

# Les xarxes i la seva problemàtica jurídica

**Ramon Casas Vallés** Titular de Dret Civil.  
Universitat de Barcelona,  
Universitat Oberta de Catalunya

## ■ Las redes y su problemática jurídica

La actual revolución tecnológica, basada en la confluencia de la informática y las telecomunicaciones, influye en aspectos muy diversos que abarcan desde la seguridad nacional hasta los derechos humanos, pasando por el comercio electrónico y la propiedad intelectual. La tecnología digital e Internet plantean una importante problemática jurídica a la hora de mantener el nivel de protección de la propiedad intelectual o de asegurar la responsabilidad en caso de infracción de estos u otros derechos.

## ■ Networks and their legal quandary

The current technological revolution based on the confluence of information and telecommunication influences very different aspects from national security to human rights including electronic commerce and intellectual property. Digital technology and Internet pose an important legal problem when it comes to maintaining the degree of protection of intellectual property and claiming responsibility when these or other rights are infringed upon.

## ■ Les réseaux et leur problématique juridique

L'actuelle révolution technologique, basée sur la confluence de l'informatique et des télécommunications, influe sur des aspects très divers qui vont de la sécurité nationale aux droits de l'homme, en passant par le commerce électronique et la propriété intellectuelle. La technologie numérique et Internet posent une problématique juridique importante à l'heure de maintenir le niveau de protection de la propriété intellectuelle ou d'assurer la responsabilité en cas d'infracción de ces droits ou d'autres.

## 1 Introducció

La tecnologia ha mantingut sempre una relació dialèctica amb el Dret, ha provocat canvis i ha obert expectatives que obliguen a aquest a prendre posició, sovint de forma immediata. En aquesta tessitura les decisions mai no són neutres. Poden accelerar el progrés o frenar-lo i, en qualsevol cas, determinar una distribució o una altra dels beneficis i costos que se'n deriven.

El que s'ha dit és aplicable a la més recent de les revolucions tecnològiques, basada en la confluència de la informàtica i les telecomunicacions i que ha permès la creació de xarxes per les quals flueixen –massivament, en un llenguatge universal– tot tipus de dades, obres i prestacions. Encara que no sigui l'única i que potser no tardi molt a veure's superada, Internet s'ha convertit en aquest cas en l'exemple de referència (1)

Tanmateix, els reptes són tan grans com les expectatives. L'impacte de la revolució digital és universal, no només en termes quantitatius sinó també qualitius. Gairebé cap àrea s'escapa del seu influx: des de la seguretat nacional fins als drets humans, passant pel comerç electrònic i la propietat intel·lectual (2)

Un cas famós i de nom significatiu, l'afaire Le Grand Secret, pot il·lustrar el que s'ha dit i donar entrada a l'anàlisi d'un parell de qüestions: la necessitat de reconfigurar la legislació de propietat intel·lectual i la urgència d'establir qui i sota quines condicions ha de respondre de les infraccions que es cometen en el context de les xarxes.

Poc després de la mort de Mitterrand, el seu metge personal va publicar un llibre en què explicava diverses circumstàncies de la seva llarga malaltia. La família del difunt, considerant que la publicació violava el seu dret a la intimitat personal i familiar, va demanar que es prohibís la difusió de l'obra. La sol·licitud fou atesa. No obstant, el propietari d'un cibercafé de Besançon va decidir escanejar el llibre i, en format electrònic, posar-lo

a disposició de tots els usuaris de la www.

D'aquesta manera tan simple, es va frustrar una actuació judicial que, essent del tot adequada als pressupostos de la Galàxia Gutenberg, va demostrar ser ingènua, per insuficient, en el context digital. No es va vendre cap exemplar després de la prohibició judicial. Però milers, milions de lectors van poder accedir a l'obra, produir la seva pròpia còpia ... i a més gratis.

Ara bé, què podia fer el jutge per evitar-ho? Obligar a retirar el text del servidor que l'hostatjava, quan probablement ja havia estat reproduït (mirroring) en centenars de servidors de tot el món? Ordenar el bloqueig de l'accés als proveïdors ... sota jurisdicció francesa? A més, era tècnicament possible això? ... Probablement, el jutge s'hauria sentit tan impotent com qui pretengués parar un rumor que corre de boca en boca, sabent que una societat democràtica, per molt forta que sigui la temptació, no pot posar novament dempeus l'únic tribunal amb solvència contrastada en aquests assumptes: El Sant Ofici.

