/1995, SSTS 9 diciembre 1993, 5 abril 1994, 9 octubre 1997, 21 mayo 2001 y otras), la Jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que el derecho al honor tiene en la Constitución un sustrato personalista, como inherente a la dignidad humana (arts. 10 y 18 CE), ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio, moral, con repercusión en el patrimonial por sus resultados negativos y así puede traducirse en una pérdida de confianza de la clientela, de proveedores, de concurrentes comerciales o de rechazo o de minoración en el mercado de forma general, como consecuencia de que también las personas jurídicas ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesario para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidos, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables, a los que también les afecta en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en el que están integrados.”

⁹⁷ Se acude, en este sentido a jurisprudencia ordinaria: SSTS 18 noviembre 1992, 31 julio 1996, 24 enero 1997, 30 noviembre 1998, 20 julio 2004), asimismo ha

De especial interés son las reflexiones contenidas respecto de la fijación del *quantum* indemnizatorio por la divulgación realizada a través de internet, como al final de este estudio se hace referencia.

La apelación, también por los afectados por la intromisión, obliga a la sentencia a dar curiosas respuestas por cuanto a autoría de contenidos y la fijación de responsabilidad, asimismo, obliga a tener en cuenta la concurrencia de normas en la materia. Curiosamente, la sentencia escapa a observar el sistema de responsabilidad fijado en la LSSICE, con unos argumentos muy cuestionables y confusos, sin conocimiento del concepto de “prestador de servicios”, que parece ser confundido con el de prestador de servicios de intermediación (*internet services provider*, en adelante ISP). Y es que se considera que las páginas *web* intromisivas eran “usuarios” de los “prestadores de servicios”, respecto de los que la LSSICE no fija obligación alguna⁹⁸.

Resulta interesante que para el tribunal no puede responsabilizarse de los contenidos que penden de un sitio de internet por ser titular del dominio, o por figurar como contacto administrativo del mismo. Para ello, se rechaza la aplicabilidad del artículo 65.2 de la Ley de prensa⁹⁹ “ya que el ámbito de aplicación de esta Ley no ampara supuestos como el enjuiciado ni por analogía, ya que el objeto de dicha Ley no se centra en el campo de las redes de telecomunicaciones de Internet”. Se

declarado que la libertad de expresión encuentra su límite en el derecho al honor (SSTS 16 febrero 1999, 11 octubre 2000).

⁹⁸ “[N]i tampoco encuentra acogida en la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, ya que esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su objeto es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación del correo electrónico, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios y es a éstos a quienes impone en el art. 8, restricciones a la prestación de servicios y establece que los órganos competentes, para su protección podrá adoptar medidas necesarias, para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que les vulneran y entre los principios que salvaguarda entre ellos, enumera la protección de los derechos a la intimidad personal y familiar, pero no se establecen obligaciones de los usuarios, por lo que no cabe su aplicación.”

⁹⁹ Ley de 18 marzo 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta.

rechaza así la responsabilidad solidaria típica de los medios de comunicación. Curiosamente, la ley que sí se centra en el campo de las redes de telecomunicaciones de Internet, la LSSICE, también es rechazada y sustituida por el criterio de participación en la elaboración de contenidos.

En este supuesto se da la particularidad de que el infractor era el hijo del titular del dominio, pero se considera que “actuó con autonomía propia”, por lo que “no debe la madre ser responsable de los actos de su hijo por el mero hecho de ser titular de unas determinadas páginas «webs», ya que ésta no tuvo participación consciente, ni se ha acreditado que estableció contactos ni divulgó noticias o actos difamatorios [...] , tampoco cooperó esencialmente a que se produjesen, ya que no tuvo participación causal en los hechos”. Igualmente, por cuanto a la condición de hijo –mayor de edad-, rechaza la posibilidad de aplicar la responsabilidad que se atribuye al padre titular de un vehículo que autorice el uso habitual del vehículo por un hijo mayor de edad¹⁰⁰, pues “los temas de responsabilidad automovilística no se asemejan en nada al hecho enjuiciado en esta litis”.

5. Casos sobre cuestiones de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación

5. 1. El importante auto de medidas cautelares en el caso “Weblisten”

El Auto del Juzgado nº 2 de lo Mercantil de Madrid, de 3 noviembre de 2004, pese a que podría considerarse algo ajeno al ámbito de la libertad de expresión, tiene, sin embargo, un gran interés. Del mismo, ya inicialmente, cabe destacar su profundidad y adentramiento en las cuestiones propias del ámbito de la red, quizá más allá de lo que puede esperarse de la resolución sobre la adopción de una medida cautelar.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 septiembre 1988.

Toda una serie de empresas de edición y distribución de música¹⁰¹ solicitan que se cese el acceso a Internet y, en su caso, de alojamiento o almacenamiento de datos, de un sitio (www.weblisten.com¹⁰²) que permite el acceso a contenidos de música (*mp3*) cuya difusión ilícita queda fuera de toda duda jurídica¹⁰³. La solicitud se formula al proveedor de servicios Bitmailer, SL., quien no cuestiona en absoluto la ilicitud de los contenidos de la referida página *web*. La resolución judicial gira sobre la importante cuestión de si pesa o no sobre la demandada una obligación propia y genuina de suspender los servicios que presta indirectamente para Weblisten, esto es, si puede imponerse al ISP la cesación de las tareas que desarrolla en tanto que ISP.

La parte demandante considera que el ISP procura los contenidos provenientes de la página *web* ilícita, por lo que ha de reputarse cooperadora en la producción de la violación de los derechos de propiedad intelectual.

Toda la argumentación para la cesación de la actividad de la parte actora se fundamenta sobre la legislación de propiedad intelectual y competencia desleal¹⁰⁴. No obstante, para el juzgador el problema “no es tan sencillo como las demandantes lo plantean”. En la sentencia se parte de lo que es internet, los problemas jurídicos creados desde el inicio en Estados Unidos y

¹⁰¹ Emi Music Spain, SI, Bmg Music Spain, SA, Universal Music Spain, SL y Sony Music Entertainment (Spain).

¹⁰² Cabe señalar las partes llegaron a un acuerdo condenatorio que fue bautizado por la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Madrid, sentencia núm. 197/2005, de 31 mayo, que condena a la acusada como autora de un delito de defraudación de la propiedad intelectual (art. 270.1 del CP), a la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de 5,5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, así como la clausura de las páginas *web* “www.weblisten.com”, “www.weblisten.es” y “www.weblisten.net”.

¹⁰³ Se afirma que se trata de una “flagrante violación de los derechos de propiedad intelectual de éstas (art. 115 de la Ley de Propiedad Intelectual) así como acto de competencia desleal tipificado en la legislación especial sobre el particular (art. 11 de la Ley de Competencia Desleal).”

¹⁰⁴ Arts. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual y 18-2a y 20-1 de la Ley de Competencia Desleal, este último referido a la legitimación pasiva de los simples cooperadores.

las soluciones que en primer lugar ahí se fueron adoptando y que luego se siguieron con el modelo de la Directiva de comercio electrónico en la Unión Europea y en España a través de su transposición. De este modo, se explica y fundamenta extensamente que no es posible aplicar un “concepto de causalidad estrictamente mecanicista” según el cual el ISP es responsable de los contenidos, puesto que siendo internet una red llena de nodos, cualquier titular de un nodo sería responsable del contenido ilícito. Dicha concepción sería “riesgo que para la pervivencia del sistema en su conjunto”¹⁰⁵.

Así pues, el juez no duda en la aplicación directa de normas sectoriales (competencia desleal y propiedad intelectual) para la determinación de si se está o no ante un ilícito. Sin embargo, considera que hay que acudir a la legislación especial de internet por cuanto el medio por el que se cometela ilicitud y la forma de lograr, en su caso, la cesación en la actividad prevista por la legislación sectorial. Se hace necesario acudir a la legislación de internet para saber si se ostenta la “capacidad para soportar pasivamente cualquiera de las acciones de cesación previstas en los arts. 139 LPI y 18-2ª LCD, respectivamente, de aquellos

¹⁰⁵ “[N]o siendo menos cierto que, a partir de una concepción de la causalidad de tipo universalista como la expuesta, el reproche inherente a la conducta cooperadora habría de proyectarse no solamente sobre Bitmailer sino también sobre todos y cada uno de los titulares de los múltiples «nodos» que, en definitiva, posibilitan integralmente esa transmisión hasta el usuario final. Y ello con el consiguiente riesgo que para la pervivencia del sistema en su conjunto representaría una noción de la responsabilidad tan generalizada y abierta.”

[...] “Pues bien, la idea común que subyace en todos esos cuerpos normativos consiste no solamente en huir de las nociones de causalidad universal derivadas de conceptos meramente mecanicistas sobre la transmisión de información, sino también en prescindir del manejo de conceptos jurídicos indeterminados -y por ello inseguros- como el de la causalidad adecuada o el consistente en discernir entre causas próximas y remotas en atención al mayor o menor grado de previsibilidad del daño. Por el contrario, el problema se resuelve, en general, estableciendo una cláusula genérica de exención de responsabilidad a la que se añade un elenco de definiciones, con arreglo a criterios de tipicidad legal, de los específicos servicios en cuyo desarrollo los prestadores de servicios de intermediación pueden, bajo determinados presupuestos - que igualmente se definen y tipifican-, incurrir en responsabilidad por razón de los contenidos transmitidos y/o alojados o almacenados.

cuerpos legales, incluido el propio concepto de «cooperación» manejado por el art. 20-1 de la Ley de Competencia Desleal.”¹⁰⁶

La sentencia estima que la LSSICE determina para el ISP responsabilidades cuando no se cumple con la conducta que se le exige¹⁰⁷. De este modo, se entiende que “la Ley 34/2002

¹⁰⁶ “Así las cosas, no cabe duda de que, por más que sean la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Competencia Desleal quienes nos permiten definir en este caso la ilicitud de los contenidos o de la actividad, la circunstancia de que ésta se lleve a cabo, no en cualquier medio imaginable, sino precisamente a través del medio conocido como Internet, obliga a integrar mediante la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico el concepto mismo de la legitimación o, lo que es igual, la capacidad para soportar pasivamente cualquiera de las acciones de cesación previstas en los arts. 139 y 18-2a, respectivamente, de aquellos cuerpos legales, incluido el propio concepto de «cooperación» manejado por el art. 20-1 de la Ley de Competencia Desleal. Y ello en la medida en que es precisamente esa legislación especial la que se ocupa de deslindar las respectivas responsabilidades cuando del ejercicio de actividades de intermediación se trata. No en vano el art. 13 de la Ley 34/02, después de establecer que «... Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...», nos indica que ello es «... sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley...», y, más explícitamente aún, que «... Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes...».”

¹⁰⁷ “Intentando salir al paso de ese considerable obstáculo argumental, razonan las demandantes que, en la medida en que las normas de la Ley 34/02 tienen por objeto regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, tales normas no resultarían aplicables al supuesto examinado por cuando ni a través de su pretensión cautelar actual ni a través de su futura demanda principal aspiran a exigir de Bitmailer, SL responsabilidad de clase alguna, siendo su más modesto propósito el de obtener de ella la simple cesación de su actividad en relación con los contenidos de Weblisten, SA. Sin embargo, no puede compartirse ese punto de vista. Si una norma jurídica define consecuencias adversas -en este caso en términos de responsabilidad civil- para ciertas clases de personas cuando estas realizan determinadas conductas (de acción o de omisión), esa norma está estableciendo al propio tiempo, de forma indirecta, específicas obligaciones (de abstención o de acción, respectivamente) cuyo cumplimiento incumbe a dichos sujetos. En otras palabras, si los arts. 14 y ss. de la Ley 34/02 no imponen a los prestadores de servicios de intermediación explícitas obligaciones pero en cambio les atribuyen responsabilidad civil cuando se abstienen, v. rg., de retirar los contenidos que albergan en determinados supuestos, ello implica, en definitiva, que, concurriendo los supuestos legalmente previstos, la Ley está imponiendo al prestador una obligación -propia y personal- de proceder a dicha retirada, obligación que, atendiendo a la cuádruple clasificación del art. 1089 del Código Civil (LEG 1889, 27) , no puede calificarse sino como de origen legal. En definitiva, lo único que late detrás de esa disquisición es una mera cuestión de técnica legislativa donde no pueden advertirse diferencias sustanciales entre, por un lado, la

[LSSICE] impone a los ISP, aunque sea mediante formulaciones de tipo indirecto, una concreta obligación de cesación (retirada de contenidos) en determinadas circunstancias” por lo que hay que estar por la ley “a la hora de definir los sujetos pasivos a quienes puedan llegar a incumbir las acciones de cesación” exigidas por la legislación sectorial, en nuestro caso, la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Competencia Desleal¹⁰⁸.

Sobre esta base, se habría de concluir en general que toda la legislación específica y sectorial aplicable queda siempre mediatizada por la a su vez específica legislación relativa a internet.

El auto pasa después a analizar de forma bastante exhaustiva el sistema de responsabilidades de la LSSICE, repasando los servicios del artículo 14, 15 y 16, así como el deber general del artículo 11. En el caso de autos se califica la prestación de servicios como típico servicio de “housing” con mínimas posibilidades de responsabilidad para este tipo de ISP¹⁰⁹. Para el caso concreto se considera que la entidad demandada tan siquiera era uno de los sujetos posibles de los considerados en los artículos 15 y 16 de la LSSICE, pero sí uno de los del artículo 14, vía por la cual pasa a analizar la cuestión

hipotética opción del legislador de haber definido primero las obligaciones para pasar después a establecer las consecuencias de su incumplimiento y, por otro, la fórmula más abreviada -la que de hecho se ha adoptado por la referida Ley- de determinar directamente las consecuencias (responsabilidad civil) que se anudan, bajo presupuestos definidos, a la ejecución o inexecución de conductas específicas.”

