

II.1. DERECHO CIVIL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ATENTADOS CONTRA LA DIGNIDAD DIVULGADA MEDIANTE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS COMUNITARIO Y ESPAÑOL

Por el Dr. ÁNGEL ACEDO PENCO
*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil
Universidad de Extremadura. Facultad de Derecho*

Resumen

La aparición de nuevas formas de comunicación a través de las nuevas tecnologías propicia, también, la inmediata divulgación de contenidos ilícitos mediante los denominados servicios de la sociedad de la información que pueden atentar contra los derechos fundamentales de las personas y, en especial, contra la dignidad humana. Las instituciones comunitarias han aprobado una Directiva que regula, muy parcialmente, la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes divulguen contenidos ilícitos, estableciendo un amplio criterio de exoneración de aquella responsabilidad para facilitar el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. La transposición en España de esa Directiva sigue tales principios favoreciendo que muchas conductas reprobables escapen de la responsabilidad civil que debería afrontar todo aquel que ocasionalmente, propicie, permita o divulgue aquellos contenidos.

Abstract

The appearance of new forms of communication through the new technologies causes, also, the immediate spreading of illicit contents by means of the denominated services of the society of the information that can attempt against the fundamental rights of the people and, in special, against the human dignity. The communitarian institutions have approved a Director whom it regulates, very partially, the responsibility which can incur who disclose illicit contents, settling down an ample criterion of exoneración of that responsibility to facilitate the development of Internet and the electronic commerce. The transposition in Spain of that Director follows such principles favoring that many reprobables conducts escape of the civil responsibility that would have to confront all that that occasions, causes, allows or discloses those contents.

SUMARIO

- I. LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: NUEVOS ESPACIOS PARA LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS ILÍCITOS QUE ATENTAN CONTRA LA DIGNIDAD DE LA PERSONA
- II. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
- III. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS DAÑOSOS PARA LAS PERSONAS EJECUTADOS A TRAVÉS DE INTERNET EN EL DERECHO COMUNITARIO
 - A) LA DIRECTIVA 2000/31/C.E., DE 8 DE JUNIO, SOBRE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS E INTERMEDIARIOS
 - B) CONTENIDO DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
 1. **Los servicios de acceso a la Red y mera transmisión datos**
 2. **Los servicios de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos con la única finalidad de agilizar eficazmente la transmisión ulterior**
 3. **El servicio de almacenamiento de datos facilitados por el destinatario**
- IV. LA LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO, REGULADORA DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
- V. EL CONOCIMIENTO EFECTIVO COMO CRITERIO DE NO APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS ILÍCITOS
- VI. ASPECTOS CRÍTICOS ACERCA DE LA NUEVA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

I. LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: NUEVOS ESPACIOS PARA LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS ILÍCITOS QUE ATENTAN CONTRA LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

El extraordinario desarrollo de las llamadas Nuevas Tecnologías en la sociedad actual ha supuesto, a la par, la aparición de magníficas formas de comunicación humana, inimaginables hace tan sólo unos años, en las que han desaparecido, casi por completo, todas las fronteras físicas tradicionales, lo que ha llevado consigo, entre otras consecuencias, la proliferación de los denominados servicios de la sociedad de la información, es decir, las actividades de aquellos que participan, de multitud de maneras, no siempre benignas, en esa aldea global, ciberespacio o Red de redes, que ya todos conocemos por Internet¹.

Como es sabido, la Red nos permite, entre otras muchas posibilidades, divulgar por los confines de todo el mundo, prácticamente sin límite alguno, cualquier texto, sonido o imagen, con los únicos requisitos básicos de que, tanto quien se propone la difusión de cualesquiera contenidos, como su receptor, se hayan puesto, generalmente en momentos diferentes, frente a una computadora y dispongan de una conexión a Internet por cualquiera de las crecientes vías que la tecnología permite.

Siendo lo anterior conocido por casi todas las personas, así como los indudables beneficios que esto reporta en el universo de la comunicación entre los hombres, que dota a cualquiera de una enorme libertad para expresarse como tenga por conveniente, sin embargo, no siempre los ciudadanos son conscientes de la potencial peligrosidad del artefacto que tienen entre sus dedos, un teclado y un simple ratón, por la enorme facilidad que este medio tiene, más que ninguno otro, de lesionar los derechos fundamentales de los demás.

Y también ocurre en ocasiones que, aun siendo conscientes de los ataques a tales derechos que podemos generar, sin embargo no nos detenemos, e incluso nos estimulamos a perseverar en ellos ya que tenemos cierta sensación de impunidad habida cuenta del, relativamente fácil, anonimato que proporciona la Red a cualquiera que lo pretenda.

¹ En el avance de la vigésima tercera edición del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, ya aparece la entrada «internet» con siguiente acepción: «Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación».

Pero todos sabemos, desde siempre, que para que la convivencia sea posible, aun la virtual, y para que la existencia no se convierta en un infierno, cualquier ejercicio por parte de un individuo de su libertad, en todas sus manifestaciones, ha de tener sus límites en el mundo civilizado, en particular el respeto a los derechos de los demás y a las leyes vigentes². Este principio ha sido proclamado como uno de los pilares de los denominados derechos humanos³ y ha sido recogido en la reciente proclamación institucional europea de tales derechos⁴, axioma que se contiene, con sumo acierto, y demasiado olvido, en la Constitución de 1978 vigente en España⁵.