Un buit legal? ... En realitat, no. El problema no és nou ni, per tant, aliè a les lleis. Tanmateix, ha adquirit una dimensió completament diferent. Qualsevol pot arruïnar la vida privada o reputació alienes o enfonsar un projecte editorial, sense necessitat de posar en joc grans mitjans. Ni tan sols cal ser propietari d'un cibercafé. N'hi ha prou amb ser un modest usuari de la xarxa, que actui des de qualsevol país, de forma privada i anònima i sense arriscar una altra cosa que la seva pròpia insolvència.

Com mantenir l'elevat nivell de protecció de la propietat intel·lectual que les lleis ens asseguraven fins ara?. Com assegurar la responsabilitat en cas d'infracció d'aquests o d'altres drets? ... aquests són dos dels grans problemes als quals el Dret, nacional i internacional, ha de donar solució.

## **2 La protecció de la propietat intel·lectual, en particular el dret d'autor**

Fou un avenç tecnològic (la invenció o reinvençió de la impremta de tipus mòbils) el que, per la porta falsa del privilegi, va donar lloc amb els anys al naixement del modern Dret d'autor. Era lògic que els impressors reclamessin protecció per a les seves inversions. I encara més lògic que el poder civil i religiós, preocupat pel potencial desestabilitzador de la nova

invenció, intentés controlar mitjançant la censura els continguts de les obres donades a la impremta. El resultat d'aquests dos interessos complementaris fou el privilegi. Però en aquest disseny, el vertader protagonista, l'autor, encara no hi tenia cabuda. Va entrar en escena uns anys més tard quan, en la lluita per mantenir la seva posició de domini, els impressors privilegiats van decidir al·legar que, al cap i a la fi, ells havien adquirit les obres dels seus creadors. Des de llavors a reconèixer que eren aquests, i no els impressors, els titulars originaris de drets hi havia només un pas, que donaria Anglaterra el 1709, amb l'Estatut de la Reina Anna, primera llei de Dret d'autor mereixedora d'aquest nom, segons es convé.

El Dret d'autor –no podia ser d'una altra manera– es va dissenyar d'acord amb el paradigma de la còpia impresa. Es tractava de regular un mercat basat en la reproducció i distribució d'exemplars (és a dir, suports físics) i, en menor mesura, la comunicació pública a teatres, auditoris i altres espais d'aforament limitat. Per conciliar les aspiracions d'autors, indústria i usuaris, n'hi havia prou amb separar l'ús privat de l'explotació pública i, dins d'aquesta, reconèixer als primers l'exclusiva sobre la reproducció i representació de les seves creacions, amb certs límits temporals i substantius segons interessos generals (informació, crítica, educació ...).

L'equilibri resultant, sempre difícil, es va fer, tanmateix, molt inestable quan l'evolució tecnològica, en època ja recent, va posar a l'abast del públic màquines capaces d'efectuar, a un cost molt baix, còpies de les obres protegides. Quan el possible infractor no necessitava infraestructura empresarial (local, màquines, empleats...), el context és del tot diferent. La fotocopiadora i, encara més, el magnetòfon i el vídeo han donat un enorme potencial lesiu a activitats privades dels usuaris, abans marginals i irrellevants.

La tecnologia digital i Internet han portat aquest procés de desestabilització fins al seu extrem. Aldo Manucio, observava Erasme en plena revolució de la impremta «està construint una biblioteca que no té més límits que els del món». Però s'enganyava. Les biblioteques d'Aldo, Plantino i d'altres famosos impressors tenien límits materials: els del llibre. Les obres circulaven fixades en suports fabricats i comercialitzats empresarialment. En canvi, avui és

possible digitalitzar documents i altres materials sonors o visuals i després, amb la major facilitat, donar-los difusió mundial. No es tracta de la simple possibilitat d'agilitar l'adquisició de llibres, discos o pel·lícules utilitzant les xarxes. Es tracta de desmaterialitzar les creacions, fent que circulin desvinculades de tot suport. Donat el progrés de les tècniques de compressió i l'augment dels amplexos de banda, la biblioteca –rectius multiteca– somiada per Erasme és finalment a l'abast de la mà.