¹⁰⁸ Consecuentemente, si, de acuerdo con lo que acaba de razonarse, podemos colegir que la Ley 34/02 impone a los prestadores de servicios de intermediación, aunque sea mediante formulaciones de tipo indirecto, una concreta obligación de cesación (retirada de contenidos) en determinadas circunstancias, resulta obvio que dicha Ley ha de cumplir una función integradora a la hora de definir los sujetos pasivos a quienes puedan llegar a incumbir las acciones de cesación reguladas de modo general en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Competencia Desleal cuando los contenidos ilícitos vulneradores de estas Leyes se ejecutan, transmiten y difunden a través de la Red.

¹⁰⁹ “[S]in que el prestador -Bitmailer- tenga acceso no ya al control de los contenidos o datos que albergan sino ni siquiera a la manipulación de las propias máquinas, acceso que queda en todo momento reservado al contratante de dicho servicio”.

desde la perspectiva del deber de colaboración del artículo 11¹¹⁰. Sobre este deber de colaboración señala que “a través de él no se configura una especial acción de cesación frente a aquel prestador de servicios a quien, en principio, no incumbe la obligación de cesar”, sino que todo se condiciona a una orden concreta de cesación emanada de la autoridad competente, en su caso judicial¹¹¹.

En el supuesto de que se trata, se considera que la medida cautelar lo es respecto de una acción de cesación frente al ISP, sin que ello sea posible, puesto que sobre el ISP no recae ninguna obligación de cesación. Se afirma, pues, que la vía oportuna es la de en el marco de las acciones judiciales oportunas contra el causante de las ilicitudes, se solicite el requerimiento en razón del artículo 11 al ISP¹¹². Por ello, se

¹¹⁰ Artículo 14, “un deber general de colaboración con las autoridades al establecer que «... Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran».”

¹¹¹ “[O]rden de cesación emanada de autoridad competente, en su caso judicial, de tal suerte que aquel deber no se concibe como la concreción de una obligación propia y genuina de cesación del prestador nacida para él « ex lege» del art. 1089 del Código Civil (LEG 1889, 27) en relación con los arts. 15 y 16 de la Ley 34/02, sino como un deber de Derecho Público que obliga a todo operador de Internet -de la clase que sea- a colaborar con las autoridades en la materialización o cumplimiento de una obligación que no es propia del llamado a colaborar sino ajena y que genuinamente no incumbe más que a aquel frente a quien se ha dirigido la orden de cesación emanada de aquella autoridad.”

¹¹² “Así las cosas, considerando que la pretensión cautelar ahora ejercitada constituye la antesala de una futura acción de cesación frente a Bitmailer en virtud de la relación de homogeneidad que debe existir entre toda cautela y su correlativa pretensión principal, nunca esa acción cesatoria podría encontrar apoyo en el deber de colaboración que consagra el referido art. 11 desde el momento en que la misión de este precepto no es la de imponer a los operadores obligación propia de clase alguna sino -ya se ha indicado- la carga de colaborar con las autoridades en la ejecución de resoluciones por las que esa obligación ha resultado ya impuesta a un tercero. Desde dicho punto de vista, teniendo en cuenta que -como se indicó- todas las actuales demandantes han obtenido ya individualmente otros tantos pronunciamientos judiciales

concluye que la medida solicitada es incongruente, pues pretenden imponerle la obligación de cesación como una obligación propia que le incumbiría personalmente. Que dicha resolución “invadiría de lleno la competencia funcional que corresponde a los órganos judiciales de los que han emanado las distintas órdenes de cesación”.

En todo caso, y finalmente, valora la actuación concreta del ISP demandado por “su plena disposición a colaborar, caso de ser requerida para ello, con los aludidos órganos judiciales en la ejecución de la obligación de cesación impuesta”, negando, eso sí, que sea la “persona primariamente obligada «ex lege» a la adopción de un comportamiento cesatorio.”

Por último, es llamativo que pese a tratarse de un procedimiento sujeto a costas procesales, se tenga en cuenta la complejidad de la cuestión “por una legalidad novedosa plagada de nociones de alcance técnico y de naturaleza informática, unida a la ausencia en el estado actual de la jurisprudencia de criterios que resuelvan problemas dotados del grado de especificidad”, motivo suficiente para de forma excepcional, no aplicarlas¹¹³.

5. 2. El caso “aprendizmason.org” y su significación para el alcance de responsabilidades del ISP y el “conocimiento efectivo” del ilícito

La sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre rechaza el recurso de apelación frente a sentencia que desestimaba demanda de

ordenando a Weblisten, SA la cesación de su actividad comercial en relación con los fonogramas producidos por aquéllas, es patente que cualquier requerimiento de simple colaboración dirigido a Bitmailer en orden a la materialización de dicho mandato judicial habría de enmarcarse en el seno de la ejecución de tales resoluciones.”

¹¹³ “A pesar del resultado procesal que acaba de anunciarse, la particular complejidad de la cuestión sometida a debate, regulada en su conjunto por una legalidad novedosa plagada de nociones de alcance técnico y de naturaleza informática, unida a la ausencia en el estado actual de la jurisprudencia de criterios que resuelvan problemas dotados del grado de especificidad del que se aborda a través de la presente resolución, son, en su globalidad, circunstancias que aconsejan hacer uso de la facultad prevista en el inciso final del art. 394-1 LECiv (aplicable por remisión del art. 736-1), y, consecuentemente, no efectuar especial pronunciamiento en torno a las costas causadas.

protección del honor. El demandante había desempeñado el cargo de Gran Maestro de la Gran Logia de España desde el 11 de marzo de 2000 al 11 de mayo de 2002 y considera lesión en su honor por una serie de artículos para él insultantes y con manifestaciones falsas sobre su gestión económica. Estas informaciones fueron difundidas con ocasión de su cese en el cargo, en la página web (www.aprendizmason.org), sitio destinado a difundir contenidos relativos a la asociación. Esta página estaba alojada en un ISP llamado *iespana.es*, que ofertaba al público la posibilidad de crear páginas web, correos electrónicos y otros servicios de Internet. Los datos de identificación facilitados por el autor de la página resultaron falsos.

El demandante afirma que hay lesión de su honor, y que la responsabilidad ha de ser solidaria por dos motivos. Primero, por cuanto requirió notarialmente a la empresa poniendo en su conocimiento la ilicitud de los contenidos que se publicaban en la página, concretándole los títulos e instando a su retirada. Asimismo, requirió a la empresa para que facilitara la verdadera identidad del propietario. Sin embargo el ISP desoyó tales requerimientos y el anónimo –falsamente identificado- autor pudo continuar publicando textos conflictivos. En segundo lugar, el demandante basa la responsabilidad solidaria de *iespana* por su negligencia al registrar a persona desconocida, sin garantías de procedimiento de autenticación de identidad.

Por el contrario, el ISP *iespana* considera que no podía proceder a la retirada o censura de los artículos de opinión o crítica escritos por terceras personas y contenidos en la página publicada en el portal de Internet, ya que ello atentaría contra la libre expresión; en todo caso, incluso advirtió de la situación al autor de los artículos. Asimismo, señala que sin requerimiento judicial no podía exigirse responsabilidad a la demandada por la publicación, como resultaba del artículo 16 de la LSSICE. De igual modo, entiende que facilitar los datos de su cliente le quedaba prohibido por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica

15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal¹¹⁴.

La sentencia niega falta de diligencia en la identificación del cliente, así como la no concurrencia de los requisitos de “conocimiento efectivo” de la LSSICE y, asimismo, subraya que no hubo culpa por negligencia del artículo 1902 del Código Civil ni procedía aplicar el sistema de responsabilidad solidaria de la prensa.

Respecto de la negligencia en la identificación del cliente y autor de los contenidos ilícitos, el juzgador hace una curiosa afirmación: como al momento inicial de los hechos no estaba en vigor la LSSICE, no había obligación de comprobar la verdadera identificación del usuario de *iespana*¹¹⁵. En todo caso, se añade que “el contrato electrónico se celebró con una persona real” y que es “extremadamente difícil comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos.”¹¹⁶

¹¹⁴ Artículo 11. Comunicación de datos: “1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.”

¹¹⁵ “A la fecha en que se celebra el contrato entre el proveedor de alojamiento de datos y el titular de la web, la Ley 34/02 no estaba vigente -entró en vigor, en lo que aquí interesa, el 12 de octubre de 2002-, y no existía obligación legal alguna de comprobar el proveedor de alojamiento la verdadera identidad del cliente -proveedor y autor del contenido- y el contrato electrónico tipo utilizado por la demandada únicamente preveía que ése facilitara los datos de identidad, pero no que diera garantías que permitieran al proveedor de alojamiento comprobar a la fecha de la contratación que los datos facilitados eran reales con el fin de poder localizar, en su caso, al titular del sitio web.”

De hecho, más adelante concreta esta falsa percepción afirmándose:

“ni siquiera estaba en vigor la Ley 34/02 y ésta solo obliga a identificarse a los proveedores de contenidos profesionales, lo que no era el cliente de la demandada, y a los proveedores de servicios a comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, la información que les permita identificar a los destinatarios de servicios, no a solicitud de cualquier tercero como era el actor cuando efectúa el requerimiento a la demandada.”

¹¹⁶ 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

Sin perjuicio de la anterior errática argumentación, la sentencia acude a las pautas generales de atribución de la responsabilidad de la LSSICE¹¹⁷, por lo que a partir del artículo 16 el tribunal considera “evidente” que en el caso abordado “no había tenido conocimiento efectivo”. De hecho, entiende que si el ISP hubiera bloqueado o retirado los contenidos, lo hubiera hecho “so pena de convertirse en órgano censor vulnerador del contrato celebrado con el cliente y, de resolverse finalmente que no había existido vulneración del derecho al honor, en trasgresora del derecho a la libertad de expresión del referido cliente”. Esto es, se considera de forma genérica que la misma acción de edición y supervisión de contenidos puede suponer una lesión –entre privados- de la libertad de expresión, a modo de “censura”.

En todo caso, para no eludir la alegación de culpa por el artículo 1902 CC, a la vez de apreciar que no concurren los

una persona real, que abonó el precio pactado a la demandada mediante ingresos bancarios, y que facilitó al contratar por aquél 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.

¹¹⁷ “A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado «cuando el 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», como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.”

presupuestos del artículo 16 LSSICE, se niega la aplicabilidad de los criterios de culpa y responsabilidad en cascada para los medios de comunicación, puesto que, afirma: “es imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISP y el prestador de servicios no puede equipararse a un editor porque es un mero distribuidor de la información; la equiparación que procede es editor-creador de la página *web* (aquí el cliente de la demandada); no la de editor-propietario del ordenador donde se aloja la información o editor-servidor.”

6. Tres supuestos de derecho de rectificación en la red

En la doctrina española fue pronto cuando se postuló la proyección del derecho de rectificación para el ámbito de internet, aunque de manera muy limitada, en una tesis doctoral que no ha tenido excesiva difusión¹¹⁸. En Estados Unidos, el Tribunal Supremo del Estado de Georgia consideró en el caso *Mathis v. Cannon*, de 25 de noviembre de 2003 que la Ley del derecho de rectificación de informaciones erróneas sí se aplica para internet¹¹⁹, aquí, de hecho, incluso un año antes.

No es fácil aún señalar los potenciales efectos que puede tener la directa transposición de este derecho instrumental de la veracidad de la información en la red. Este derecho, instrumental de la garantía de la información veraz, resultaba en la práctica una garantía material de la profesionalidad periodística y la necesaria diligencia en la fundamentación de las informaciones en el que hasta ahora ha sido su medio natural, los medios de comunicación clásicos.

Su proyección a toda información que se difunde en la red como premisa parece indudable. La finalidad de este derecho

¹¹⁸ BENITO GARCÍA, José María, *La universalización del acceso a la información en el derecho de rectificación*, Universidad Complutense, Madrid, 2001.

En dicha breve tesis (250 páginas) se propone la extensión del derecho de rectificación sólo a las *webs* de medios informativos, proponiendo que la ley añadiese a la expresión “por cualquier medio de comunicación social” la acotación “–incluidos los que se difundan por vía electrónica–.”

¹¹⁹ <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html>

debe mantenerse: que el libre flujo de información que se protege constitucionalmente, también a través de internet, lo sea de información veraz. Ahora bien, es posible que deba sujetarse a no pocas modulaciones en razón de la diversa naturaleza de los contenidos de la información en internet y para que el ejercicio de este derecho fuera, precisamente, una barrera al libre flujo de información, y de opinión que supone la red.

Hay que insistir, a mi juicio, que este derecho es para rectificar informaciones, nunca opiniones. Aunque informaciones y opiniones nunca presentan una separación químicamente pura, creo que una interpretación amplia de lo que son informaciones podría degenerar en el uso del derecho de rectificación para censurar internet a través de acciones de rectificación a miles de sitios bien diferentes de los medios de comunicación clásicos que, por lo general expresan opiniones y reproducen e interpretan informaciones de otros.

La naturaleza propia de cada sitio de internet, sus usuarios, finalidades, etc. bien podrá ir generando pautas jurídicas de tipo institucional que lleven a variar los criterios de diligencia en la veracidad de la información que se difunde, como también lo será para considerar el contexto y determinar si se producen o no lesiones al honor, por ejemplo.

En este punto, cabe tener en cuenta los tres supuestos que se han planteado ante nuestros tribunales: dos de ellos se trata de rectificaciones de informaciones en la *web* de plataformas de alto contenido político, el otro, de rectificación de una publicación científica, también difundida en la *web*. A nadie escapa que el criterio de la inexactitud de la información deben adecuarse al tipo de información y contexto de que se trata.

Lo curioso de los casos que se analizan es que en dos de ellos el hecho de que se trate de información en internet tan siquiera se tiene en cuenta, se parte de la premisa de que el derecho se proyecta también en este medio sin que ello merezca reflexión alguna. El tercer supuesto, por el contrario, sí que se lleva a cabo este cuestionamiento para reservar el derecho de rectificación a los medios de comunicación social. Veámoslo.

6. 1. El primer reconocimiento: el caso del foro “Andecha Astur”

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 3 de junio de 2002, se ratifica la sentencia de instancia¹²⁰ que impone al demandado a difundir el contenido íntegro de la rectificación instada por el actor.