Y como quiera que, a veces, mediante Internet se traspasan tales límites, y sobre todo, se lesionan los derechos más elementales de los demás, ocasionándoles un daño injusto que las víctimas no tienen el deber de soportar, nace, como en cualquier otro campo de la actividad humana, la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito, al margen de las posibles responsabilidades de orden criminal o disciplinarias de carácter administrativo⁶.

² Ya la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789 establecía en su art. 4 que «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley».

³ El artículo 29 de la vigente *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 determina que. «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

⁴ Nos referimos a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* proclamada el 7 de diciembre de 2000, durante el Consejo Europeo de Niza, las tres instituciones (Comisión, Consejo y Parlamento Europeo) cuyo artículo 52 tiene el siguiente tenor: «Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁵ El art. 10.1 de la *Constitución Española* de 27 de diciembre de 1978, dispone que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

⁶ Posiblemente la regla del *alterum non laedere* sea quizás una de las más trascendentes de las normas que regulan la vida en sociedad de los hombres. Aquel aforismo fue incluido por los juristas romanos entre las grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo.

En este ámbito, y por lo que se refiere al objeto de esta reflexión, la atribución de la responsabilidad civil a una persona viene determinada por su acción, colaboración u omisión en la realización de un acto ilícito y dañoso, consistente en la difusión de textos, sonidos o imágenes, o todos ellos, que suelen ser un medio veloz y eficaz para atentar contra uno de los bienes fundamentales de cualquier individuo: la dignidad de la persona, donde se incluyen, desde luego, las agresiones al derecho al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, así como, relacionada con los anteriores, a la libertad sexual.

Estos atentados personales ejecutados a través de Internet suelen consistir, entre otras conductas contrarias a las leyes, en la filtración de informaciones confidenciales de los individuos, el seguimiento y control ilícito de las actividades de las personas, la manipulación indebida de datos de carácter personal, así como, finalmente, la divulgación de textos, sonidos e imágenes que vulneran el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la libertad sexual, ya sea porque se quebranta su carácter privado y confidencial, o ya sea porque el contenido de lo divulgado es abiertamente ofensivo para los afectados.

Siendo muy amplio el abanico de responsabilidades que pueden derivarse de los servicios de la sociedad de la información, es decir, de todo el ámbito de las actividades relacionadas con Internet, de carácter civil, penal y administrativo, nos vamos a referir aquí sólo a la primera, y dentro de ella, por razones de espacio, únicamente a la que tiene carácter extracontractual, esto es, cuando no existe relación jurídica previa de ningún tipo entre el causante de la lesión y la víctima que padece el daño.

Y también, por el mismo motivo, nos centraremos únicamente en las agresiones a la dignidad de las personas, en sus más variadas manifestaciones, a través de la Red, dejando para otro momento, cuestiones también tan importantes como la responsabilidad derivada de la infracción de los derechos de autor y otras muchas que se generan mediante Internet.

II. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Desde luego, con carácter general, la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y supone una auténtica constante histórica según la cual quien ocasiona un daño a otro debe responder del mismo, es decir, se halla sujeto a responsabilidad, y naturalmente, ésta se traduce en la obligación de indemnizar o reparar en los perjuicios que han sido causados a la víctima⁷.

⁷ Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez, *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, pág. 21, quien establece con suma sencillez la diferencia entre la responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento de un pacto, de la responsabilidad *extracontractual*, donde nace la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las reglas básicas de respeto a los demás que impone la convivencia con otros hombres.

La responsabilidad civil de carácter extracontractual, en tales casos, derivada del daño ocasionado por el hecho propio, viene a tener carácter subjetivo, en los sistemas jurídicos de tradición romanista⁸, y así se reflejó en la era de la codificación, en la práctica totalidad de la Europa continental y Latinoamérica, tras la promulgación del Código civil de Napoleón en 1804⁹.

En la actualidad el Código civil francés contiene este sistema de responsabilidad aquiliana, subjetiva o basado en la culpa o negligencia del autor del daño¹⁰, del que se hace eco también el Código civil español en su artículo 1.902¹¹.

Pero también del hecho ajeno puede derivarse responsabilidad civil de carácter extracontractual para ciertas personas cuando así lo determina la ley¹², salvo que los inicialmente obligados a responder acrediten que, fuere cual fuere su conducta, el daño no se habría podido evitar¹³.

⁸ Fue el jurista Gayo quien sentó la máxima *obligationes nascuntur aut ex contractu, aut ex delicto, aut ex variis causarum figuris*, luego llevada a cabo por los compiladores justinianos.

⁹ Así, el *Código civil francés* tiene su antecedente más lejano en la «codificación» de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano, en Constantinopla, entre los años 529 a 533, pero sobre todo en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática. aprobado, hasta que el 20 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad, bajo el título de *Code civil des Français*. Posteriormente, en 1807, fue reimpreso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante Emperador. Llegado el año 1814, con la restauración monárquica, si bien no llegaron a derogarlo, decidieron llamarlo simplemente *Code civil*. A la larga la historia hizo justicia y quedó designado desde 1870 como *Code Napoléon*. Cfr. Carlos Ramos Núñez, «Código Napoleónico: fuentes y génesis», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú y A. Esmein, «Précis élémentaire de l'histoire du Droit français, de 1789 a 1814. Révolution Consulat & Empire», *Recueil Sirey*, Paris, 1911, págs. 328-338.