És raonable, doncs, la preocupació dels autors i, en general, proveïdors de continguts. No hi ha pèrdues de qualitat en la reproducció (les còpies són tan perfectes que fins i tot s'esvaeix la noció de l'original) i el cost de distribució és pràcticament zero. En el seu dia, la tecnologia va donar als autors i a d'altres titulars de drets la possibilitat, fins llavors inexistent, de controlar les seves obres i obtenir rendiments de la seva explotació. Però, uns segles després, la en altre temps benèfica tecnologia amenaçava d'arrabassar-los-hi, en benefici d'una col·lectivitat d'usuaris que reclama l'accés lliure i sense despeses al que –de forma comprensible però no innocent– es designa com a informació.

### Una aparença enganyosa

Es tracta, tanmateix, d'una aparença enganyosa: una primera impressió, ràpidament desmentida. Tal com li va passar a Job, la tecnologia, després de posar a prova uns autors i titulars menys pacients que impotents, els restituirà finalment els seus béns. I, per completar el simil, també incrementats, ja que s'estan desenvolupant sistemes que probablement permetran controlar no ja els actes d'explotació sinó, més enllà, el mer ús de les obres i prestacions protegides. En aquest context, el contracte, la mort del qual ha estat predita tantes vegades, serà el gran instrument jurídic per ordenar l'accés als béns immaterials. De la mà d'una tecnologia que fa possible la identificació i localització dels titulars de drets (clearing) de forma ràpida i automatitzada, així com el control estricte de l'ús de les obres, que no es pot sostreure de la noció de reproducció, entrarem a l'era de les llicències.

El Dret d'autor sempre ha tendit a estendre el seu domini a tots els àmbits en què, havent-hi expectatives de benefici, el cost de l'acord amb els usuaris sigui

assumible. Doncs bé, per primera vegada aquesta premissa es complirà per a qualsevol utilització d'una obra protegida. Serà per tant urgent redefinir els límits i espais de llibertat reconeguts als usuaris, a fi d'evitar que desapareguin completament i, alhora, assegurar que el control no acabi amb el dret a la intimitat (3).

Tots els països s'estan afanyant a dictar noves normes o, millor, a ajustar les existents, per regular la protecció del Dret d'autor i drets connexos en el marc de la Societat de la Informació. Des del 1987, Espanya compta amb una bona llei que, després de diverses modificacions, s'ha concretat en el Text Refós de 1996 (TRLPI), ja objecte d'una primera reforma com a conseqüència de la transposició de la Directiva sobre bases de dades (Llei 5/1998, de 6 de març). No serà l'única. Encara que, en termes generals, la nostra legislació té recursos per donar resposta als problemes que plantegen les noves tecnologies, caldrà transposar també, un cop aprovada, la ja esmentada Directiva sobre la societat de la informació. El mercat dels béns immaterials és global i reclama una homogeneïtzació capaç d'impedir que, buscant nivells de protecció més baixos, es produeixi una massiva –i mai tan fàcil– deslocalització de les activitats d'explotació.

Com assenyala l'Exposició de Motius de l'esmentada Proposta de Directiva, és urgent actuar en dos fronts: «En primer lloc, adaptant els drets d'autor i drets afins, mitjançant una protecció jurídica harmonitzada, als nous riscos i oportunitats, a fi i efecte de crear condicions equiparables de protecció d'aquests drets en tots els Estats membres que permetin que el mercat interior es converteixi també en realitat per als nous productes i serveis que incorporen obres protegides. En segon lloc, en l'àmbit tecnològic, desenvolupant sistemes apropiats que facin possible la gestió i protecció electrònica dels drets». Tot això s'ha de fer sense reduir «l'elevat nivell de protecció dels drets d'autor que tradicionalment existeix a Europa (i) establint al mateix temps un equilibri just entre els drets i els interessos de les diferents categories de titulars, i entre els d'aquests i els dels usuaris de material protegit».

### Drets de reproducció i comunicació

**a:** Pel que fa al primer front d'actuació i pel que aquí interessa, la Proposta de Directiva gravita, bàsicament, sobre els drets de reproducció i comunicació pública

que assegurin, respectivament, l'exclusiva de la fixació de l'obra sobre un mitjà que permeti la seva comunicació i l'obtenció de còpies (art. 18 TRLPI) i la seva posada a disposició d'una pluralitat de persones sense prèvia distribució d'exemplars a cadascuna d'elles (art. 20.1 TRLPI).

En relació amb la reproducció, la Proposta accepta un concepte ampli, que inclou tant la que té lloc en línia com fora de línia, sia tangible o intangible, i tingui caràcter permanent o només temporal. Així, per exemple, porta a terme un acte de reproducció qui escaneja una obra i la col·loca en un servidor. Però també qui, previ accés a la pàgina web corresponent, fa una còpia permanent en memòria cache per facilitar noves visites; o, de forma inevitable, produeix una simple còpia efímera, en memòria RAM mentre fulleja la xarxa (browsing).