El demandante, había sido objeto de imputaciones calumniosas en mensajes remitidos por comunicantes anónimos en el foro de la página web de Andecha Astur. Sobre estos hechos, el afectado remitió un *mail* al *webmaster* de la misma (la persona que controla los mensajes que allí se publican), ejerciendo su derecho de rectificación en virtud de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo que regula este derecho. Con una introducción previa alusiva a los citados mensajes se exigía la publicación de un concreto texto. No se practicó dicha rectificación en los términos solicitados y ya en el juicio la parte demandada en el juicio aceptó publicar “lo que quiera y como quiera el actor”.

En la sentencia, acudiendo a la doctrina de este derecho particular, se estima que la rectificación practicada no cumplió los requisitos legales (art. 3. 1 Ley Orgánica 2/1984) y obliga a hacerlo. Al menos en esta sentencia de apelación, no se da la más mínima consideración de si procedía o no el ejercicio del derecho de rectificación en internet, centrándose el debate en si la rectificación de llevó o no a cabo de conformidad a la legalidad.

6. 2. El caso de la publicación científica y la empresa farmacéutica

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, núm. 9/2004, de 22 enero, resuelve el caso en el que quien pretende el ejercicio de este derecho es un laboratorio farmacéutico¹²¹ frente a una publicación científica - difundida tanto en ejemplares físicos como a través de internet- de una

¹²⁰ Sentencia de 19-10-2001 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo.

¹²¹ Merck Sharp & Dohme.

Fundación¹²². El artículo tenía el titular “Las supuestas ventajas de celecoxib y rofecoxib: un fraude científico” y a través de la rectificación se refutaban todos los basamentos que daban soporte a esa tesis crítica con el fármaco.

El Juzgado recuerda la naturaleza y doctrina sobre el derecho de rectificación de información¹²³, no de opiniones¹²⁴ y sus condiciones¹²⁵, dejando claro que se dan los presupuestos de alusión de información (directa sobre un producto de la empresa) y un perjuicio por su calificación de fraude. Tras ello se lleva a cabo un prolijo análisis de todas las afirmaciones fácticas del artículo científico y discutidas por la farmacéutica, que fueron objeto de prueba, y se considera que eran adecuadas en su práctica totalidad. Sólo respecto de alguna afirmación se considera no probada, pero se acude al principio de proporcionalidad, esto es, la posibilidad de que la información aportada no sea en todos los extremos, hasta los más nimios,

¹²² En concreto un artículo del volumen 15 número cuatro de la publicación «Butlletí Groc», de la Fundacio Privada Institut Català de Farmacologia (FICF).

¹²³ “[L]a Jurisprudencia constitucional ha perfilado este derecho, al estimar que se trata de un medio para prevenir o evitar el perjuicio que determinada información puede irrogar a una persona, en su honor o en cualesquiera otros intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos”.

¹²⁴ “[H]ay que aclarar que el derecho de rectificación no permite hacer frente a opiniones plasmadas en un medio que sean adversas a quien postula la rectificación, pues este derecho se ciñe a rectificar la información difundida de hechos, no de opiniones, que tienen su sede propia en la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Por tanto en el presente juicio sumario de rectificación no se puede entrar en el contenido de las opiniones del autor del artículo o de otras personas citadas por él.”

¹²⁵ “Puesto que el derecho de rectificación tiene carácter instrumental del derecho constitucional a comunicar y difundir libremente información veraz, conviene recordar que el requisito de la veracidad de la información no impone una verdad objetiva y absoluta, sino subjetiva, que obliga al informante a emplear una razonable diligencia en la búsqueda de sus fuentes, de tal manera que la veracidad va dirigida no tanto a exigir una total exactitud de la información como a negar protección constitucional a quienes transmitan noticias sin comprobar su veracidad mediante una investigación diligentemente contrastada, que asegure la seriedad de la actividad informativa y haga razonablemente verídico el hecho informado.”

“doctrina y jurisprudencia han señalado los requisitos que caracterizan el derecho de rectificación, a saber: 1) Inexactitud de la información; [...] 2) Alusión de la información; [...] 3) Perjuicio; [...] 4) Proporcionalidad de la rectificación interesada.”

comprobada y rectificada en su caso. Por todo ello desestima la demanda.

Así las cosas, lo cierto es que no hay planteamiento alguno de la necesidad de proyectar o no esta garantía de la rectificación a internet, en tanto en cuanto se trataba de una publicación también no virtual y, en todo caso, una publicación que aunque científica, puede ser sencillo objeto del derecho de rectificación clásicamente concebido.

6. 3. La negación del derecho de rectificación para un foro de una plataforma política

La sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre resuelve un recurso de apelación frente a sentencia de instancia que desestimaba una acción de rectificación¹²⁶. La alta politización del supuesto es clara; la rectificación fue formulada por la Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa contra la Fundación Villalar, Castilla y León, porque la *web* de esta última se difundieron durante tres días (15-18 de febrero de 2005) datos que –a juicio de la parte actora- falseaban partes de la historia y se omitían otros, todo ello en perjuicio de la identidad y de la dignidad del pueblo leonés.

La sentencia desestima la apelación ratificando argumentos de instancia. De una parte, considerar que la información no ha aludido, ni directa ni indirectamente, a dicha plataforma, ni tampoco a los intereses que ésta trata de defender. En todo caso, por lo que aquí interesa, resulta muy llamativo el argumento definitivo para la desestimación: la Fundación y su *web* no es un medio de comunicación social al que quepa exigirle veracidad ni pueda ejercerse la acción de rectificación, no pensada para lo

¹²⁶ La sentencia dictada en la primera instancia desestimó la demanda, al apreciar la falta de legitimación de la actora, por no ser aludida en la información que pretendió y pretende rectificar; la falta de legitimación de la demandada, por no constituir la misma un medio de comunicación; también porque el contenido de dicha información se reconduce a meras opiniones; y, finalmente, porque la pretensión de la Plataforma excede del objeto de la acción ejercitada, puesto que la pretendida rectificación debería limitarse, en todo caso, a los hechos de la información cuya rectificación fuera solicitada.

que no es un medio de comunicación¹²⁷. Se insiste en que en tanto no se trate de la difusión por un medio de comunicación (clásico) no cabe exigir la veracidad, puesto que se trata de mera opinión, no evaluable desde su certidumbre histórica, científica, etc.¹²⁸

III. La deducción de algunas líneas a partir de la casuística judicial actual

1. Interesantes afirmaciones sobre internet y algunos errores llamativos

No pasa desapercibido al lector de todas las resoluciones sobre la red diversas afirmaciones sobre su naturaleza, sus bondades, sus peligros, así como por las dificultades y retos que implica para el Derecho. Tales afirmaciones en ocasiones tienen cierta funcionalidad en la resolución judicial, en otros casos, más bien, mero carácter retórico. En algún supuesto, la dificultad jurídica de la materia sirve para excepcionar la condena a costas

¹²⁷ “[L]a 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 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.”

¹²⁸ “Como ya hemos indicado, dicha información no procede de un medio de comunicación, en el que la veracidad, entendida como comprobación de la información mediante investigación diligente y contrastada de la misma, deba primar a los efectos de garantizar el derecho a recibir una información veraz (art. 20.1, d) C.E.), por lo que no puede más que atribuirse a la misma el carácter de una mera opinión, resultando inútil, y fuera de lugar, que este Tribunal proceda a fijar un relato histórico que sirva para determinar lo que es cierto y lo que es incierto, lo que es completo y lo que es incompleto, al margen de que dicho relato no dejaría de ser más que otra opinión, por lo demás nada cualificada, por muchos conocimientos científicos que pudieran aportar al pleito los Historiadores que han informado sobre el contenido de la página *web* de la Fundación demandada.”

del pelito civil, al considerar la complejidad de la cuestión “por una legalidad novedosa plagada de nociones de alcance técnico y de naturaleza informática, unida a la ausencia en el estado actual de la jurisprudencia de criterios que resuelvan problemas dotados del grado de especificidad”¹²⁹. En la sentencia del caso “*putasgae*”¹³⁰ llama la atención el intento de conceptuar lo que es internet, y la afirmación de la “pesadilla” que supone para los juristas¹³¹. En alguna ocasión (caso *Idiada*), se apunta que internet tiene con muchas virtudes, pero también genera peligros los derechos del artículo 18 CE¹³². En otras sentencias, más

¹²⁹ Así, en el caso *Weblisten*, Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004, FJ 5º “A pesar del resultado procesal que acaba de anunciarse, la particular complejidad de la cuestión sometida a debate, regulada en su conjunto por una legalidad novedosa plagada de nociones de alcance técnico y de naturaleza informática, unida a la ausencia en el estado actual de la jurisprudencia de criterios que resuelvan problemas dotados del grado de especificidad del que se aborda a través de la presente resolución, son, en su globalidad, circunstancias que aconsejan hacer uso de la facultad prevista en el inciso final del art. 394-1 LECiv (aplicable por remisión del art. 736-1), y, consecuentemente, no efectuar especial pronunciamiento en torno a las costas causadas.”

¹³⁰ Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero.

¹³¹ Se afirma: “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”.

¹³² Así, en el caso *Idiada*, empresa del sector del automóvil, sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre: “la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y en especial de Internet y su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo, pero la implantación de Internet tropieza con

lejanas al tema que nos ocupa, hasta se puede seguir la historia de la organización de la red y su sistema de dominios¹³³.

Si bien la “novedad” de internet para los juzgadores les lleva a interesantes y retóricas afirmaciones, bien es cierto que también les conduce a errores o cuanto menos, muy cuestionables aplicaciones jurídicas por el desconocimiento técnico y jurídico en la materia. Así, por ejemplo, en el caso *Idiada*, empresa del sector del automóvil, el juzgador escapa a observar el sistema de responsabilidad fijado en la LSSICE, con unos argumentos muy cuestionables y confusos, sin conocimiento del concepto de “prestador de servicios”, que parece ser confundido con el de prestador de servicios de intermediación (ISP). Y es que se considera que las páginas *web* intromisivas eran “usuarios” de los “prestadores de servicios”, respecto de los que la LSSICE no fija obligación alguna¹³⁴. En el caso *putasgae* la condena incluye la eliminación de la expresión “*putasgae*” de la dirección de internet “*www.putasgae.org*”, lo cual sólo es factible con su cancelación de uso por la entidad registradora¹³⁵. En algunos casos (caso *aprendizmason.org*) se

algunos inconvenientes, cuando su uso se emplea con fines que generan actos como el que se enjuicia en esta litis”.

¹³³ En este sentido es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 517/2005 (Sección 11ª), de 21 noviembre, sobre nombres de dominio, que no ha sido objeto de comentario al ser distante del ámbito que nos ocupa.

¹³⁴ “[N]i tampoco encuentra acogida en la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, ya que esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su objeto es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación del correo electrónico, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios y es a éstos a quienes impone en el art. 8, restricciones a la prestación de servicios y establece que los órganos competentes, para su protección podrá adoptar medidas necesarias, para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que les vulneran y entre los principios que salvaguarda entre ellos, enumera la protección de los derechos a la intimidad personal y familiar, pero no se establecen obligaciones de los usuarios, por lo que no cabe su aplicación.” (sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre).

¹³⁵ Así, la condena –ratificada– de instancia es a “a) Eliminando la expresión “*putasgae*” de la dirección de internet “*w.w.w.putasgae.org*””. Como dice la defensa de la Asociación de Internautas, dicha condena “pretendiendo la supresión de dicho dominio, que no otra cosa supone eliminar la expresión «*putasgae*» de dicho dominio, que de admitirse supondría la necesidad de su cancelación como tal dominio de

hacen lecturas insospechadas de la LSSICE, como que desde su entrada en vigor se exige un reconocimiento riguroso de la entidad de los usuarios de los ISP¹³⁶. En todo caso, como luego se comenta, lo más llamativo suele ser la libertad con la que los jueces seleccionan o superponen los criterios de atribución y fijación de responsabilidad.

2. La particularidad del medio que es internet no suele afectar al Derecho, aunque debería tenerse en cuenta

El fenómeno tecnológico no presenta particularidad jurídica en los supuestos en los que se trata de una mera duplicación de una publicación convencional en línea y en papel¹³⁷. Asimismo,

internet, por lo que debió ser traída a juicio la entidad registradora del mismo, que es la única entidad que puede dar cumplimiento a tal supresión de la expresión considerada atentatoria al honor, refiriendo a la empresa Tucows Inc., con domicilio en Toronto, Notario Canadá, que es la empresa registradora de dominio de internet que dispone y tiene todos los datos necesarios para poder realizar la modificación del nombre pretendido con la demanda". A mi juicio, la ejecución de sentencia bien puede efectuar el correspondiente mandamiento al registrador sin necesidad de ser parte en juicio. (Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero).

¹³⁶ Así se afirma que "A la fecha en que se celebra el contrato entre el proveedor de alojamiento de datos y el titular de la web, la Ley 34/02 no estaba vigente -entró en vigor, en lo que aquí interesa, el 12 de octubre de 2002-, y no existía obligación legal alguna de comprobar el proveedor de alojamiento la verdadera identidad del cliente -proveedor y autor del contenido- y el contrato electrónico tipo utilizado por la demandada únicamente preveía que ése facilitara los datos de identidad, pero no que diera garantías que permitieran al proveedor de alojamiento comprobar a la fecha de la contratación que los datos facilitados eran reales con el fin de poder localizar, en su caso, al titular del sitio web."

Luego el error se matiza "ni siquiera estaba en vigor la Ley 34/02 y ésta solo obliga a identificarse a los proveedores de contenidos profesionales, lo que no era el cliente de la demandada, y a los proveedores de servicios a comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, la información que les permita identificar a los destinatarios de servicios, no a solicitud de cualquier tercero como era el actor cuando efectúa el requerimiento a la demandada-". (Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre).