¹⁰ En el apartado referido a los delitos y cuasidelitos, el artículo 1382 del *Code* determina que: «Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo». Y el artículo 1383 del mismo texto francés indica: «Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia».

¹¹ Establece el artículo 1.902 del Código español, que «El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», abriendo el capítulo II de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, del título XVI, del libro Cuarto.

¹² El artículo 1384 del *Code* indica en su primer párrafo que «La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda». También se añade a este respecto sobre la responsabilidad por el hecho ajeno que: «El padre y la madre, en tanto que ejercen el derecho de guarda, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos», también que: «Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que permanezcan bajo su vigilancia», y finalmente se establece dos posibles cláusulas de exoneración, una para padres y artesanos: «La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad», y otra para los maestros: «En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas, conforme al derecho común, por el demandante, en la instancia».

¹³ El primer párrafo del artículo 1.903 del Código español indica que la responsabilidad que impone el artículo 1.902 «es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». El precepto, similar al francés, prosigue: «Los

Es la responsabilidad aquiliana indirecta, o por el hecho ajeno, porque la acción u omisión que origina el daño la causa una persona diferente, donde el responsable indirecto no se le reprocha ese comportamiento, sino la negligencia que tuvo al formar al menor (*culpa in educando*), al elegir al empleado (*culpa in eligendo*) o no controlar debidamente los comportamientos de unos y otros (*culpa in vigilando*)¹⁴.

Sin embargo, tal vez por el influjo del Derecho anglosajón, y en especial, de la Jurisprudencia norteamericana, en el mundo del Derecho de daños, cada vez se va extendiendo más la aplicación de otra teoría sobre la responsabilidad civil, la denominada responsabilidad objetiva, que ya no se basa en la culpa o negligencia del actor, sino tan sólo en el deber de cumplir las consecuencias de la concreta previsión legal en la que se establece la obligación de reparar el daño causado en determinados campos de la actividad humana, siempre que aquel se haya producido a causa de un acto u omisión, debiendo existir un nexo causal entre el daño y la acción que lo provocó, y desde luego, que los perjuicios no se haya producido por la culpa exclusiva de la víctima.

La ventaja del sistema de responsabilidad objetiva radica en su simplicidad, donde el perjudicado sale mucho más beneficiado, pues le evita tener que soportar la carga de la prueba de una conducta negligente y la inseguridad que ello supone, dependiendo de un juez la calificación de ese comportamiento. Además tiene una indudable utilidad social ya que genera en los ciudadanos una confortable sensación de respaldo jurídico de protección ante hechos peligrosos que los avances van imponiendo paulatinamente¹⁵, como precisamente ocurre con los riesgos que se producen a causa el desarrollo de Internet.

padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

¹⁴ Cfr. Luis Felipe Ragel Sánchez, *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Madrid, 2000, pág. 437.

¹⁵ En este sentido el profesor Ragel Sánchez (*ob. cit.*, págs. 454-455) quien, no obstante, considera que el sistema de responsabilidad objetiva en materia extracontractual vulnera el principio básico de la presunción de inocencia que exige la demostración de la culpabilidad de la persona a la que se reprocha un comportamiento ilícito, además de ocasionar cierta indefensión al obligado por esta regla, por lo que concluye que sólo debe imponerse la carga de indemniza a quienes no hayan tenido la precaución exigible para evitar que su conducta pueda dañara a otros, por lo que, a su juicio, no parece conforme a aquellos principios que una persona que ha observado toda la diligencia exigible y ha cumplido las normas de la actividad que desempeña pueda ser obligado a abonar una importante suma que puede causarle una ruina económica de la que difícilmente se recupere.

Es oportuno preguntarse por cuál de ambos sistemas de responsabilidad civil, subjetiva u objetiva, u otro mixto, hemos de optar para aplicarlo a los daños que se ocasionan a la dignidad de la persona, conjugando el principio de no poner trabas jurídicas injustificadas al desarrollo de esta herramienta de comunicación, para universalizar su utilización, con la máxima protección a las víctimas que sufren graves perjuicios a través de la misma.

En lo que respecta a los ataques a la dignidad de la persona, también el Código civil galo contiene una previsión al respecto¹⁶, algo que no aparece en el español pues el Legislador prefirió confeccionar para tal fin una ley específica¹⁷, luego completada por otras también referida a la protección de la esfera privada de la persona¹⁸.

III. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS DAÑOSOS PARA LAS PERSONAS EJECUTADOS A TRAVÉS DE INTERNET EN EL DERECHO COMUNITARIO

La actividad informática en general genera numerosos riesgos para toda la Humanidad ya que, de una parte, hoy no se concibe el funcionamiento de ninguna sociedad en la que no existan las computadoras, y de otra, las posibilidades de producir daños a través de la informática, generando la oportuna responsabilidad, son prácticamente infinitas.

Y una de las utilidades más extendidas de la informática, y que sigue en plena expansión, pudiera decirse que en progresión geométrica, es Internet, cuyo funcionamiento y desarrollo afecta a todos los ciudadanos, de una manera directa o indirecta.

En principio, los mecanismos de protección para los daños ocasionados a las personas por agresiones a su dignidad a través de la Red no deberían, con carácter general, ser diferentes a los dispositivos legales ya existentes en las normas para aquellos ataques, sin embargo, en la Unión Europea se han dictado normas, luego adaptadas a los Estados miembros, que pretenden modificar los regímenes generales de protección de las personas.

¹⁶ Artículo 9 del *Code civile*: «Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia».