Aquesta centralitat del dret de reproducció –pas forçós en el context digital– ha fet necessari establir una excepció obligatòria per a aquells actes que, essent tècnicament reproducció en el sentit indicat, formen part d'un procés tecnològic i resulten necessaris per al legítim accés a l'obra i a la seva utilització.

D'aquesta manera, mentre l'art. 2 de la Proposta de Directiva reconeix a diversos subjectes un dret exclusiu «a autoritzar o prohibir la reproducció directa o indirecta, temporal o permanent, per qualsevol mitjà o en qualsevol forma», l'art. 5.1 precisa que tal dret «no s'aplicarà als actes de reproducció temporal (...) quan formin part integrant d'un procés tecnològic l'única finalitat del qual consisteix a facilitar l'ús d'una obra o un altre treball, i que no tinguin per si mateixos una significació econòmica independent».

Aquesta excepció obligatòria va acompanyada d'altres de facultatives de les quals, potser, el més digne d'esment sigui la renúncia de la Proposta de Directiva a entrar en la qüestió de la còpia privada digital. Si aquesta és lícita o no i si es compensarà –i de quina manera– als titulars dels drets, queda al criteri dels legisladors nacionals. Donades les incerteses, tant en relació amb les tecnologies de control com en relació amb el comportament dels usuaris, la Comissió s'ha estimat més no anar més enllà, i s'ha limitat a un estret seguiment, el resultat del qual determinarà les actuacions futures.

A Espanya, si la normativa no canvia i amb l'excepció dels programes d'ordinador i les bases de dades electròniques, la còpia privada digital rep el mateix tractament que l'analògica. No s'estableix cap distinció, per la qual cosa ambdues es beneficien del límit contemplat a l'art. 31.2º TRLPI, que permet reproduir obres ja divulgades «per a ús privat del copista». El fullejar (browsing, survol) i el mateix acte de descarregar (download) podrien entrar així en aquesta excepció. Tot i això, hi ha una diferència important entre les còpies analògiques i les digitals ja que el sistema de remuneració només està previst per a les primeres. Sobre el material informàtic (ordinadors, discos, impressores ...) no hi ha cap taxa o gravamen en benefici dels autors i d'altres titulars de drets. No cal dir que la qüestió és extremadament delicada i mereix la major atenció.

Juntament amb l'àmbit del dret de reproducció i les seves excepcions, i com a segona gran qüestió, també és necessari harmonitzar la noció de comunicació pública. Com recordaran, el Dret d'autor es basa en una nítida separació entre els espais públic i privat. D'ells, només interessa el primer. El que succeeixi en el segon queda fora del control dels titulars de drets. Ara bé, que s'ha d'entendre per públic? Hi va haver una vegada que quedava clar que el públic era el conjunt de persones reunides en un mateix lloc. Més tard es va admetre que, encara que hi manqués la coincidència física, n'hi havia prou amb la cronològica: els ciutadans que reben a casa seva una emissió televisiva no són menys públic que els que van a una sala cinematogràfica. Però, i si també manca la simultaneïtat en l'accés a les obres protegides? ...

### Transmissió interactiva

La Proposta de Directiva ha acceptat, també aquí, una àmplia noció que, fora d'això, no és novetat per a la legislació espanyola. En concret, la transmissió interactiva a la carta està clarament inclosa en la definició de l'art. 20 TRLPI. Qui, per exemple, col·loca en una pàgina web una obra protegida i permet l'accés a qualsevol (amb o sense contrasenya, gratis o pagant), porta a terme, a més d'un acte de reproducció, un acte de comunicació pública. I a això no es pot fer l'objecció que aquells que accedeixen a

l'obra ho fan de forma individual, des de diferents llocs i de forma no necessàriament simultània. Si hi hagués algun dubte, el resoluria definitivament l'art. 3.1 de la Proposta de Directiva que remarca que el dret de comunicació inclou la posada a disposició «de tal manera que qualsevol persona pugui accedir (a les obres) des del seu lloc i en el moment que ella triï».