¹³⁷ Así sucede cuando se trata de la rectificación de una publicación científica que también se difunde en la red, sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, núm. 9/2004, de 22 enero, caso del laboratorio farmacéutico (Merck Sharp & Dohme) frente a una publicación científica "Butlletí Groc". De igual modo en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 709/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 julio sobre la campaña de prensa del *Heraldo de Aragón* en su versión papel y *on line*.

para los tribunales no plantea ninguna dificultad que la “divulgación” de la lesión al honor, intimidad o propia imagen (art. 7.7 Ley Orgánica 1/82 de 5 mayo) se lleve a cabo por internet¹³⁸. También, en dos de los tres supuestos relativos al derecho de rectificación, se ha reconocido la proyección del mismo para internet, sin planteamiento alguno¹³⁹.

A partir de los casos analizados, el juicio de si las expresiones son efectivamente insultos o extralimitaciones de la libertad de expresión no parece en modo alguno condicionado porque el medio sea internet. En las resoluciones judiciales, la argumentación sobre si se trata o no de una extralimitación de la libre expresión gira sobre cuestiones jurídicas diferentes¹⁴⁰. Prácticamente en ninguna resolución el juzgador se plantea la singularidad de que los contenidos lesivos de otros derechos se realicen en páginas particulares en internet, diversas de los medios de comunicación clásicos¹⁴¹. Sólo en un caso –*foro para desahogo*– fue un elemento determinante que los insultos se llevaran a cabo en un foro, “dentro de una página *web* destinada específicamente a servir como tribuna de quejas o descarga de iras contenidas entre usuarios que se registren. Dicho con simpleza, foro para manifestar los propios descontentos o simplemente hablar mal”¹⁴².

¹³⁸ “El vocablo divulgación significa simplemente el conocimiento por terceras personas, en mayor o menor número, siendo, en principio, indiferente el medio empleado para tal divulgación.” Caso *Idiada*, Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre.

¹³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 3 de junio de 2002, caso *foro Andecha-Astur* y sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, núm. 9/2004, de 22 enero (caso *rectificación empresa farmacéutica*).

¹⁴⁰ La protección del prestigio y dignidad de las personas jurídicas, del prestigio profesional de las personas físicas (caso *Asociación de Internautas*, caso *Idiada*, caso *CCOO-El Corte Inglés*), el conflictivo lenguaje en el ámbito sindical (caso *CCOO-El Corte Inglés*), el hecho de que una sentencia previa declaraba responsable de negligencia médica a la clínica injuriada (caso *hermano de víctima cirujía plástica*).

¹⁴¹ Únicamente, en el caso de la *web* personal de la parroquiana Sra. Lindqvist, aunque no expresamente, late la necesidad de no considerar la misma una transferencia internacional de datos.

¹⁴² Caso *foro para el desahogo*, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 de mayo, razonamiento jurídico segundo.

Como recuerda Roig en este mismo libro, en Estados Unidos, en el caso *John Doe nº 1 v. Cahill*¹⁴³ el Tribunal tuvo en cuenta el contexto tanto por el carácter anónimo de quien realiza las afirmaciones cuanto del tipo de página *web* de la que se trata –un *blog* con muchas intervenciones-¹⁴⁴.

En España, también en uno de los supuestos del derecho de rectificación, la concreta sentencia lo ha reservado para los medios de comunicación, no para otros modos de comunicación como internet. Sus argumentos, aunque textualmente discutibles, tienen en cuenta la relevancia del tipo de página *web*, los usuarios específicos a los que se destina y la posibilidad de que el derecho de rectificación suponga una barrera a la libre expresión en un sector específico¹⁴⁵. Pese a que los argumentos

¹⁴³ *John Doe nº1 v. Cahill*, 2005, de 5 de octubre de 2005, disponible en http://internetcases.com/library/cases/2005-10-05-cahill_v_doe.html, (7.6.2006).

¹⁴⁴ Como recuerda Roig, el Tribunal afirma que el debate en Internet es, en muchas ocasiones, anónimo y la audiencia debe evaluar la credibilidad de lo allí postulado en base únicamente a las palabras. Y los blogs, al igual que los *chats*, son lugares con características específicas: en una cacofonía de centenares de mensajes semanales, se escribe con muchos errores gramaticales y hay muchos mensajes vulgares y ofensivos. En este contexto, los lectores no interpretan los contenidos de los escritos anónimos como si fueran afirmaciones de hechos ciertos, sino como meras opiniones o puntos de vista personales. Suele ser habitual que contesten otros internautas. De hecho, un internauta reaccionó ante el mensaje de John Doe nº1 indicando que no le parecía serio ni creíble. El propio Cahill también intervino en el blog. Por todo ello, el Tribunal consideró finalmente que no hubo difamación que justificara la solicitud de identificación del Concejal Cahill. Por consiguiente, aunque se aplica también la protección frente a la difamación, el contexto del blog cambia la forma de aplicarla. La falta de credibilidad del ámbito es ahora consustancial, y por ello, el posible daño es en principio menor.

¹⁴⁵ Sentencia Audiencia Provincial León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre (caso *Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa*): “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 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.”

sean depurables, cuanto menos se ha contextualizado la particularidad del modo de comunicación que implica internet¹⁴⁶.

Sin embargo, creo que en diversas de las decisiones el medio particular de internet, y en concreto el tipo de sitio de internet de que se trataba, los usuarios a los que estaba destinado y la tipología de su autor, son elementos que habrían de tenerse en cuenta en la base argumental de tipo jurídico institucional, que justificase –aun parcialmente- la decisión a adoptar. De un lado, estos elementos pueden ser determinantes incluso de la “relevancia pública” de la información que la *web* difunde, al concretarse sobre comunidades concretas¹⁴⁷. Siendo que a mayor relevancia pública, mayor posibilidad de justificar la limitación del derecho afectado, en algunos casos de los enunciados el dato podría haber sido significativo. En la red, como fuera de línea, hay comunidades, a veces, bien definidas. De otro lado, el tipo de web, autor, usuarios, contenidos, puede determinar el contexto para determinar si hay o no ofensa del derecho en juego (por lo general respecto del honor). No en vano, el contexto es un elemento clásico determinante del tratamiento de las injurias u otras lesiones de derechos¹⁴⁸. En esta dirección, no debe olvidarse la posición activa y selectiva del usuario que accede a la red, frente a otros modos de

¹⁴⁶ Ahí en concreto, se dice que la *web* de una plataforma política no va dirigida a un público numeroso y heterogéneo (lo cual es cierto y relevante), ni se le puede exigir veracidad (lo cual es discutible, si bien se debe modular el entendimiento de ésta para no interrumpir el proceso de libre expresión en internet).

¹⁴⁷ Así, sólo por especular, cabe pensar en la relevancia de la información sobre el conflicto en una empresa, en la *web* sindical de la sección de esa empresa (caso *CCOO, El Corte Inglés*); de la información sobre los parroquianos en la *web* de la parroquia (caso *Lindqvist*); la información sobre negligencias en clínicas estéticas en una *web* sobre clínicas estéticas o negligencias médicas (en este caso no consta información del supuesto); una *web* del sector de investigación del automóvil, o, por ejemplo, una *web* del mundo masón que critica la gestión del líder (caso *aprendizmason*), etc.

¹⁴⁸ En este punto, no es lo mismo calumniar en la *web* de www.elpais.es que en una página de corte radical, por ejemplo. O difundir un rumor en una *web* de acceso general que en una *web* personal o en www.rumores.com.

comunicación más penetrantes¹⁴⁹. En este punto, aunque no expresado directamente por la sentencia, aprovechar el dominio con el nombre del insultado o criticado, es un elemento también a tener en cuenta para sí estimar con mayor facilidad la intromisión¹⁵⁰. Por el contrario, diferente tratamiento merecen los contenidos críticos a los que se accede por una selección del usuario de internet que busca tales contenidos críticos (por ejemplo, *putasgae /antisgae*).

Es posible que en el supuesto *Asociación de Internautas-SGAE* estos factores debían haber tenido no poca incidencia para el juicio de fondo sobre si la expresión “*putasgae*” y la muy severa crítica contra sus acciones y representantes pudieran considerarse dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión¹⁵¹.

De otra parte, sí que se tuvo en cuenta la particularidad que implica internet, en la fijación de la indemnización del caso *Idiada*, empresa del sector del automóvil, como luego se comenta.

¹⁴⁹ En este punto, entre los casos vistos, el contexto puede ser relevante cuando se trata de información panfletaria sindical en una *web* de la sección sindical en la empresa (caso *El Corte Inglés- CCOO*).

¹⁵⁰ Caso *Idiada*, empresa sector automóvil, con insultos o críticas en los tres dominios genéricos con su nombre, *idiada*.com, .net., .org.

¹⁵¹ En este punto, en el ámbito de la comunidad internauta la cuestión del canon a los soportes digitales es de la máxima relevancia, como objetivamente lo muestran más de medio millón de visitas a la *web*. A diferencia de casos en los que un internauta teclea el nombre del dominio de una empresa y se encuentra con críticas o injurias a la misma (caso *Idiada*), aquí el internauta tendría más que claro que el canal elegido para informarse era contrario a la organización censurada (*putasgae/antisgae*). Asimismo, al igual que los tribunales son muy condescendientes con el conflictivo lenguaje de lucha obrera, no debería obviarse la idiosincrasia propia de la comunidad internauta, “libertaria” y anarquista en sus orígenes.

3. Sistemas y parámetros de responsabilidad, vías de exención y libertad de expresión

3. 1. La fundamentación judicial del particular sistema de responsabilidades de los ISP

Son varias las sentencias que giran alrededor del sistema particular de responsabilidad de los ISP y las particularidades de la red, a la vez de la superposición de los diversos sistemas de responsabilidad.

Destaca en todo caso el auto de medidas cautelares (caso *Weblisten*)¹⁵², de un lado, por su amplia fundamentación del sistema de responsabilidad y, de otro, por hacer un recorrido interpretativo del sistema de la LSSICE. Así, se parte de qué es y cómo funciona la red¹⁵³ para señalar la evolución del sistema de responsabilidad en los Estados Unidos¹⁵⁴ y fundamentar el que se ha seguido en la Unión Europea y en España a través de su transposición¹⁵⁵. Así, se explica y fundamenta extensamente que

¹⁵² Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004, caso *Weblisten*.

¹⁵³ “Sabido es que Internet constituye una red integrada por infinidad de « nodos»; esto es, de ordenadores dedicados a encaminar los paquetes de información desde su origen hasta su destino, eligiendo el enlace más adecuado en cada momento.”

¹⁵⁴ “El dilema de que se trata no es nuevo. Su origen hay que buscarlo en la pugna planteada en Estados Unidos entre la industria de contenidos y el sector de las telecomunicaciones y de los proveedores de servicios de Internet, entre quienes se debatió durante largo tiempo si debía o no otorgarse a los titulares de derechos de autor la posibilidad de exigir responsabilidad a los prestadores de servicios de Internet (IPS) por razón de las copias ilegales que circulaban por sus redes y/o se alojaban en sus servidores, y si esa responsabilidad debería o no extenderse no sólo a los infractores principales (en nuestro caso lo sería *Weblisten*, SA y/o *Net Provider*, SA) sino también a cualquier prestador de servicios que físicamente hubiera posibilitado la difusión (en el caso, *Bitmailer*, SL). En el aludido trance, la consideración de que una disciplina responsabilística dotada del grado de rigor que proponía la industria de contenidos comprometería seriamente la viabilidad económica de los operadores de Internet, determinó finalmente la adopción de una solución de compromiso entre los diversos intereses en juego con la denominada *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998, en la que se establecieron una serie de exenciones a la responsabilidad de los ISP por los materiales que infringieran derechos de autor.”

¹⁵⁵ “Solución que, en nuestro ámbito, fue más tarde adoptada por la Directiva de Comercio Electrónico, incorporada al ordenamiento interno español por la ya mencionada Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, siendo su ámbito material más amplio que el de la comentada

no es posible aplicar un “concepto de causalidad estrictamente mecanicista” según el cual el ISP es responsable de los contenidos, puesto que siendo internet una red llena de nodos, cualquier titular de un nodo sería responsable del contenido ilícito. Dicha concepción sería “riesgo que para la pervivencia del sistema en su conjunto”¹⁵⁶

Asentadas tales bases, se detalla e interpreta – singularmente- la tipología de responsabilidades en el ámbito de la LSSICE, según los distintos servicios de intermediación:

- servicios ordinarios de provisión de acceso a Internet y de tránsito IP a través de la red (art. 14) a quienes, sin perjuicio del artículo 11, no les incumbe una obligación propia de cesación o retirada de contenidos aun conociendo su ilicitud¹⁵⁷.

Ley estadounidense al ir referido no sólo -que también- a los supuestos de infracción de derechos de propiedad intelectual sino, en general, a cualquier resultado dañoso proveniente de los contenidos transmitidos o almacenados, incluyendo, por tanto, la infracción de otros derechos de exclusiva (v. gr. marcas, diseño industrial), la competencia desleal o la violación de la intimidad, entre otros muchos supuestos imaginables.”

¹⁵⁶ “[N]o siendo menos cierto que, a partir de una concepción de la causalidad de tipo universalista como la expuesta, el reproche inherente a la conducta cooperadora habría de proyectarse no solamente sobre Bitmailer sino también sobre todos y cada uno de los titulares de los múltiples « nodos» que, en definitiva, posibilitan integralmente esa transmisión hasta el usuario final. Y ello con el consiguiente riesgo que para la pervivencia del sistema en su conjunto representaría una noción de la responsabilidad tan generalizada y abierta.”

[...]

“Pues bien, la idea común que subyace en todos esos cuerpos normativos consiste no solamente en huir de las nociones de causalidad universal derivadas de conceptos meramente mecanicistas sobre la transmisión de información, sino también en prescindir del manejo de conceptos jurídicos indeterminados -y por ello inseguros- como el de la causalidad adecuada o el consistente en discernir entre causas próximas y remotas en atención al mayor o menor grado de previsibilidad del daño. Por el contrario, el problema se resuelve, en general, estableciendo una cláusula genérica de exención de responsabilidad a la que se añade un elenco de definiciones, con arreglo a criterios de tipicidad legal, de los específicos servicios en cuyo desarrollo los prestadores de servicios de intermediación pueden, bajo determinados presupuestos - que igualmente se definen y tipifican-, incurrir en responsabilidad por razón de los contenidos transmitidos y/o alojados o almacenados.