¹⁷ Se trata de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil de derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, desarrollando el artículo 18.1 de la Constitución española que garantiza expresamente estos derechos de la personalidad.

¹⁸ Nos referimos a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, cuya finalidad es salvaguardar los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

A) LA DIRECTIVA 2000/31/C.E., DE 8 DE JUNIO, SOBRE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS E INTERMEDIARIOS RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS E INTERMEDIARIOS¹⁹

Más conocida como la directiva sobre el comercio electrónico, su denominación exacta es Directiva 2000/31/C.E., de 8 junio, del Consejo del Parlamento Europeo, por la que se regulan Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior²⁰, su finalidad no es precisamente restrictiva, ni tampoco represiva de las actividades ilícitas que se generan a través de Internet sino que lo que pretende, fundamentalmente, es eliminar los obstáculos jurídicos existentes²¹ para favorecer el máximo desarrollo de los denominados servicios de la sociedad de la información, creando un nuevo marco jurídico que garantice la libre circulación de aquéllos²².

Es conveniente destacar aquí que esta Directiva, cuya protección pretende alcanzar cualesquiera contenidos ilícitos que se divulguen por la Red, incluye

¹⁹ Un excelente y clarificador análisis de esta Directiva es el trabajo de Miquel Peguera Poch, «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», publicado en la monografía colectiva *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, coordinada por Oscar Morales García y Fermín Morales Prats, 2002, págs. 25-64. También pueden consultarse, entre otros muchos, los trabajos de Santiago Cavanillas Múgica y Rosa Julià-Barceló, «La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet», en *Derecho sobre internet*, obra colectiva que contiene otros 15 interesantes trabajos, dirigida por José Sala Arquer, Manuel y Julián Martínez-Simancas y Sánchez, Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000; Pedro A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 2.ª edición, Madrid, 2001; Javier Plaza Penadés, «La responsabilidad civil en Internet: su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español», en *La Ley* 23 y 24 de abril de 2001, núms. 5.293 y 5.294; Stefania Tabarelli de Fatis, «La controversa disciplina penale della diffamazione tramite Internet» revista *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, año 2001 (traducción a cargo de Óscar Morales García, «La controvertida regulación jurídico-penal de la difamación a través de Internet» conferencia pronunciada en las *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, celebradas en Barcelona los días 22-23 de noviembre de 2001) y también el libro de Carlos Sánchez Almeida y Javier Anastasio Maestre Rodríguez, *La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, Barcelona, 2002.

²⁰ Publicada en el *Diario Oficial*, serie L, de 17 de julio de 2000.

²¹ Según su Considerando 5: «El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve entorpecido por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios. Dichos obstáculos tienen su origen en la disparidad de legislaciones, así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios; a falta de coordinación y ajuste de las legislaciones en los ámbitos en cuestión, hay obstáculos que pueden estar justificados con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y existe una inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro».

²² «El objetivo de la presente Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros y no armonizar el campo de la legislación penal en sí», dispone su Considerando 8 y el artículo 1.1 que: «El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros».

en su ámbito tuitivo, desde luego, la referida a la salvaguarda de la dignidad humana, incluyendo dentro de ésta, el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, y también, la libertad sexual, entre otros muchos bienes personalísimos y también de otros tipo que no son objeto de este estudio, aunque también se contienen en este instrumento normativo.

Sin embargo, lo que expresamente no regula esta norma europea es la protección de las personas con respecto del tratamiento de datos de carácter personal, ni tampoco la confidencialidad de las comunicaciones al quedar ello garantizados por otros instrumentos comunitarios que son plenamente aplicables a los servicios de la sociedad de la información²³.

El concepto de servicios de la sociedad de la información se identifica con todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios²⁴, adquiriendo aquí especial importancia la referencia al carácter lucrativo de quien presta el servicio, aunque puede producir cierta confusión el que esta cualidad de la prestación sea «normalmente», es decir, que parece admitirse que no siempre ha de ser un servicio remunerado.

B) CONTENIDO DE LA REGULACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La normativa europea que comentamos, en aras de potenciar aquellos servicios que regula, ha optado por un curioso, y tal vez extraño, sistema de atribución de las responsabilidades que pueden generarse a través de la Red, como es la técnica de las exenciones o exoneraciones de tales responsabilidades.

Es decir, en vez de establecer con claridad, o al menos intentarlo, los mecanismos para determinar cuándo y quiénes son responsables por los daños que se ocasionan, reglamenta justo lo contrario, para lo cual fija, con cierta complejidad, los supuestos en los que no puede atribuirse responsabilidad alguna a cada uno de los operadores de la Red en función del tipo de actividades que desarrollen a través de la misma.

²³ Tal protección se contiene en la Directiva 95/46/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Directiva 97/66/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

²⁴ Esta definición se contiene en la Directiva 98/48/C.E. a la que se remite el artículo 2 a) de la Directiva 2000/31/C.E., en aquel precepto se indica que «a efectos de la presente definición, se entenderá por: “a distancia”, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; “por vía electrónica”, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; “a petición individual de un destinatario de servicios”, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual».

En concreto, la Directiva 3000/31/C.E. suministra instrucciones a los Estados miembros de la Unión Europea para que en sus legislaciones internas «no se pueda considerar responsable» a los diferentes operadores de la Red o prestadores de los servicios de la sociedad de la información, que se aglutinan en tres grupos en función de su actividad, cuando se den en dicho sujeto determinadas condiciones que se establecen permitiéndole hacerse acreedor de esa exoneración.