És comprensible que les naixents biblioteques virtuals pretenguin que la posada a disposició en línia es qualifiqui com a préstec virtual, per beneficiar-se així dels límits establerts per al dret de distribució. Tanmateix, és clar que aquest es limita a exemplars físics, almenys a Espanya i a d'altres països. Les biblioteques hauran de comptar, doncs, amb llicències per oferir en línia els seus fons. Una altra solució trencaria l'equilibri establert entre autors i usuaris, en detriment d'aquells.

**b:** El segon àmbit d'actuació té com a objecte la protecció de les mesures tecnològiques destinades a garantir el control dels actes d'explotació i permetre una gestió eficaç dels drets. En l'entorn digital, aquestes mesures tindran tanta importància com les jurídiques. Fins al punt que s'ha arribat a dir que la tecnologia i els contractes desplaçaran el Dret d'autor o, almenys, li faran perdre pes específic (4).

En funció de la llicència, la màquina –el sistema– ens permetrà realitzar certs actes i d'altres no. Per exemple, visualitzar, descarregar, copiar... Si això és possible, resulta lògic que la Proposta de Directiva es preocupi d'assegurar una protecció jurídica efectiva enfront de tota activitat –inclosa la fabricació de dispositius i la prestació de serveis– destinada a eludir els dispositius tecnològics de control (cfr. art. 6) o a suprimir o alterar la informació que permet la gestió electrònica dels drets (cfr. art. 7).

### 3 La responsabilitat

Quan Sony, a mitjans dels setanta, va començar a comercialitzar el seu reproductor de vídeo Betamax als EUA, Universal City Studios i Walt Disney Productions van decidir portar-la davant dels tribunals tot imputant-li una contribució directa a la massiva vulneració dels seus drets d'autor. El raonament era simple: el nou aparell servia perquè milions d'usuaris fessin còpies incontrolades de pel·lícules de les quals aquelles n'eren titulars (5). El cas Betamax plantejava

qüestions molt delicades, però almenys podia identificar-se un responsable potencial.

Potser si Internet tingués un propietari o una autoritat de control s'hauria suscitat un litigi anàleg. I amb més raó, ja que Internet és una copiadora universal de text, so i imatge, amb qualitat digital. Passa, però, que Internet no té propietari. A diferència del que passa amb altres xarxes (televisió, telèfon ...), són bàsicament els mateixos usuaris qui la posseeixin. Quan un diari, una cadena televisiva o una ràdio publiquen una informació injuriosa o difonen una obra sense adquirir els corresponents drets, l'afectat sap contra qui adreçar-se. Aquest no és el cas d'Internet i aquí radica en gran mesura el quid de la qüestió.

La responsabilitat –civil i penal– que deriva dels actes a la xarxa reclama una normativa precisa i, si és possible, d'abast supranacional. Però els problemes no esperen. I els tribunals dels diferents països els estant abordant de forma que provoca inseguretat i inquietud entre els subjectes implicats d'una manera o d'una altra. Com a mostra, n'hi ha prou a considerar la recent condemna –dos anys de presó i 100.000 marcs de multa– imposada per un tribunal bavarès a Felix Somm, antic cap de la divisió alemanya de CompuServe, com a còmplice d'un delictes de difusió de pornografia il·legal. N'hi ha prou d'accedir a Internet i introduir aquest nom –Felix Somm– en un cercador, per comprovar l'impacte, desassossec i allau de crítiques que ha provocat l'esmentada sentència (6).

En aquest i en d'altres casos sorxeigen immediatament els similis, sia per justificar l'absolució o la condemna. Per què no equiparar el flux d'informació a Internet a la transmissió boca a boca, de la qual només en responen els qui la porten a terme? Per què no destacar l'analogia entre el correu electrònic i l'ordinari aplicant als qui faciliten el servei els mateixos criteris de responsabilitat que utilitzem per a les empreses o organismes postals? I no seria millor fer un símil amb els editors de premsa o els organismes de radiodifusió? I si penséssim en els llibreters, el control dels quals sobre els continguts és limitadíssim i el seu paper d'intermediaris més evident? I, en aquesta línia, per què no considerar els servidors tan responsables o irresponsables com les companyies de telèfons? Ha de respondre un servidor d'Internet pel fet que qualsevol pugui accedir a pornografia il·lícita

i no, en canvi, una companyia telefònica que també ho fa possible? Si algú contracta un servei extern de contestador automàtic i enregistra com a missatge de benvinguda una llagoteria racista, podem demandar la companyia telefònica que l'hostatja? ...