¹⁵⁷ “A partir, pues, de los precedentes planteamientos, y, entrando ya en el manejo del elenco de responsabilidades que definen los arts. 14 y ss. de la Ley 34/02, es de destacar que, al margen de un servicio de « housing» al que más adelante

- servicios de *caching* o memoria tampón (art. 15), con obligación de retirada de contenidos o bloqueo de acceso “en cuanto tenga conocimiento efectivo de que un tribunal u órgano administrativo competente así lo ha ordenado.”

- el caso del *hosting* o alojamiento de datos ajenos (art. 16); para el juzgador basta el conocimiento real por cualquier vía de la ilicitud de contenidos¹⁵⁸.

- En el supuesto de autos se califica la prestación de servicios como típico servicio de *housing*, con mínimas posibilidades de responsabilidad para este tipo de ISP¹⁵⁹.

Sin perjuicio del anterior repaso, el juzgador interpreta también el deber general del artículo 11¹⁶⁰, respecto del mismo

aludiremos, la demandada Bitmailer no admite prestar para Net Provider otros servicios que los ordinarios de provisión de acceso a Internet y de tránsito IP a través de la red, esto es, el tipo de servicios a que alude el art. 14 de la Ley cuando, fuera de algunas excepciones que no hacen al caso, establece que «... Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida...». Pues bien, 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.”

¹⁵⁸ El juez señala que se da “la única particularidad de que en este caso la obligación de retirar o de imposibilitar el acceso a los contenidos surge para el prestador por el solo hecho de adquirir conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, configurándose la eventual noticia relativa a la existencia de resolución cesatoria emanada de órgano competente como una, más -entre otras posibles- de las vías por las que puede llegar a adquirirse el conocimiento de la ilicitud.”

¹⁵⁹ “[S]in que el prestador -Bitmailer- tenga acceso no ya al control de los contenidos o datos que albergan sino ni siquiera a la manipulación de las propias máquinas, acceso que queda en todo momento reservado al contratante de dicho servicio”

¹⁶⁰ En el caso concreto se considera que la entidad demandada tan siquiera era uno de los sujetos posibles de los considerados en los artículos 15 y 16 de la LSSICE, pero sí uno de los del artículo 14, vía por la cual pasa a analizar la cuestión desde la perspectiva del deber de colaboración del artículo 11.

señala que “a través de él no se configura una especial acción de cesación frente a aquel ISP a quien, en principio, no incumbe la obligación de cesar”, sino que todo se condiciona a una orden concreta de cesación emanada de la autoridad competente, en su caso judicial¹⁶¹.

También, con carácter general, la sentencia del caso *aprendizmason*¹⁶² es destacable por comentar las pautas generales de atribución de la responsabilidad de la LSSICE, e interpretar que “el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios”¹⁶³.

¹⁶¹ “[O]rden de cesación emanada de autoridad competente, en su caso judicial, de tal suerte que aquel deber no se concibe como la concreción de una obligación propia y genuina de cesación del prestador nacida para él « ex lege » del art. 1089 del Código Civil (LEG 1889, 27) en relación con los arts. 15 y 16 de la Ley 34/02, sino como un deber de Derecho Público que obliga a todo operador de Internet -de la clase que sea- a colaborar con las autoridades en la materialización o cumplimiento de una obligación que no es propia del llamado a colaborar sino ajena y que genuinamente no incumbe más que a aquel frente a quien se ha dirigido la orden de cesación emanada de aquella autoridad.”

¹⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre.

¹⁶³ “A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado «cuando el 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», como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los

3. 2. El problema del “conocimiento efectivo” de los ISP de contenidos ilícitos o dañosos

Una cuestión bastante conflictiva a la hora de la interpretación y aplicación de la LSSICE, con clara trascendencia para la libertad de expresión es la relativa al concepto de “conocimiento efectivo”. En general, el ISP pasa a incurrir en responsabilidad desde que tiene tal “conocimiento efectivo” de la ilicitud o daño de los contenidos, si no los retira o bloquea su acceso¹⁶⁴.

Hay que precisar, en todo caso, que esta exigencia no se regula por igual en la LSSICE. No es condición para la responsabilidad de los operadores y proveedores que transmiten datos (art. 14). Para el caso de los ISP que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (artículo 15, *caching* o memoria tampón) se modula de forma particular, sin

autores de actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.”

¹⁶⁴ El tratamiento jurídico de la cuestión varía del artículo 15 al de los artículos 16 y 17 de la LSSICE.

En el artículo 15 se atribuye la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, obligándoseles en la letra e) a retirar la “información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente. 2º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.”

En el artículo 16, relativo a la responsabilidad de prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, se les exime de responsabilidad 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” y se especifica 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.”

A este mismo concepto preciso de conocimiento efectivo del artículo 16 se vuelve a acudir en el artículo 17 para la exención responsabilidad a los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”.

precisión del concepto de conocimiento efectivo¹⁶⁵. Por el contrario, en los artículos 16 (servicios de alojamiento o almacenamiento) y 17 (facilitación de enlaces o instrumentos de búsqueda) se utiliza la misma fórmula, en la que parece precisarse de qué tipo de conocimiento efectivo se trata, aunque sin demasiada fortuna¹⁶⁶.

No son pocos los problemas que se suscitan sobre el “conocimiento efectivo” y la libertad de expresión. Valero ha puesto de manifiesto la facilidad que tiene cualquier órgano administrativo –aun manifiestamente incompetente o sin fundamento- para remitir resoluciones que jurídicamente tengan –sin duda- el valor de “conocimiento efectivo” y generen la condición de asunción de responsabilidad para el ISP que no obedeciera y retirara u bloqueara contenidos¹⁶⁷. (Aun absurdo,

¹⁶⁵ En este caso, se vincula a los particulares deberes que constituye la norma –no sólo como condiciones de exención de responsabilidad (no modificar la información, mantener accesos restringidos, cumplir con estándares aceptados). Así, el conocimiento efectivo no sólo es relativo a la ilicitud o daño de los contenidos, sino también de que estos contenidos ya no están en la red o han sido bloqueados. También, se afirma el conocimiento efectivo de que “un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.”

En este supuesto, la norma no precisa el alcance, forma y contenido del conocimiento efectivo.

¹⁶⁶ Se trata de “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” y se precisa que este conocimiento es “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.”

¹⁶⁷ Ello se debe a la presunción de validez de los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/1992), que llevaría a la obligación de operar el bloqueo o retirada de contenidos aún en el caso de que la resolución fuera dictada por órgano manifiestamente incompetente o carente de cualquier fundamento, siendo que habría que acudir a la resolución de la suspensión cautelar de la medida, ya a posteriori. Sobre el tema VALERO TORRIJOS, Julián, “Responsabilidad administrativa sancionadora”, en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares (Colección Derecho de la Sociedad de la Información), Granada, 2005, págs. 87-114, en concreto, págs. 102 y ss.

pensemos que el concejal de urbanismo de una pequeña población solicitara al servidor de *Marca.com* el bloqueo o retirada de sus contenidos). En todo caso, sobre este problema, afortunadamente, no consta experiencia o resolución judicial.

Las dudas y variables que afectan al “conocimiento efectivo” pueden darse tanto sobre de qué se tiene que tener conocimiento¹⁶⁸, quién determina que el contenido es ilícito o dañino¹⁶⁹, quién puede transmitir este conocimiento¹⁷⁰, a quién¹⁷¹ y cómo tiene que hacerlo¹⁷².

¹⁶⁸ Por el contenido del “conocimiento”: ¿de qué se tiene que tener conocimiento? Por lo general (arts. 16 y 17) se trata del conocimiento de la ilicitud de los contenidos o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Esto bien puede ser una afirmación fáctica sobre los contenidos colgados en la red, incluso sin calificación jurídica. Lo más normal, en todo caso, es que a la comunicación bien puede ser la declaración de la ilicitud, la orden su retirada o bloqueo, o la existencia de la lesión, y cabe señalar que estas resoluciones pueden estar dirigidas directamente por el órgano al ISP o simplemente serle comunicada su existencia.

¹⁶⁹ Las posibilidades son varias: el afectado, cualquier persona que así lo perciba, un órgano privado –por ejemplo generado por autorregulación- establecido por mecanismos de autorregulación, un ente público administrativo –independiente o no- con competencias en la materia de la ilicitud de contenidos, un juez.

¹⁷⁰ En este sentido, cabe dudar quién puede ser el remitente de este conocimiento, puesto que bien puede haber una resolución judicial o administrativa en la que no figure el ISP como destinatario formalmente, o meramente declare la ilicitud o daño de unos contenidos (por ejemplo, que varíen de servidor en servidor), pero sea él quien debiera ejecutarla.

¹⁷¹ Es bien posible que la resolución judicial o administrativa no contenga al ISP como potencial destinatario, sino que declare la ilicitud o el daño sin indicación subjetiva.

¹⁷² Por la forma: cómo debe producirse dicho conocimiento efectivo. Las posibilidades, relacionadas con lo anterior, son también varias. Que simplemente baste probar que la comunicación y conocimiento existió. Se trataría de una cuestión de prueba de que se dio una comunicación. Podrían incluso admitirse –cuanto menos indiciariamente- comunicaciones no formalizadas, que bien puede ser verbal (teléfono), escrita, transmitida por mecanismos cuya autenticidad no es segura (por ejemplo un correo electrónico, sin firma electrónica o un sistema de avisos dentro de una página web), etc. Las actuaciones del ISP tras el envío de comunicaciones no formalizadas bien podrían ser un sustento probatorio de un conocimiento efectivo.

En todo caso, cabe pensar en la exigencia de comunicaciones con constancia formal y validez legal. Así, la comunicación al ISP, para el caso de establecerse por parte de un sujeto privado puede quedar oficializada y con constancia legal por diversos medios (correo electrónico con firma reconocida, burofax con acuse de

Sin se opta por los requisitos “mínimos”, el resultado sería bien peligroso para la libre expresión e información. Y es que está claro que si un ISP contrae responsabilidad desde que cualquiera le comunica y por la forma que sea que un contenido es –a juicio de esta persona- ilícito, lo lógico es que la reacción primera e inmediata será la de retirar o bloquear los contenidos para no caer en responsabilidad. Este efecto es, necesariamente, perverso para la libertad de expresión e información. También, al argumento de la libre expresión, hay que añadir la regulación de consumo. En este sentido, es posible y habitual que el contrato de alojamiento de contenidos o sus condiciones generales de contratación, por ejemplo, contengan condiciones sobre la licitud y moralidad de los mismos, su carácter no xenófobo, incitador a la violencia, sexual, etc., es factible incluso que se atribuya la facultad de juzgar el carácter de estos contenidos y de la consiguiente retirada de los mismos por el ISP. Sin embargo, se ha recordado que este tipo de cláusulas y prácticas deben considerarse abusivas y nulas por Derecho de consumo¹⁷³. Habría que ver cómo considerar los mecanismos de autorregulación y códigos con este tipo de actividades “censoras” sin participación alguna del afectado. Sin obviar su necesidad, no cabe menos que recordar la proyección de la dimensión objetiva de la libre expresión e información en el Derecho privado, de una parte, así como recordar el amparo del derecho subjetivo incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares. En este sentido,

contenido, correo certificado, acta notarial, etc.). Si se trata de la comunicación por parte de un ente público hay que estar por el sistema de notificación regulado tanto en el ámbito administrativo como judicial.

¹⁷³ Ello es así en razón de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concreto por cuanto implica la atribución unilateral de facultades de interpretación del contrato (Disp. Adicional Primera I. 2ª de la LGDCU) o la también abusiva autorización de rescisión del contrato unilateralmente de forma discrecional, cuando no se le concede la misma posibilidad al consumidor, o se quede aquél con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas (Disp. Adicional Primera III. 17 LGDCU).

TUR FAÜNDEZ, María Néida, “La responsabilidad contractual de los intermediarios electrónicos”, en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, cit., págs. 145-164, en concreto, págs. 152 y ss.

las restricciones a la distribución de contenidos por un sujeto privado (el ISP) pueden considerarse lesivas de la libertad de expresión¹⁷⁴.

En el lado opuesto, esto es, si se opta por los requisitos “máximos”, podría darse la aberrante situación de que contenidos palmaria e insultantemente ilícitos –pensemos en pornografía infantil, por ejemplo- siguieran siendo accesibles esperando a la adopción y comunicación formal de una resolución administrativa o judicial. Y ello, pese a que el proveedor de servicios de internet conociera por múltiples internautas la existencia de tales contenidos aberrantes, o incluso, fuese notificado de resoluciones que sin ir destinadas a él señalasen que tales contenidos son constitutivos de graves delitos.

Se puede señalar que hay una posición “expansiva”, tendente a interpretar que hay diferentes posibilidades de conocimiento efectivo, más allá de la comunicación por el órgano competente, frente a una posición más restrictiva, limitando las posibilidades de que se dé este conocimiento efectivo¹⁷⁵. Hay razones para sostener tanto para la posición expansiva¹⁷⁶ cuanto la

¹⁷⁴ En esta línea, se vulnera la libre expresión dificultando materialmente la distribución de publicaciones, tanto por un sujeto público (En el interesante caso por el cual la entidad de Correos procedió a no distribuir revistas de una empresa calificadas de pornográficas, sentencia 52/1995, de 23 febrero) como incluso, por un sujeto privado. Así, en un caso alemán resuelto por el Tribunal Constitucional Federal, *BverfGE* 25, 256, caso *Blinkfüer* de boicot de distribución de una publicación en Berlín, donde se señaló “El ejercicio de una presión económica, que genera en el implicado graves perjuicios, y que tiene como finalidad impedir la difusión de opiniones y noticias, que se encuentran protegidas constitucionalmente, viola la igualdad de oportunidades en el proceso de formación de la opinión, y contradice el sentido y esencia del derecho fundamental de la libertad de opinión, que tiene por objeto garantizar la controversia ideológica.” Se sigue por SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (prólogo de Jan Woischnik y traducción de Marcela Anzola Gil), Gustavo Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, págs. 162 y ss.