Tal vez la justificación de esta generosa opción del Legislador comunitario de exención de responsabilidades se deba a que considera fundamental para el desarrollo de esta nuevo sistema de comunicaciones la labor que desempeñan de los intermediarios que actúan en la Red, estos operadores, o I.S.P. (*Internet Service Provider*), en definitiva, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, sin los cuales el «milagro» de Internet no sería posible y mucho menos el vertiginoso desarrollo que se pretende.

Según se desprende del texto normativo, parece que la exención de la responsabilidad radica en que el operador que presta el servicio en Internet no haya tenido parte en la creación de los contenidos ilícitos, ni en la decisión de transmitirlos, sencillamente porque no los conocía y porque, además, le resulta imposible, o demasiado gravoso, supervisar toda la información que circula a través de sus redes telemáticas.

1. Los servicios de acceso a la Red y mera transmisión datos

Cuando el sujeto realice un servicio de mera transmisión datos en una red de comunicaciones, ya sean datos que facilita el destinatario del servicio, o cuando se limite a facilitar el acceso a dicha red, y también cuando se trata de realizar un almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos (alojamiento destinado a ejecutar la transmisión en la red y durante el tiempo «razonablemente» necesario) se establece la completa ausencia de responsabilidad de estos operadores siempre que éstos no hayan originado la transmisión, ni seleccionado a los destinatarios de la misma, ni tampoco elegido o modificado los datos transmitidos²⁵.

²⁵ Artículo 12. «Mera transmisión. 1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos. 2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. 3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida».

La exención de responsabilidad por los contenidos ilícitos transmitidos se configura, objetivamente, por ministerio de la Ley, cuando se dan las condiciones que la norma exige. Sin embargo, es claro que decae tal amparo en la exención cuando se incumplen tales presupuestos como el no atender la orden judicial que impida la transmisión de una determinada información declarada ilícita o no bloquear el acceso a tales contenidos.

Es cierto que la previsión normativa contempla que no puede obligarse a indemnizar al operador por los daños que su propia actividad ha colaborado en producir, pero tampoco se le otorga una inmunidad absoluta para difundir cualquier contenido por cuanto está prevista que los órganos competentes de cada país puedan orden la paralización del tráfico de dichos datos.

Si el operador incumpliese tal orden de cese de la actividad de divulgación de datos de contenido ilícito no cabe duda, por mor del sentido común, que el prestador del servicio deje de estar protegido por la exención normativa y pueda incurrir en responsabilidad frente al perjudicado por los contenidos ilícitos que el operador ha posibilitado o contribuido a difundir. En estos casos el I.S.P. incurrirá en la responsabilidad por el hecho propio porque deja de ser un mero transmisor de datos desde que contraviene la orden de cese una vez conocida.

Y es que, en pura lógica, la exoneración de la responsabilidad del prestador está diseñada para los supuestos en que intervenga de manera automática, y porque no es conocedor del daño que están produciendo los contenidos que él mismo difunde en sus redes. La protección del intermediario no puede llegar al extremo de permitírsele que desatienda, una vez que lo conoce, su obligación de no contribuir a producir un daño injusto o a colaborar para que se incremente. En estos casos, la propia Directiva, en su Considerando 44, califica al I.S.P. de colaborador con los destinatarios en la difusión de los contenidos ilícitos y pierde la exención de responsabilidad que la misma le había otorgado hasta ese momento²⁶.

2. Los servicios de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos con la única finalidad de agilizar eficazmente la transmisión ulterior

También se determina la exoneración de responsabilidad cuando el operador preste determinados servicios de la sociedad de la información consistentes en transmitir a la red datos que facilita el destinatario del servicio, tratándose de un almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos realizado con la

²⁶ Según el Considerando 44, de esta Directiva 2000/31/C.E.: «Un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte (*mere conduit*) o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*) y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades».

única finalidad de agilizar eficazmente la transmisión ulterior a otros destinatarios que la soliciten (*caching*), todo ello, siempre y cuando el prestador del servicio no altere la información, cumpla las condiciones de acceso a la misma, acate además las normas relativas a la actualización de la información reconocidas y utilizadas por el sector, además no interfiera en la utilización de la tecnología habitual para obtener datos sobre la utilización de la información, y finalmente, actúe con rapidez para retirar la información almacenada, o hacer imposible el acceso, en cuanto tenga «conocimiento efectivo» de que la información ha sido retirada del lugar donde se encontraba inicialmente en la red, de que se ha imposibilitado el acceso a tales datos, o de que un tribunal o autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella²⁷.

Los servicios de memoria tampón o *caching* se utilizan para agilizar el tráfico de Internet, ahorrándose la parsimonia de recarga de las mismas páginas web acercando los contenidos que se repiten a los usuarios de la Red. Para ello el intermediario copia las páginas más solicitadas, que se hallan en servidores (*hosting*) ajenos y puede que remotos en el espacio, almacenándolos en su memoria caché, lo que le permite ofrecerlos de manera mucho más rápida que si se accediera a ellos accediendo al servidor original.

Esta actividad se considera, en principio, que no es susceptible de generar responsabilidad para los intermediarios que la realizan, pero siempre que no modifique la información, limitándose a copiar los contenidos ajenos, y además debe cumplir con los requisitos o deberes de diligencia que se han expuesto.