### Analogies estimulants i perilloses

Òbviament, les analogies són estimulants. Però perilloses i sotmeses a anàlisis acurades, com sap qualsevol estudiant de Dret. De moment, cal saber el paper que juga exactament cadascun dels actors del procés. La llista d'aquests pot ser molt llarga (7). Però, pel que fa al que ens interessa ara, podem reduir-la a quatre protagonistes principals:

**a:** El proveïdor de continguts (content provider), que pot ser una empresa o un simple usuari. Seria el cas del propietari del cibercafé de Besançon en l'afer Le Grand Secret. O el de les empreses dedicades a l'explotació de materials pornogràfics en el cas de Felix Somm.

**b:** El que proporciona allotjament als continguts (host service provider). Seria el cas del titular del servidor contractat per les nombrosíssimes empreses i particulars que han creat les seves pàgines web. Tenen aquesta condició, per exemple, moltes institucions i universitats que disposen de servidor propi i hostatgen abundant material –text, imatge, so– introduït sense cap control previ de la institució, pels membres de la comunitat acadèmica, tant per a ús intern com, eventualment, extern (8).

**c:** El proveïdor d'accés (access provider), que facilita als usuaris la possibilitat d'entrar a la xarxa i navegar-hi. Així Compuserve, en el cas Felix Somm.

**d:** L'operador de xarxa (network operator), titular de la infraestructura bàsica –elèctrica, telefònica, cable òptic ...– a través de la qual circula la informació.

Quin d'ells ha de respondre i quan? Només qui subministra o col·loca en xarxa el contingut, autor material i directe de l'eventual il·lícit, a vegades anònim i normalment insolvent o de solvència molt limitada? També els Internet Service Providers (ISP)? ... Establir una exempció total de responsabilitat a favor d'aquests seria inadmissible. Els titulars de drets no tenen perquè finançar la seva implantació, com no tenen perquè finançar els comptes de resultats dels que fabriquen fotocopiadores, vídeos o magnetòfons.

Però tampoc seria raonable establir una condemna en cascada, de tipus solidari, que involucri de forma automàtica a qualsevol que tingui algun tipus d'intervenció. Sobretot –i és un aspecte important– quan el proveïdor es pot trobar entre dos focs: la necessitat de complir les exigències legals, respectant els drets de tercers (sia de propietat intel·lectual o d'altres) i la necessitat de complir els seus propis compromisos amb les persones amb qui contracta. Un bloqueig precipitat o infundat del servei a un usuari o empresa, pot donar lloc a demandes abundants per incompliment contractual per part dels perjudicats.

Mentrestant, els casos s'han multiplicat, tant a Europa com als EUA. Frena, titular d'un BBS (Bulletin Board Service) condemnat perquè el seu servidor contenia, digitalitzades, 170 fotos de la revista Playboy. Netcom, proveïdor d'accés a Internet, absolt per la demanda plantejada perquè un exadepte de l'Església de la Cienciologia va col·locar a la xarxa extractes de textos del fundador de la secta, Ron Hubbard. Dataweb, proveïdor de serveis, absoluta d'una demanda, també dels cienciólegs, per la col·locació de textos del mateix Hubbard a la pàgina web d'un usuari (9)

La Proposta de la Directiva sobre la Societat de la Informació podria haver estat un text adequat per definir una solució d'àmbit europeu. Tanmateix, conscientment, s'ha renunciat a fer-ho, amb l'argument que el problema no només afecta els drets d'autor i connexos sinó també altres sectors, «des de la marca comercial i la publicitat enganyosa fins a la difamació o els continguts obscens» (10). Com a qüestió transversal, es trameta una Directiva específica. «l'objecte de la qual serà aclarir i harmonitzar diversos aspectes jurídics relacionats amb els serveis de la societat de la informació, inclòs el comerç electrònic» (11). Teòricament s'havia d'elaborar en paral·lel amb la primera. Però, avui, encara no hi ha documents oficials disponibles.

### A l'espera de l'harmonització europea

A l'espera de l'anunciada harmonització europea o de pronunciaments dels nostres propis tribunals, podem prendre com a referència les lleis i acords assolits en alguns països de referència. Entre els quals, Alemanya i els EUA. Les preguntes clau, com veurem, són les

habituals en els sistemes de responsabilitat per culpa. Va cometre el proveïdor la infracció directament? Si no va ser així, hauria de, o va poder conèixer-la utilitzant la diligència normalment exigible, sense violar la intimitat aliena i el secret de les comunicacions? I, en qualsevol cas, hauria hagut d'impedir-la i va poder-ho fer o posar-li fi, utilitzant mitjans tècnics tècnicament possibles, econòmicament raonables i legalment permesos?