¹⁷⁵ Sobre el tema, particularmente interesante, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Deberes de los servidores en la LSSICE”, cit. págs. 38 y ss. El autor señala como partidarios de cierta posición expansiva a Pequera Poch, Busto Lago y Massaguer. En una posición restrictiva, como la que él defiende, Garrote.

¹⁷⁶ A favor de la posición expansiva, pueden valer los siguientes argumentos:

restrictiva¹⁷⁷, así como se sostienen posiciones “conciliadoras”, excluyendo extremos¹⁷⁸.

Sobre esta cuestión, la sentencia que resuelve el caso *aprendizmason.org* es clara¹⁷⁹, pues considera que el ISP

El precepto señala la existencia de “otros medios de conocimiento que puedan establecerse”. Ello podría abrir la puerta a que el juez pueda examinar caso por caso si se ha dado un conocimiento efectivo. Cuanto menos, cabe considerar que no es una lista cerrada de vías de conocimiento efectivo y pueden “establecerse” de forma regulada y, sobre todo, autorregulada (códigos, condiciones de uso, etc.) vías para que se adquiriera el conocimiento efectivo de una ilicitud. En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 15 de la Directiva de Comercio electrónico que tras señalar la inexistencia de un deber general de supervisión de contenidos, admite que los Estados puedan “establecer obligaciones tendentes a que los PSSI comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos”.

Asimismo, se dice que cuando los artículos 16 o 17 de la LSSICE afirman que “sin perjuicio de la existencia” de otras vías de conocimiento efectivo abre claramente la puerta a ello.

Estos artículos afirman que “se entenderá” que existe conocimiento efectivo, afirmando una presunción y permitiendo otras vías de conocimiento efectivo.

¹⁷⁷ En el lado de una posición restrictiva, son también varios los argumentos de apoyo, a saber:

Los artículos 16 y 17 utilizan la expresión “sin perjuicio” para excepcionar claramente los casos en los que es posible otra vía de conocimiento efectivo, que se contemplan como excepción.

El Considerando 46 de la Directiva subraya que la posición restrictiva de las vías de conocimiento efectivo es precisamente la favorable a la libertad de expresión.

Resulta superfluo que se defina qué es conocimiento efectivo si el legislador pensara en una lista abierta.

De considerarse que estos preceptos incluyen una presunción (“se entenderá”), se trata de una presunción “iures et de iure”.

¹⁷⁸ Así, Cavanillas parte de que no puede exigirse una supervisión metódica de contenidos, ni para el caso de sistemas de supervisión, no bastase como conocimiento efectivo la mera posibilidad de conocimiento del ilícito. También se afirma que los avisos o notificaciones por la parte interesada no obligan a revisar las informaciones, sino que hay que acudir al órgano competente, no obstante, afirma este autor que la prueba de que el ISP siguiendo la comunicación del interesado o de un tercero, o a propia iniciativa, ha visualizado los datos ilícitos “podría considerarse que existe conocimiento efectivo”, aunque el mismo autor señala que esto sería una amenaza para la libertad de expresión. (CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Deberes de los servidores en la LSSICE”, en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, cit., págs. 29-48, en concreto, págs. 43-44).

iespana no podía proceder a la retirada o censura de los artículos de opinión o crítica escritos por terceras personas y contenidos en la página publicada en el portal de Internet, ya que ello atentaría contra el derecho fundamental a la libre expresión¹⁸⁰. Se afirma con claridad que sin requerimiento judicial no podía exigirse responsabilidad, como resultaba del artículo 16 de la LSSICE. El requerimiento notarial del afectado no es “conocimiento efectivo” de la ley:

“no había tenido conocimiento efectivo, en el sentido dado por el precepto, de que los artículos de opinión lesionaran el derecho al honor del actor y no venía obligada a retirar o imposibilitar el acceso a los artículos, so pena de convertirse en órgano censor vulnerador del contrato celebrado con el cliente y, de resolverse finalmente que no había existido vulneración del derecho al honor, en trasgresora del derecho a la libertad de expresión del referido cliente, e, incluso, había advertido 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 del actor”.

Resulta llamativo el caso *Weblisten* en tanto en cuanto “obiter dicta” se considera que en el caso del alojamiento de datos ajenos (art. 16 LSSICE), basta el conocimiento real por cualquier vía de la ilicitud de contenidos, afirmándose expresamente que no es necesaria una resolución de autoridad administrativa o judicial¹⁸¹.

¹⁷⁹ Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre.

¹⁸⁰ En este caso, cabe recordar que el ISP no permaneció impasible ante el requerimiento del afectado, pues incluso advirtió de la situación al autor de los artículos a través de la página web.

¹⁸¹ El juez señala que se da “la única particularidad de que en este caso la obligación de retirar o de imposibilitar el acceso a los contenidos surge para el prestador por el solo hecho de adquirir conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero

Como referencia indirecta¹⁸², cabe mencionar el caso *www.ajoderese.com*, sitio *web* con enlaces para ver televisión de pago. En este supuesto, el Auto del Juzgado de instrucción nº 9 de Barcelona, de 7 de marzo de 2003 dictó el sobreseimiento por falta de conocimiento efectivo de la ilicitud por el ISP, si bien no se clarifica por completo cómo se juzga el mismo¹⁸³.

Por último, aun sin tratarse de una resolución judicial, cabe señalar que la Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 marzo, sobre protección del menor se atribuye la condición de “órgano competente” para comunicar formal la ilicitud de los contenidos al ISP y requerir la retirada de los mismos bajo amenaza de inicio de acciones judiciales¹⁸⁴.

susceptibles de indemnización, configurándose la eventual noticia relativa a la existencia de resolución cesatoria emanada de órgano competente como una, más - entre otras posibles- de las vías por las que puede llegar a adquirirse el conocimiento de la ilicitud.” Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004.

¹⁸² Y es que se trata de casos citados por GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “Deberes y responsabilidades en materia de propiedad intelectual”, en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso...*, cit. Págs. 248-249.

¹⁸³ “Por tanto, al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del artículo 17. 1 de la Ley 4/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa”.

¹⁸⁴ “A tales efectos, los Sres. Fiscales, cuando dentro del ámbito de aplicación de la LSSICE, tengan conocimiento de la existencia de una página *web* con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, en el curso de las Diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor.

De no atenderse al requerimiento, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse además de contra el autor y titular de la página *web* en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio.”

3. 3. La superposición de sistemas y los diferentes criterios de responsabilidad empleados por los jueces

Por cuanto a la superposición de sistemas de responsabilidad, debo señalar que a mi juicio, una de las cuestiones más complejas y de verdadero interés material sobre el nexo libertad de expresión e internet es la amplia concurrencia de regímenes jurídicos que pesan sobre el flujo de opinión e información en la red, con las consiguientes vías procesales y criterios de responsabilidad exigibles. Es bien sencillo imaginar supuestos donde una información en internet puede suscitar la atracción jurídica de responsabilidad civil muy variada¹⁸⁵, administrativa (también variada)¹⁸⁶ y penal¹⁸⁷, siendo que además

¹⁸⁵ Y es que la concurrencia de regímenes es enorme. En el ámbito civil, entre otros:

- la general responsabilidad civil extracontractual de daños (1902 Código Civil), que sigue aplicándose y alegándose en internet ante las indefiniciones que aún produce el tratamiento jurídico de la materia.

- La responsabilidad civil por intromisión ilegítima en honor, intimidad o propia imagen (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), cada vez más frecuente, aplicable a su vez no sólo cuando se trata de personas físicas, sino también personas jurídicas.

- La posible concurrencia del sistema de responsabilidad establecido en la Ley de 18 marzo 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta.

- La responsabilidad civil en el ámbito de la propiedad intelectual (*gran espada de Damocles* dada la habitualidad en la reproducción de contenidos ajenos),

- La responsabilidad por ilícito de la Ley de Competencia desleal, ampliamente concurrente con la anterior responsabilidad por propiedad intelectual, pero también puede resultar una acción "comodín" para una multiplicidad de supuestos.

- De igual modo, piénsese en la responsabilidad civil también por infracción de la Ley orgánica de protección de datos (art. 19. 1º).

- Y claro, también, la responsabilidad civil especial deducible generada a partir del incumplimiento de deberes impuestos por la normativa específica de la LSSICE.

Todo lo anterior, sin desatender otras posibles concurrencias de responsabilidad civil a partir del ordenamiento laboral (por el uso de una *web* para realizar *mobbing*, amenazas, críticas, ofensas, revelación de secretos) o en el ámbito mercantil (revelación de secretos, publicidad, etc.).

¹⁸⁶ Desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, debe tenerse en cuenta el régimen específico de la LSSICE, no sólo destinado a los prestadores de servicios de intermediación, sino susceptibles de cometer por cualquier usuario – prestador de servicios- de internet. También, es bien sencilla que concurra la responsabilidad administrativa de la Ley orgánica de protección de datos (arts. 42 y

una y otras vías pueden superponerse. Pensemos en la *incauta* parroquiana Sra. Lindqvist añadiendo algunos pequeños detalles¹⁸⁸ y, sin saberlo, se habrá convertido en posible blanco de una infinidad de procedimientos civiles, administrativos y penales, y lo que es más, susceptible de la concurrencia de varios de diversa naturaleza por cada hecho autónomo. Y son cientos de miles los *incautos* bajo esta amenaza. A mi juicio, es

ss.), por cualquier tratamiento ilícito en la red (piénsese de nuevo en las “graves” acciones de la Sra. Lindqvist). A ello debemos añadir la potencial posibilidad del control de contenidos en la red por parte de órganos autonómicos del sector audiovisual. Ello es así a la vista de las regulaciones autonómicas del sector de comunicaciones y audiovisual de Madrid, Navarra, Andalucía, Cataluña y Valencia. En este sentido, teniendo en cuenta los ámbitos especialmente perseguidos por los tipos de infracciones de esta legislación, el control autonómico puede tener especial trascendencia para la red en el ámbito de la protección del menor, del consumidor y la publicidad.

Incluso, en el ámbito sectorial, la responsabilidad de un prestador de servicios de intermediación podría darse en el ámbito de la Ley General de Telecomunicaciones.

Todo lo anterior de control administrativo, sólo por cuanto al ámbito sectorial más vinculado al sector, si bien, las posibilidades de control administrativo se multiplican casi exponencialmente, en tanto pueden fácilmente concurrir regímenes administrativos de sanidad, alimentación, consumo y un muy largo etcétera. Con atribuciones y competencias de administraciones de todos tipo. También, desde el nada extraño uso de internet para la crítica o difamación, no sería descartable una respuesta disciplinaria para el caso de sujetos sometidos a relaciones de especial sujeción (funcionarios, alumnos, etc.).

También puede atraer toda la atención del ámbito administrativo el hecho de que la información se difunda a través de sitios de entes públicos, que son, por cierto, difusores de ingentes cantidades de información en la red. En este punto, es interesante la posible convergencia del régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

¹⁸⁷ Por último, y en esta triple perspectiva, los mismos hechos bien podrían dar lugar a una acción penal según los bienes jurídicos ofendidos (intimidad, protección de datos, amenazas, calumnia-injurias, daños, etc.).

¹⁸⁸ Así, téngase en cuenta su “temeraria” acción de poner en la página web comentarios y datos sobre sus amigos y parroquianos, añadamos a esa página web fotos de los mismos, comentarios de canciones, películas de la televisión o del cine o recetas de cocina, cortando y pegando recursos originales de otras páginas web, sumémosle severas críticas a las autoridades locales, nacionales o mundiales, imaginemos asimismo el *imprudente* hecho de que la anciana ha agrupado los correos electrónicos de sus conocidos, a quienes remite noticias sobre su web personal y un largo etcétera de “temerarias” actividades. Ante las dudas de si es un “prestador de servicios de la sociedad de la información”, pongamos por ejemplo que aloja sus contenidos en una web que es gratuita para D^a. Lindqvist, *a cambio*, de insertar publicidad automatizada al sitio.

una materia que va a requerir un reposado estudio doctrinal (hasta ahora los análisis de esta concurrencia en la red son escasos)¹⁸⁹ que no desconozca la realidad práctica y procesal de la materia.

La casuística judicial, difícilmente aborda estas cuestiones, aunque ciertamente lo hace con no poca inventiva y “libertad” ante la falta de criterios definidos. No en vano, los jueces y tribunales dan respuesta en el marco del procedimiento y la acción planteada, sea civil (laboral, mercantil), administrativa o penal. Y dentro del procedimiento, el juzgador por lo general enfoca la cuestión desde el tipo de responsabilidad alegada por las partes y la que ellos mismos consideran, si se me permite, a *su buen saber y entender*.

Así, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares frente a la distribución de música *mp3* por *Weblisten*, la acción se plantea sobre la base del ilícito en el marco de la Ley de propiedad intelectual y la Ley de Competencia desleal, con la obligación de cesación de la actividad ilícita a partir de estas normas. Sin embargo el juez señala la dificultad en la cuestión y entiende necesario acudir a la legislación específica de internet para saber si se ostenta la “capacidad para soportar pasivamente cualquiera de las acciones de cesación previstas en los arts. 139 y 18-2a, respectivamente, de aquellos cuerpos legales, incluido el propio concepto de «cooperación» manejado por el art. 20-1 de la Ley de Competencia Desleal.”¹⁹⁰. De este modo, se considera

¹⁸⁹ Pongo por caso el citado libro de Cavanillas, donde la concurrencia sólo se aprecia puntualmente, y especialmente en el caso de la propiedad intelectual y la competencia desleal. Ver “Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos”, págs. 165-202, en concreto, págs. 165 y ss. sobre la concurrencia de la normativa de protección de datos y la LSSICE, y págs. 199 y ss. sobre responsabilidad y concurrencia.

Asimismo, cabe acudir a GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “Deberes y responsabilidades en materia de propiedad intelectual”, en la misma obra, págs., 227-256, en concreto págs. 227 y ss. y págs. 237 y ss. sobre la acción de enriquecimiento injusto y por competencia desleal.