Sin embargo, las exenciones indicadas para estos intermediarios abarcan tanto la responsabilidad por la eventual difusión de los contenidos ilícitos ajenos que alojan de manera automática y sin conocimiento de su contenido, como también respecto de la responsabilidad por copiar contenidos que tienen tal carácter de

²⁷ Artículo 13. «Memoria tampón (*Caching*). 1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que: a) el prestador de servicios no modifique la información; b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información; c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector; con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. 2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirarla».

ilicitud pero sobre los que no tienen la necesaria autorización para realizar dicha copia, sobre todo si está protegida por sus autores.

No obstante lo anterior, los operadores de *caching* perderán la exención cuando incumplan las obligaciones que le impone la Directiva y en particular, cuando no atiendan la orden del cese de la actividad por parte de la autoridad judicial o administrativa competente que haya declarado ilícitos los contenidos exigiendo poner fin las infracciones que se producen o mandando que se impida su divulgación, pues en tales casos se podrá entender que el intermediario colabora deliberadamente con el destinatario para cometer actos ilegales.

3. El servicio de almacenamiento de datos facilitados por el destinatario

Tampoco se considera responsable al prestador del servicio consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario (*hosting*) del servicio siempre que dicho operador no tenga conocimiento efectivo de la actividad a la que se refiere al información tiene carácter ilícito, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; o de que, en cuanto tenga conocimiento de lo anterior actúe con rapidez para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible²⁸.

La expresión «almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio» que utilizar la norma europea es ciertamente amplia en la actualidad pues incluye multitud de servicios que las tecnologías permiten y, en ocasiones, existen prestaciones ofrecidas a los usuarios que exceden del automatismo o neutralidad tecnológica que justifica la exención de responsabilidad, puesto que estos prestadores de servicios dejan de ser meros intermediarios al poner en la redes contenidos propios o ajenos elaborados a su encargo, como es el caso del alojamiento de páginas web confeccionadas por los usuarios o los foros de discusión.

Naturalmente, la amplitud de la exención de responsabilidad en el caso de los servicios de *hosting* siendo la norma comunitaria más exigente que cuando

²⁸ Artículo 14. «Alojamiento de datos. 1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos».

el operador se limita al facilitar el acceso a la red o a la mera transmisión. En este sentido, para disfrutar de la exoneración legal el prestador debe desconocer que en sus servidores o dispositivos de memoria ofrecidos a toda la red se alojan contenidos ilícitos de información o datos. El conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad supondrá que podrá incurrir en responsabilidad civil por la difusión de los contenidos ilícitos (y también penal).

Pero si se entabla contra el intermediario que opera con un *hosting* una acción civil de daños por parte del perjudicado para reclamar los perjuicios sufridos por aquellos contenidos ilícitos, aquél sólo quedará exento de responsabilidad si no ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito. Es decir, que, en las acciones de daños es suficiente para perder la exención que el operador haya tenido un conocimiento indirecto de la ilicitud.

Una vez que tenga conocimiento efectivo, directo o indirecto, de que está difundiendo contenidos dañosos e ilícitos el prestador de este servicio sólo perderá la exoneración de su responsabilidad siempre y cuando no haya retirado inmediatamente los datos o imposibilitado el acceso a los mismos, desde el momento en que conoció los hechos o circunstancias que revelen la ilicitud. Es decir, que conociendo la ilicitud sólo puede verse librado de la responsabilidad si actúa con sus deberes de diligencia exigible bloqueando la difusión ilícita.

IV. LA LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO, DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Con algún retraso, cumpliendo el mandato del Legislador comunitario establecido en la Directiva²⁹, tras la oportuna tramitación, las Cortes Españolas aprobaron la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico³⁰ en cuyos arts. 13 a 17 establece el denominado «Régimen de responsabilidad» de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sin apartarse de la norma comunitaria, aunque regulando importantes aspectos que se hallaban ausentes en ésta.

En primer lugar, y con mayor precisión que la Directiva, la Ley española determina el ámbito objetivo de aplicación de la misma referido a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluyendo expresamente a la actividad de los intermediarios³¹.

²⁹ El artículo 22 de la Directiva 2000/31/C.E. dispuso: «1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 17 de enero de 2002. Las comunicarán inmediatamente a la Comisión».

³⁰ Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de julio de 2002.

³¹ El artículo 1.1 de la Ley dispone: «1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como

Por otra parte, en el ámbito subjetivo, se diferencian los restadores de servicios establecidos en España, de los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y también de los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, ya que cada uno de ellos se aplicará un régimen diferente³².

Además los servicios han de ser remunerados, y cuando no lo sean deben formar parte de la actividad económica del que presta dicho servicio, estableciéndose, en el campo de las definiciones legales, qué servicios, siempre que representen una actividad económica, se entienden incluidos³³ en el concepto de servicios de la sociedad de la información y cuales no³⁴.

La Ley estipula la sujeción de los operadores a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el Ordenamiento jurídico, disponiendo que para determinar dicha responsabilidad habrá de estarse a lo ordenado en el mismo texto legal³⁵.

intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información».

³² Arts. 2, 3 y 4, respectivamente, de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

³³ El apartado a) del Anexo de la Ley, dedicado a las definiciones, indica que son «servicios de la sociedad de la información» o «servicios» todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática. 6.º El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

³⁴ Sin embargo, no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: 1.º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o telex. 2.º El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan. 3.º Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/C.E.E., del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya. 4.º Los servicios de radiodifusión sonora, y 5.º El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

³⁵ Artículo 13. «Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información 1. 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, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. 2. 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».