**a:** La regulació alemanya forma part de la llei federal sobre els Serveis de Comunicació i Informació aprovada el 1997 (12). La qüestió que ens ocupa s'aborda al paràgraf 5 de l'article 1 (13), en els següents termes:

**1a.** Quan el proveïdor de serveis ho sigui també de continguts (cosa bastant freqüent), la seva responsabilitat en cas d'infracció es determinarà d'acord amb la legislació comuna.

**2a.** Si un proveïdor de serveis hostatja en el seu servidor continguts aliens i aquests són il·lícits, només serà responsable en la mesura que en tingui coneixement i li sigui tècnicament possible i exigible impedir el seu ús.

**3a.** Els proveïdors no són responsables quan faciliten l'accés a continguts aliens actuant com a simples mitjancers. Pel que fa a això, la presentació automàtica i breu de continguts aliens es considera una simple mediació d'accés.

**4a.** Sense perjudici de l'obligat respecte al secret de les telecomunicacions, els proveïdors que arribin a tenir coneixement que hostatgen o donen accés a continguts il·lícits, tenen el deure d'eliminar-los o bloquejar-los, sempre que això els resulti exigible i sigui tècnicament possible.

**b:** Als EUA, encara que no s'ha aprovat cap llei, estan en curs dues propostes (14). La primera va ser la Online Copyright Liability Limitation Act, de 17 de juliol de 1997 (H.R. 2180), a la qual va seguir la Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, de 12 de febrer de 1998 (H.R. 3209) (15). Aquesta darrera, en el seu estat actual, ha passat a ser un nou títol, el segon, d'una altra proposta, la WIPO Copyright Treaties Implementation Act de 29 de juliol de 1997 (H.R. 2281), que té com a objecte donar compliment al Tractat de l'OMPI de Dret d'autor (16).

Com es pot veure, als EUA sembla que finalment han

optat per un modus operandi diferent de l'europeu. En efecte, els problemes del dret d'autor i connexos a la societat de la informació s'aborden juntament amb la qüestió de la responsabilitat. Té els seus avantatges. Però, en contrapartida, no es resolen els casos en què els drets infringits són d'una altra índole.

### Responsabilitat i intimitat

Amb reserva del que pugui deparar la tramitació, el text actual de l'esmentat Títol II de la WIPO Copyright Treaties Implementation Act (H.R. 2281) (17) proposa modificar el capítol 5 del Títol 17 de l'U.S. Code (Copyrights), afegint una nova secció, les línies mestres de la qual són:

**1a.** L'establiment d'un règim de limitació o exempció de responsabilitat a favor dels proveïdors, distingint amb aquesta finalitat dues situacions:

**a:** Que el proveïdor es limiti al mer emmagatzematge intermedi i transmissió del material il·lícit a través del seu sistema o xarxa, concorrent les següents circumstàncies: que sigui un altre qui iniciï la transmissió; que aquesta i l'emmagatzematge es portin a terme a través d'un procés tècnic automàtic, sense selecció del material per part del proveïdor; i, finalment, que no es mantingui cap còpia del material al sistema o xarxa del proveïdor de forma que sigui ordinàriament accessible a receptors diferents dels previstos per qui va iniciar la transmissió i, pel que fa a aquests, no per més temps del raonablement necessari per a la transmissió. En aquest cas, queda exclosa la infracció directa (direct infringement) per part del proveïdor (18), al qual tampoc no es podrà exigir cap indemnització per haver contribuït a la infracció (contributory infringement) ni com a responsable pel fet aliè (vicarious liability) (19).

**b:** Que, encara que es tracti de la mera transmissió o subministrament d'accés al material il·lícit, no concorrin les circumstàncies esmentades abans. En aquest cas, el proveïdor titular del servei o xarxa tampoc no haurà d'indemnitzar per contribuir a la infracció (contributory infringement) ni com a responsable pel fet aliè (vicarious liability) sempre que: no tingui coneixement real de la il·licitud, no hi hagi elements que la facin notòria, no obtingui beneficis directament derivats de la mateixa i, finalment, tingui el dret i la possibilitat de controlar tal activitat.