¹⁹⁰ “Así las cosas, no cabe duda de que, por más que sean la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Competencia Desleal quienes nos permiten definir en este caso la ilicitud de los contenidos o de la actividad, la circunstancia de que ésta se lleve a

que “la Ley 34/02 impone a los prestadores de servicios de intermediación, aunque sea mediante formulaciones de tipo indirecto, una concreta obligación de cesación (retirada de contenidos) en determinadas circunstancias”¹⁹¹.

En el caso *aprendizmason.org* se acude a varios parámetros de atribución de responsabilidad: la no concurrencia de los requisitos de conocimiento efectivo de la LSSICE, la no aplicación del sistema de responsabilidad solidaria de la prensa, ni concurrir culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil¹⁹². De hecho, en esta sentencia se acude, finalmente, a

cabo, no en cualquier medio imaginable, sino precisamente a través del medio conocido como Internet, obliga a integrar mediante la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico el concepto mismo de la legitimación o, lo que es igual, la capacidad para soportar pasivamente cualquiera de las acciones de cesación previstas en los arts. 139 y 18-2a, respectivamente, de aquellos cuerpos legales, incluido el propio concepto de «cooperación» manejado por el art. 20-1 de la Ley de Competencia Desleal. Y ello en la medida en que es precisamente esa legislación especial la que se ocupa de deslindar las respectivas responsabilidades cuando del ejercicio de actividades de intermediación se trata. No en vano el art. 13 de la Ley 34/02, después de establecer que «... Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...», nos indica que ello es «... sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley...», y, más explícitamente aún, que «... Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes...».

“Consecuentemente, si, de acuerdo con lo que acaba de razonarse, podemos colegir que la Ley 34/02 impone a los prestadores de servicios de intermediación, aunque sea mediante formulaciones de tipo indirecto, una concreta obligación de cesación (retirada de contenidos) en determinadas circunstancias, resulta obvio que dicha Ley ha de cumplir una función integradora a la hora de definir los sujetos pasivos a quienes puedan llegar a incumbir las acciones de cesación reguladas de modo general en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Competencia Desleal cuando los contenidos ilícitos vulneradores de estas Leyes se ejecutan, transmiten y difunden a través de la Red.”

Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² “[E]s imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISP y el prestador de servicios no puede equipararse a un editor porque es un mero distribuidor de la información; la equiparación que procede es editor-creador de la página web (aquí el cliente de la demandada); no la de editor-propietario del ordenador donde se aloja la información o editor-servidor.” Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre.

criterios materiales, apoyándose teóricamente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo¹⁹³ se considera que el parámetro esencial es el “efectivo conocimiento” de los contenidos ilícitos y “la posibilidad técnica de control de la información”¹⁹⁴. En esta sentencia también se niega la aplicabilidad de los criterios de culpa y responsabilidad en cascada para los medios de comunicación”, pues “es imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISP y el prestador de servicios no puede equipararse a un editor porque es un mero distribuidor de la información; la equiparación que procede es editor-creador de la página *web* (aquí el cliente de la demandada); no la de editor-propietario del ordenador donde se aloja la información o editor-servidor.”¹⁹⁵

En el caso *Idiada*, se excluye la responsabilidad de los contenidos que penden de un sitio de internet por el hecho de ser titular del dominio, o por figurar como contacto administrativo del mismo, para ello, se rechaza el sistema de responsabilidad en cascada de la Ley de prensa¹⁹⁶, “ya que el ámbito de aplicación de esta Ley no ampara supuestos como el enjuiciado ni por analogía, ya que el objeto de dicha Ley no se centra en el campo

¹⁹³ Se señala asimismo que su regulación particular, “tal normativa no excluye la aplicación de otras, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Protección Civil del Derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”.

¹⁹⁴ “[L]a responsabilidad por las intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen, no se ha de derivar sólo al autor de la información, sino también al intermediario, que soluciona los contenidos y los introduce en la red, poniendo a disposición de los usuarios una determinada información, ya sea en una página Web, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de que procede entender responsable al creador y el editor de la información, y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información”.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Artículo 65.2 de la Ley de 18 marzo 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta: “De la responsabilidad civil en materia de Prensa e Imprenta y de la patrimonial del Estado”:

“2.- 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.”

de las redes de telecomunicaciones de Internet”¹⁹⁷. Curiosamente, la ley que sí se centra en el campo de las redes de telecomunicaciones de Internet, la LSSICE, también es rechazada y sustituida por el criterio de participación en la elaboración de contenidos. Y es que se considera que las páginas *web* intromisivas eran “usuarios” de los “prestadores de servicios”, respecto de los que la LSSICE no fija obligación alguna.

Otro de los supuestos problemáticos de atribución de responsabilidad es la fijación de la misma a partir de la titularidad del dominio donde se alojan los contenidos ilícitos. En el caso *CCOO vs. El Corte Inglés*, no consta la autoría de un beligerante panfleto sindical, que se difundió a través de una *web* que utilizaba el sindicato (www.corty.net), si bien se consideró inicialmente “cooperadores necesarios” a los representantes sindicales de la sede concreta del conflicto laboral. En apelación se revocó esta consideración, como luego se comenta.

El supuesto más polémico en esta dirección es el caso *putasgae*, puesto que uno de los criterios de fijación de la responsabilidad es que constaba la Asociación de Internauta como titular del conflictivo dominio. Como se ha comentado, el criterio no debiera de ser determinante, si bien indiciariamente sí que puede ser una pauta de reconocimiento de responsabilidad de autoría de los contenidos lesivos.

¹⁹⁷ “[N]i tampoco encuentra acogida en la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, ya que esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su objeto es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación del correo electrónico, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios y es a éstos a quienes impone en el art. 8, restricciones a la prestación de servicios y establece que los órganos competentes, para su protección podrá adoptar medidas necesarias, para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que les vulneran y entre los principios que salvaguarda entre ellos, enumera la protección de los derechos a la intimidad personal y familiar, pero no se establecen obligaciones de los usuarios, por lo que no cabe su aplicación.” Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre.

3. 4. El tratamiento de algunas vías para intentar eximirse o mitigar la responsabilidad

Son diversas las vías para intentar eximirse de responsabilidad, incluso al margen de las vías de exención de la LSSICE. Debe recordarse en este sentido que las exenciones de la LSSICE giran, según se ha dicho, sobre la base del “conocimiento efectivo” del ISP, si bien cabe considerar que parten de la premisa de que el ISP no elabora o selecciona materialmente los contenidos discutibles. En esta línea, el artículo 14 exime de responsabilidad a los operadores de redes y proveedores de acceso “salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”, esto es, no se les exime en cuanto superen la neutralidad tecnológica de su función intermediadora¹⁹⁸. Asimismo, por cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16) se señala que “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.”

De este modo, además de las particularidades concretas de la responsabilidad de los ISP, hay que tener en cuenta toda una serie de actividades cada vez más extendidas en la red, que no caben situarse en las exenciones de responsabilidad estandarizadas, sin que ello lleve necesariamente a responsabilizar a quienes *corten y peguen* contenidos, con muchas variedades en la voluntariedad e intención de hacerlo, los contenidos colaborativos o en *wikis*, cuya autoría es imposible de descifrar y con dudosa capacidad de control por los sitios en los que se incluyen, y un muy largo etc. de actividades ya típicas en la red, cada vez más participativa y colaborativa. Aquí, sin perjuicio de acudir a la LSSICE, debe acudirse a toda una serie de criterios y circunstancias. Me permito señalar alguna, la

¹⁹⁸ Recuerda Cavanillas que esta alusión proviene directamente de la Directiva y se conecta, también directamente con la responsabilidad por ilícito de propiedad intelectual. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso...*, cit. págs. 51-52.

voluntariedad (directa o en la confección del sitio web), la estructura más o menos automatizada de una sindicación de contenidos, más o menos selectiva de los mismos, la diligencia en la selección de contenidos o en la confección técnica de la selección, la participación real de los mismos, la significancia de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados, los indicios que llevan a pensar en el conocimiento efectivo material de los contenidos y su posibilidad de control, el hecho de que esos contenidos estén más o menos difundidos en otros sitios, el nivel de acceso y relevancia en la red de quien los difunde, y un largo etcétera de circunstancias.

Considero que, teniendo en cuenta las reseñadas circunstancias, y en a favor de la libre expresión en la red, hay que reducir mucho la diligencia exigible al responsable de la página *web* colaborativa y de sindicación de contenidos, sin excluir que se le pueda atribuir la responsabilidad al son de su actividad consciente en la reproducción de contenidos. También en Estados Unidos parece que esta sea la tendencia judicial incluso para casos en los que el responsable del sitio recurre a la acción de “cortar y pegar”¹⁹⁹. La cuestión de la reproducción de contenidos ajenos (automatizada o no), seguro, merecerá la futura atención. También en este punto, creo que será determinante que se trate de una persecución civil, administrativa y penal, sometidas en general a principios diferentes, y dentro de cada una, también acaban dándose –implícita o explícitamente– parámetros diferentes (como se dirá del caso CCOO – El Corte Inglés).

No obstante, hay que decir que la doctrina del Tribunal Constitucional pensada para las “cartas al director” no va en esta línea, puesto que el criterio claro es que “Así, finalmente se

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito (California), de junio de 2003, según la CDA (*under 47 U.S.C. sec. 230, a section of the Communications Decency Act*), en la que se afirmó que los moderadores de discusión de grupos son inmunes a responsabilidad por difamación por mensajes que incluyen los grupos, en tanto que éstos son originalmente escritos por otra gente y los remiten al moderador para que los dirija al grupo.

Ver: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts_search.pl?title=47&sec=230

afirma la clara regla de que el medio “al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido.” (sentencia 3/1997, de 13 de enero FJ 3º). Esta sentencia resume la doctrina constitucional anterior expresada en dos sentencias previas²⁰⁰. De dicha doctrina se puede afirmar:

- El autor de los contenidos ajenos al medio ejerce su libre expresión o, en su caso, su derecho a informar, aun sin ser profesional de la comunicación.

- El medio de comunicación que autoriza la carta al director ejerce el derecho a comunicar, el derecho a informar, con su deber de diligencia.

- Esta diligencia “disminuye” 15/1993, de 18 de enero, y se traduce, esencialmente, en que “«el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación», como es práctica habitual”

- este deber se fundamenta en tres pilares: que sea posible deslindar la libre expresión del autor ajeno al medio y la libre información de éste; el derecho a la información del medio y el de recibir información veraz por los lectores y, sobre todo, en conseguir un anclaje de responsabilidad, que el autor “asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito», dado que, en otro caso, «se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado» [STC 336/1993, fundamento jurídico 7.º,B)].”

A mi juicio, sin obviar la necesidad de anclar la responsabilidad de algún modo, no procede proyectar directamente este tipo de responsabilidad ante contenidos anónimos en razón de la propia naturaleza de la red y las formas que va adquiriendo. En este punto, el criterio del conocimiento y

²⁰⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 15/1993 (Sala Primera), de 18 enero y sentencia Tribunal Constitucional núm. 336/1993 (Sala Segunda), de 15 noviembre

asunción de los contenidos que se da en las cartas al director es muy diferente, puesto que sí hay un conocimiento efectivo, valga la expresión, del contenido. Sin embargo, en internet, en muchos casos, la presunción es casi la contraria, el gestor de una página web difícilmente conoce el contenido de los a veces ingentes informaciones que reproduce.

También, por cuanto a las vías posibles de exención de contenidos, cabe señalar, por ejemplo, la doctrina del reportaje neutral²⁰¹, conocida técnica de exención de responsabilidad reservada –hasta ahora- para el ámbito periodístico para el supuesto de referencias y afirmaciones procedentes de terceros. En el caso *putasgae* se intenta hacer valer esta exención que es rechazada de plano por el Tribunal, puesto que a juicio del tribunal dotarse de contenidos externos implica hacerlos propios (“se procede a la recopilación para hacer propios los

²⁰¹ Reportaje neutral, como dice el Alto Tribunal “es aquel en el que el medio de comunicación social «no hace sino reproducir lo que un tercer ha dicho o escrito» (STC 134/1999, FJ 4) o, en otros términos, cuando se limita a «la función de mero transmisor del mensaje» (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4)”. En la sentencia 76/2002, FJ 4º se concreta la doctrina sobre el mismo, con referencia a una “noticia”. De la misma podrían extraerse algunas pautas que, sólo en algunos casos pueden valer para una exención de responsabilidad para contenidos no propios en la red:

- si se trata de declaraciones textuales, debe identificarse con claridad la procedencia de las mismas y su autoría. (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5 y STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b))

- el medio ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4), De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

- la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3).

- Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5).

- Para medir la proximidad al reportaje neutral, se tiene en cuenta “el distanciamiento del articulista respecto de las opiniones” de las fuentes que utiliza (así, en la propia STC sentencia 76/2002, FJ 4º).

contenidos”)²⁰². A mi juicio, creo que acudir a esta vía para internet tiene sólo sentido para recordar la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta para considerar la participación o autoría de ilícitos, puesto que puede resultar algo forzada y, de hecho, entiendo su proyección en el ámbito de intromisiones en el honor, protección de datos, por ejemplo, es bastante reducida ya en su aplicación no virtual.

En el caso *Idiada* la intromisión se llevó a cabo también a través de la difusión en la red el llamado “Scroll de la Historia de Idiada” y la sentencia menciona la existencia de unos contenidos en la red acudiendo a buscadores habituales (*Google, Yahoo, Terra y Altavista*)²⁰³. En este punto, no queda claro, si se atribuía responsabilidad porque se distribuyera el contenido ilícito en unos dominios determinados, o se extendiese porque este contenido ya había pasado a estar difundido en la red. De otra parte, en esta sentencia se exime de responsabilidad a los padres por los contenidos insertados por los hijos mayores de edad sin su conocimiento²⁰⁴.

²⁰² Hay que decir, en todo caso, que su contestación es más amplia, y menos clara:

“sin que puedan venir amparadas en la tesis del reportaje neutral, y desde lo antes considerado en relación con la titularidad del dominio también indicado, y de lo expresado en orden a la responsabilidad también referida, pues se rompe la neutralidad cuando son varios medios los que difunden información o manifiestan expresiones con plena autonomía, sin que haya de demandarse a todos, máxime como en supuestos como el de autos en que se procede a recopilación para hacer propios los contenidos; hacer indicación de que en altere lo precedente el que la demanda”.

Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero.

²⁰³ Sin que se tengan más datos al respecto, puede tener interés el hecho por cuanto parece que se responsabilice de contenidos difundidos por internet una vez lanzados a este medio, no ya a través de los dominios antes señalados.

²⁰⁴ Se considera que “actuó con autonomía propia”, por lo que “no debe la madre ser responsable de los actos de su hijo por el mero hecho de ser titular de unas determinadas páginas «webs», ya que ésta no tuvo participación consciente, ni se ha acreditado que estableció contactos ni divulgó noticias o actos difamatorios [...] , tampoco cooperó esencialmente a que se produjesen, ya que no tuvo participación causal en los hechos”.

Igualmente, por cuanto a la condición de hijo, rechaza la posibilidad de aplicar la misma que se atribuye al padre titular de un vehículo que autorice el uso habitual del

En este ámbito, resulta bien interesante la sentencia del caso *CCOO vs. El Corte Inglés*, puesto que se excluye la “cooperación necesaria” de los sindicalistas en la difusión del panfleto sindical “y ello por tres sencillas razones:

“1) se limitaron a ser simples mensajeros del Sindicato y su conducta no es sancionable, como no lo es la del medio informativo que difunde un contenido presuntamente injurioso como proveniente de otro autor; 2) la extensión de responsabilidad que hace la sentencia permitiría su ampliación a extremos insospechados: así al trabajador que se limita a enseñar a un compañero el pasquín encontrado en la calle; y 3) cualquiera accediendo a la página *web* pudo conocer el comunicado.”²⁰⁵

La vía laboral en esta sentencia condiciona bastante la responsabilidad atribuida en beneficio, en este caso, del difusor de contenidos –el sindicato-, de un lado, por cuanto contextualiza y mucho las expresiones proferidas –para no considerarlas intromisiones ilegítimas-. De otro lado, para eximir de responsabilidad por contenidos ajenos, como se ha visto. Así las cosas, frente a la selección partidista de contenidos contra la SGAE que es tomada muy en cuenta por el juez, en este otro supuesto resulta que difundir contenidos ajenos de la red (obviamente seleccionándolos) no puede generar responsabilidad por su contenido, pese a ser claramente panfletarios y bastante

vehículo por un hijo mayor de edad (STS citada de fecha 23 septiembre 1988), pues “los temas de responsabilidad automovilística no se asemejan en nada al hecho enjuiciado en esta litis”. Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre

²⁰⁵ Concluimos, por tanto, que la legalidad del despido enjuiciado es sólo aparente por cuanto: 1) los trabajadores demandantes no incurrieron en actuación sancionable; 2) el comunicado no excede de los límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la libertad sindical; “3) el contenido del documento podía ser conocido independientemente de la distribución efectuada por los demandantes; 4) igual distribución se hizo en otras provincias sin injerencia disciplinaria por parte de la empresa”.

agresivos. En este caso, queda muy lejos la más estricta responsabilidad de las cartas al Director, antes referida.

Por cuanto a la gradación y mitigación de la culpa, en el auto del caso *Weblisten*, bajo la perspectiva de la culpa por negligencia, se tiene en cuenta la actuación concreta del ISP demandado por “su plena disposición a colaborar, caso de ser requerida para ello, con los aludidos órganos judiciales en la ejecución de la obligación de cesación impuesta”, negando, eso sí, que sea la “persona primariamente obligada «ex lege» a la adopción de un comportamiento cesatorio.” También se tiene en cuenta la actuación del ISP en el caso *aprendizmason.org*, que sin estar obligado, comunicó al autor de contenidos, a través de la *web* que el afectado había solicitado su retirada por su ilicitud. En el sentido inverso, en el caso *putasgae*, el tribunal no tiene en cuenta la alegación de la Asociación de que su actuación fue diligente, pues nada más tener conocimiento de la existencia de la demanda se retiraron los contenidos diligentemente, no como maniobra de ocultación de pruebas²⁰⁶.

3. 5. *Particularidades en las condenas e indemnización de las resoluciones*

En las condenas civiles, cabe señalar que se incluyen, según los casos:

- Publicación de la sentencia condenatoria. En ocasiones, se obliga a pagar los gastos derivados de la publicación de la resolución “en la página de inicio del sitio de Internet que han intermediado en la difusión de los contenidos lesivos durante tres meses consecutivos”²⁰⁷, o directamente la obligación de publicar

²⁰⁶ “señala [la parte apelante] que en un espacio muy breve de tiempo nada más tener conocimiento de la existencia de la demanda iniciadora del procedimiento que motiva este recurso, requirió formalmente a los integrantes de la citada plataforma para que retiraran de inmediato todos y cada uno de sus contenidos a los que podía accederse desde el espacio *web* habilitado en el servidor de la entidad demandada, considerados afrentosos por los demandantes, de forma cautelar y hasta que se resolviera el procedimiento, requerimiento que fue atendido, sin que así se hiciera como maniobra para destruir pruebas.”

²⁰⁷ Caso *Idiada*, Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre.

en el inicio de la página la sentencia²⁰⁸. En otros supuestos se obliga a la publicación en “un medio de difusión provincial, otro nacional, así como en otro *medio de internet*.”, sin precisión a qué medio de internet se hace referencia²⁰⁹.

- La eliminación de una expresión lesiva del honor de un dominio, lo cual conlleva el fin de su uso y su eliminación de todos los sitios bajo la responsabilidad del condenado²¹⁰. En este punto, debe tenerse en cuenta que la ejecución implica siempre a terceros, incluso a entes internacionales en el ámbito del registro de dominios.

- Realizar todas las acciones a costa del condenado para la cancelación de una web²¹¹.

Por cuanto a la fijación de la indemnización por lesión del honor en internet el caso *Idiada* es especialmente significativo. Esta sentencia²¹² ratifica la sentencia apelada en el sentido de la dificultad en la fijación, puesto que “El número de visitas a las páginas “webs” identificadas no permite una equivalencia económica automática”.

Se recuerdan las pautas de fijación de indemnización fijadas por la ley y desarrolladas jurisprudencialmente: un criterio

²⁰⁸ Así en el caso *putasgae*: “publicar en la página web “http://w.w.w.internautas.org» la sentencia firme que recaiga por un período de tiempo equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima.”

²⁰⁹ Así, en el caso *injurias a padre* sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 23/2004 (Sección 3ª), de 20 enero.

²¹⁰ Se condena a “ la eliminación de la expresión “putasgae” de la dirección de internet “w.w.w.putasgae.org” (lo cual es inviable) así como de todos los archivos y enlaces en que se contenga dicha palabra que sean divulgados o estén contenidos en cualquiera de las páginas pertenecientes al dominio en cualquiera de las páginas pertenecientes al dominio de la página web titularidad de la demandada “http://w.w.w.internautas.org” y en esta última página ”, eliminando de las páginas arriba reseñadas las expresiones atentatorias contra el derecho al honor de los actores.”

²¹¹ Así en el caso *injurias a padre*: “realizar cuantas gestiones sean necesarias y a su costa, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial, para la cancelación de la precitada página web”.

²¹² Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre.

principal (la gravedad de la lesión)²¹³ y otro subordinado (la difusión del medio)²¹⁴ y el tercer criterio del beneficio obtenido por el causante de la lesión, con sus particulares dificultades de prueba²¹⁵. También se recuerda que es posible que no se aprecie

²¹³ “El criterio de la gravedad es generalmente recogido de forma expresa por los Tribunales al enfrentarse al tema; no obstante, suele hacerse de forma genérica, sin especificar de forma concreta las circunstancias que la determinan, que hay que entender que son todas las que teniendo dicho carácter se contengan en la sentencia. Así, en la STS de 17 noviembre 1992 se alude a «la gravedad de la lesión efectivamente producida» y «circunstancias del caso» para fijar la indemnización de cuatro millones de pesetas, sin mayores concreciones., y la de 18 mayo 1994 rebaja la cuantía indemnizatoria concedida en la instancia por daño moral (de 15 a 2, 5 millones de pesetas), «aun reconociendo la concurrencia del susodicho daño moral y la cierta gravedad del mismo», «partiendo de que la primordial satisfacción compensatoria radica, precisamente, en su reconocimiento y en concederle respaldo judicial ante la sociedad», sin realizar ninguna precisión más de «esa cierta gravedad». La STS de 7 diciembre 1995 se refiere «a la gravedad que supone la revelación de secretos familiares» para cuantificar la indemnización por daño moral; y la de 31 diciembre 1996 a la «gravedad de la imputación».”

“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. Y así la STS de 22 octubre 1996 se refiere al «daño moral y las posibles repercusiones prácticas en su prestigio profesional, que comportan las aludidas e infundadas publicaciones difundidas por el periódico»; y la STS de 18 mayo 1994 hace notar que «el Tribunal "a quo" consideró que no existían pruebas acerca de que las imputaciones vertidas hubieran disminuido los ingresos profesionales del apelado o le hubieran producido perjuicios económicos distintos al grave daño moral señalado».”

²¹⁴ En cuanto al subcriterio de la audiencia o difusión del medio, la STS de 16 diciembre 1988, se refiere a «que el medio posee notoria difusión»; la STS de 27 octubre 1989 señala «la no muy amplia difusión y audiencia del medio de publicidad demandado, el diario "R" de principal circulación en Orense únicamente»; y la de fecha 23 marzo 1987 «la evidente gran difusión y audiencia del medio de publicidad implicado», añadiendo que «se ve, en cierto modo al menos, relativizada por el carácter y la naturaleza de la actividad que fue objeto de la información». La STS de 7 diciembre 1995 valora la «difusión realizada en un escrito que, como el de la revista de autos, tenía una amplia penetración en el ámbito nacional»; la de 31 diciembre 1996 la «relevancia y difusión de la noticia»; y la de 22 octubre 1996 resalta que las publicaciones infundadas tuvieron lugar «no en un sólo día, sino en sus ejemplares de cuatro días distintos».

²¹⁵ “Este criterio plantea un grave problema de prueba. En realidad, se trata de una «probatio diabólica», ya que se puede uno preguntar lo siguiente: «¿se podría atribuir el aumento en la venta de un número de una revista a la publicación de la intromisión ilegítima, entre otras muchas noticias?».” [...]

“En los casos en que se ha considerado de manera independiente este criterio, ha sido para manifestar que «no se han acreditado los beneficios que ha obtenido el

en el supuesto concreto la concurrencia de los tres²¹⁶. Sobre estas bases, se pasa a valorar el caso concreto y se tiene en cuenta que a través de internet el daño puede ser mundial, en particular dadas las características y proyección mundial de la empresa en el sector del automóvil²¹⁷. Asimismo, la sentencia tiene en cuenta el perfil de los usuarios de la red en el ámbito y sector de la empresa afectada, puesto que “se conectan los especialistas en la materia, a la que acceden universitarios, tanto estudiantes como profesores, así como los profesionales del ramo de la fabricación, y del mercado del automóvil”. De igual modo se considera que “por otra parte Internet es hoy un vehículo normal de contratación, ponderando el tiempo de

causante de la lesión como consecuencia de la misma» (STS de 17 noviembre 1992); «no apareciendo probado... que los demandados hayan obtenido beneficio alguno con la misma» (STS de 11 febrero 1992); «al no haberse probado la existencia de daño material alguno para el demandante, ni tampoco beneficio para el demandado» (STS de 31 julio 1992); «al no haberse probado la existencia de daño material alguno para el demandante, ni tampoco beneficio para el demandado» (STS de 31 julio 1992). En otras ocasiones se acepta «la imposibilidad de determinar los beneficios obtenidos por la publicación» (STS de 18 mayo 1994); o se valora «el tampoco muy claro beneficio que el causante del daño hubiere obtenido con la publicación» (STS de 27 octubre 1989). Para cuantificar el daño moral, la de 7 diciembre 1995 que dice lo siguiente. «Hay otra circunstancia, también mencionada en el ap. 3 del art. 9 de la repetida Ley, a la que ha de concederse también una significativa relevancia, y es la del beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».”

²¹⁶ “[E]n los casos en que no se den todos los presupuestos examinados para valorar la cuantía del daño moral, habrá que atender únicamente a aquellos que estén efectivamente acreditados. Y así, dice la STS de 27 marzo 1998 que «presumido el perjuicio por la Ley una vez que se acredita la intromisión y dada la dificultad que para su valoración presenta el daño moral, nada impide que se prescindiera de aquellas pautas que no se han podido acreditar o que no aparecen acreditadas (en el caso, por ejemplo, el beneficio del causante de la lesión), teniendo en cuenta sólo las que constan (gravedad de la lesión, difusión presumible)», en conclusión es necesario valorar los parámetros que se especifican en el art. 9.3 de la Ley 1/1982 (SSTS 25 enero 2002, 19 abril 2002, 31 enero y 5 mayo 2003, 12 julio 2004, 7 julio 2004, 16 julio 2007 SIC y otras).”

²¹⁷ “[E]n el caso de publicaciones en medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática Internet, de carácter grave, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, en este supuesto enjuiciado se concreta en que dicha Empresa se dedica a la prestación de servicios de ensayo, investigación, desarrollo, control de calidad y certificación en el sector del automóvil, por lo que su repercusión es mundial, habida cuenta las distintas marcas de automóviles que se fabrican en distintos lugares del mundo”.

divulgación que lleva consigo un daño a la imagen comercial y prestigio empresarial de Idiada AT, SA”.

Cabe señalar también el caso *memorias del médico de Mitterrand* del TEDH²¹⁸, en el que la difusión –ilícita- de una obra en internet mientras su difusión estaba prohibida, es un dato fáctico que se torna en factor que reduce el derecho a percibir indemnización ya que esta prohibición era contraria a la libre expresión²¹⁹.

²¹⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 2ª), de 18 mayo 2004,. *Plon (société) v Francia*.

²¹⁹ & 61 “It is impossible to say whether by that date, nine and a half months after President Mitterrand's death, the public would still have been interested in buying the book, especially as it was available on the Internet.”