Aspecto práctico, y de gran utilidad en función de la eficacia que desplieguen las autoridades designadas, es posibilidad de que se suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicación o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación cuando con la divulgación de contenidos se vulneren algunos de los principios que se fijan de antemano³⁶ entre los que se encuentra el respeto a la dignidad de la persona.

Además, de excelente factura es la posibilidad de que se garantice la efectividad de las resoluciones acordadas, incluso cuando los datos o la información esté alojada en otros países no miembros de la Unión Europea, mediante la intervención del Ministerio de Ciencia y Tecnología para tome las medidas oportunas que impidan dicho acceso³⁷. Esto es fundamental para los supuestos de *hosting* y foros de discusión alojados fuera del ámbito del Espacio Económico Europeo donde sin aquella intervención las resoluciones no se llevarían a cabo.

Con la misma técnica que la Directiva, de la que no se aparta sustancialmente, esta Ley introduce un sistemas de exenciones del régimen de responsabilidad de los diferentes prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En cuanto a los operadores de redes de telecomunicaciones y redes de acceso el régimen de exoneración es prácticamente idéntico al de la Directiva que transpone. Respecto de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (*caching*), el texto legal es más explícito que la norma comunitaria. Y lo mismo ocurre acerca de los servicios de almacenamiento o alojamiento de datos (*hosting*), aunque amplía más, si cabe, la exención a estos operadores. Finalmente se incluye, también, la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

³⁶ En el artículo 8, bajo la rúbrica «Restricciones a la prestación de servicios», se establece en su apartado 1 que: «En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran Los *principios* a que alude este apartado son los siguientes: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) *El respeto a la dignidad de la persona* y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y d) La protección de la juventud y de la infancia».

³⁷ Efectivamente, así se dispone en el apartado 2 del mismo artículo 8 de la Ley cuando, en estos casos, se previene expresamente que: «Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso».

V. EL CONOCIMIENTO EFECTIVO COMO CRITERIO DE NO APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LA DIVULGACIÓN DE CONTENIDOS ILÍCITOS

Tal vez sea la regulación del «conocimiento efectivo» de los contenidos ilícitos por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información el apartado en el que sea más exigente la Ley concediendo mayor blindaje a los operadores en detrimento de los perjudicados por la difusión de los contenidos ilícitos.

Y ello porque la Ley, al igual que la Directiva, otorga la exención a quienes no tuviesen tal conocimiento efectivo, pero además regula que se entenderá que el prestador de servicios tiene tal conocimiento efectivo 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.

De lo anterior parece deducirse que sólo un operador adquiere este conocimiento efectivo, que hace decaer su exención legal de responsabilidad, cuando ha intervenido una autoridad (que en España generalmente será un juez) determinando que el contenido es ilícito, o haya ordenado la retirada de tales datos, o el bloqueo de acceso a los mismos, o haya determinado que se ha producido una lesión, y que, además, el prestador del servicios de la sociedad de la información haya conocido la resolución acordada, y además la hubiese desatendido prolongando el acceso, la transmisión, el almacenamiento de los datos o el enlace a los mismos, así como admitirlo en los instrumentos de búsqueda. Sólo en estos casos, bastante remotos, parece que podría nacer la responsabilidad del intermediario.

Sin embargo, tal rigidez en las exigencias de la Ley para que pueda considerarse que el operador tome ese conocimiento efectivo son abiertamente desmesuradas. Parece más lógico admitir que estos procedimientos no son una lista cerrada (que se haya dictado una resolución y que ésta haya sido notificada expresamente al operador) ya que no cabe descartar que el prestador del servicio tenga un real conocimiento efectivo de tales contenidos ilícitos al margen del sistema tasado que se contiene en dicho precepto.

Piénsese en aquellos supuestos en los que el perjudicado por los contenidos ilícitos, e incluso abiertamente delictivos en muchos casos, se dirige de inmediato al prestador del servicio poniendo en su conocimiento la existencia de tales datos, objetivamente contrarios a la dignidad de la persona, por ejemplo, a partir de dicho momento sin que el operador retire los datos o impida su divulgación, sobre todo si le ha efectuado un requerimiento fehaciente, debe perder la exoneración que le concede la Ley e incurrir de lleno en la responsa-

bilidad civil (y seguramente también penal) por convertirse en un colaborador de la difusión de los contenidos ilícitos a los que hacía referencia el Considerando 44 de la Directiva.

VI. ASPECTOS CRÍTICOS ACERCA DE NUEVA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

La Unión Europea considera que el desarrollo de la comunicación y el comercio electrónico a través de Internet tiene carácter prioritario por lo que ha promulgado una normativa que se marca como principal objetivo la eliminación de las barreras jurídicas que pudieran ralentizar o poner obstáculos a dicho crecimiento.

Pero, en realidad, y quizás como complemento de esa idea, tal vez haya sido la instauración de un demasiado amplio, a nuestro juicio, régimen de exenciones a la responsabilidad civil (y penal) de todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información lo que ha motivado esta regulación.

Cabe preguntarse si ello era necesario por cuanto los sistemas generales de responsabilidad civil ya existentes tal vez fueran suficientes, con las adaptaciones oportunas, y según la evolución de los criterios jurisprudenciales, pues la nueva regulación, en aras del desarrollo parece haber establecido la práctica irresponsabilidad por los contenidos dañosos que puedan producirse, y que de hecho así ocurre a diario.

Los requisitos que la normativa europea, y más aún la española, que se establecen para que pueda nacer alguna responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos a través de Internet son, en nuestra opinión, excesivamente rígidos, sobre todo por lo que se refiere a la protección de la dignidad de la persona ante sus más variados, crecientes e impunes agresiones y queda un margen excesivamente estrecho por el que los perjudicados han de caminar hasta el extremo de quedarse completamente paralizados e indefensos en la práctica.

De todo lo anterior se deduce que son las víctimas de las agresiones al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, así como la libertad sexual, a través de la Red, quienes han salido peor parados con la nueva regulación comunitaria, puesto que antes de ella estaban mucho más protegidos por las normas generales, aunque se tratara de una responsabilidad subjetiva derivada de la culpa o negligencia del agente causante o propiciador del daño.

Parece que la nueva regulación sólo queda margen para actuar contra los originarios causantes del daño, generalmente algunos particulares, que con intenciones perversas, producen estas agresiones a bienes personalísimos de los demás, por los más variados motivos, e incluso, algunas veces, sin ninguno confesable.

Y es que si la Directiva, y la Ley española así lo dispone con claridad, se aplica (y, por tanto, exonera, en la práctica, de toda responsabilidad civil posible) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que por definición,

se dedican a prestarlos como consecuencia de la actividad económica que desempeñan, parece que no será de aplicación a los particulares, que sin dedicarse profesionalmente a la prestación de estos servicios, ponen en la Red contenidos ilícitos, debiendo responder de acuerdo con las normas civiles y penales de carácter general en las que no se establece tan amplio abanico de exenciones a la responsabilidad.

Sin embargo, ello tiene un doble efecto perverso: de un lado, porque se somete a los particulares que no se lucran con los servicios de la sociedad de la información a un régimen de responsabilidad mucho más severo que a quienes obtienen ganancias como consecuencia de su actividad de acceso, transporte, alojamiento o búsqueda de la información ilícita que circula por Internet; y de otra, porque si tienen la cualidad de profesionales aquellos sujetos que intervienen de manera indeseable en la Red divulgando contenidos de carácter ilícito y especialmente que atenten contra la dignidad de la persona, gozan sin embargo, de todas las causas de exoneración que la normativa europea ha previsto para ellos, en aras, como se dijo, de la eliminación de los obstáculos para la mayor propagación de estas telecomunicaciones.

Y finalmente, no queda resuelto ni mucho menos, sobre todo en materia de protección de la dignidad de las personas por los daños que pueden sufrir a través de Internet causados por personas no identificadas, la cuestión de los I.S.P., físicos o virtuales, localizados en países remotos, o simplemente fuera del ámbito europeo, e incluso dentro del marco comunitario, ya sea a través de páginas web, y lo que es más difícil de evitar, mediante foros de discusión ofrecidos gratuitamente en los que se producen los más graves ataques a las personas sin que sean eficaces los mecanismos para evitarlos.

En los casos de agresores anónimos, muchas veces la localización de los autores es simplemente imposible, siendo irreparable el daño a los bienes más personalísimos de las víctimas, por lo que hablar de responsabilidad civil por estos daños es una entelequia, aspirando la víctima, en el mejor de los casos, simplemente, a que cese la agresión que está padeciendo mediante la divulgación de contenidos ilícitos que afecten a su dignidad, aunque, en no pocas ocasiones, no sabrá a quien dirigirse, cuando se trata de operadores extranjeros, estén o no dentro del espacio europeo.

Incluso en el caso, nada fácil, de que las autoridades judiciales dictasen una resolución declarando la ilicitud de los contenidos, ordenasen la clausura del lugar o que se impidiese el acceso a dichos datos, generalmente de contenido delictivo, el notificarlo al prestador de los servicios de la sociedad de la información extranjeros es papel mojado, si es que se logra, debido a su lejanía y posible anonimato; y el hacer que las autoridades se dirijan con éxito al país donde se localizan los datos ilícitos para que los suprima o impida su acceso, parece, en el mundo real, hoy día, una quimera, por lo que la víctima no es que no vaya ser resarcida de los daños sufridos, sino que ni tan siquiera tiene

asegurado que vaya a cesar alguna vez la divulgación de contenidos indeseables que, además del dolor personal y familiar que le pueden irrogar, le dificultan, además, enormemente su vida social al encontrarse los datos ilícitos, casi siempre delictivos, al alcance de todo el mundo, y sobre todo, de aquellos con los que se relaciona o simplemente le conocen.

Sólo queda pensar, y desear, que aún en los ataques más leves, pero subjetivamente muy graves para quien los padece, que tengan la máxima diligencia y rigor para proteger a las víctimas, tanto las autoridades judiciales a la hora de declarar ilícitos los contenidos, el cierre del sitio donde están los datos dañosos o que se impida el acceso a los mismos, como las gubernativas para hacer efectiva dicha orden, tanto en terreno del propio país, como en el extranjero, siendo casi quimérico en estos casos que prosperase alguna acción de daños, por lo menos, que tal actuación sea inmediata para lograr la clausura del lugar donde se encuentran los contenidos ilícitos, o para impedir el acceso, desde el país de la víctima, a la página web o foro de discusión donde se producen, más cotidianamente de lo que pudiera pensarse, estas agresiones, alentadas, tantas veces, por la sensación de impunidad que otorga el anonimato.