**2a.** La salvaguarda del dret a la intimitat i el secret de les telecomunicacions. Amb aquesta finalitat, el règim de limitació de responsabilitat establert a l'apartat anterior, no es podrà condicionar al fet que el proveïdor rastregi el seu servei (monitoring) o que cerqui activament fets que denotin l'existència d'infraccions. Tampoc se li haurà d'exigir que accedeixi, suprimeixi o bloquegi l'accés al material il·lícit, si aquests actes estan prohibits per la llei.

### Creació d'un espai d'impunitat

**3a.** La creació d'un espai d'impunitat o seguretat per a les decisions que, en relació amb el servei que presten, prenguin els proveïdors en atenció a les il·licituds aparents o denunciades per tercers. En aquest sentit es preveu al seu favor:

**a:** Una àmplia exempció de responsabilitat quan, actuant de bona fe davant d'un requeriment o davant de fets indicatius d'una infracció, procedeixin a retirar o bloquejar l'accés al material o serveis afectats, al marge que aquests resultin o no finalment il·lícits; així com,

**b:** La irrellevància, en relació amb posteriors accions judicials en contra seva, de la decisió que puguin prendre en aquest cas. En altres paraules: la decisió de retirar o mantenir el material o l'accés, no es tindrà en compte, en perjudici seu, per part del tribunal que, eventualment, pugui arribar a conèixer del cas.

**4a.** La declaració de la més àmplia responsabilitat (costes i honoraris d'advocats inclosos), enfront de qualsevol perjudicat (proveïdor, suposat infractor, titular de drets o llicenciatari) dels quals, sabent-ho, indueixin o portin un proveïdor a suprimir o bloquejar l'accés a materials o serveis, fent-li creure falsament que són il·lícits (misrepresentations).

Independenent del que succeeixi amb els projectes actualment en curs, als EUA els representants dels proveïdors de continguts i de serveis ja han arribat a un acord per eximir aquests darrers de responsabilitat per infraccions imputables a tercers o que es produeixin com a efecte inevitable del funcionament del servei(20).

Com es pot veure, els proveïdors de serveis no seran els deep pockets, contra els quals adreçar qualsevol demanda. Ningú no podrà dir que es mata la gallina dels ous d'or. Però, almenys, se'ls imposa una

actuació expedita i un cert grau de diligència quan tinguin coneixement que estan facilitant una infracció que poden evitar o a la qual podem posar fi. Aquest ha de ser el nord que guii també els tribunals espanyols en aplicar les normes generals sobre responsabilitat, contractual i extracontractual, als casos que puguin plantejar-se mentre no s'aprovi l'anunciada Directiva Europea. **R.C.**

### Notes

(1) No és difícil trobar a la mateixa xarxa bones explicacions sobre els antecedents i possibilitats tècniques del ciberespai (correu electrònic, llistes de correu, newsgroups, chat rooms i world wide web o www, bàsicament). Un resum suficient es pot veure a Reno v. American Civil Liberties Union (26 de juny de 1997; <http://www.qse.ucla.edu/icl/reno.html>), primera sentència del Tribunal Suprem dels EUA relacionada amb Internet i en què es va repudiar, com a contrària a la llibertat d'expressió, la censura de continguts pretesa per la Communications Decency Act.

(2) Utilitzem aquí aquesta expressió en el sentit ampli que avui és comú en el context internacional i que comprèn no només el Dret d'autor i els drets connexos (la propietat intel·lectual segons la terminologia espanyola tradicional, enquistada en la Constitució i en la llei) sinó també les patents, marques, dissenys i altres drets sobre béns immaterials.

(3) Com remarca l'Exposició de Motius de la Proposta de Directiva sobre harmonització de drets d'autor i drets afins en la societat de la informació, actualment en tràmit (<http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/copyes.pdf>), «Els sistemes de protecció i identificació poden processar les dades personals sobre els hàbits de consum dels usuaris individuals en relació amb els treballs (sic) protegits, permetent-se així rastrejar el comportament en línia». En poques paraules, es podrà saber –se sabrà– qui ha accedit a què, quan i com.

(4) Cfr. Eric Schlatter, The intellectual property renaissance un cyberspace: Why copyright law could be unimportant on the internet, Berkeley Technology Journal, vol. 12, 1, primavera 1997 (<http://www.law.berkeley.edu/btlj/articles/12-1/schlachter.html#N +>)

(5) Sony Corporation of America et al. V. Universal City Studios Inc. Et al., 17 gener 1984 (<http://laws.findlaw.com/us/464/417.html>)

(6) Al marge de la investigació suggerida, vegeu Top Cyberspace Law Cases of 1998, de l'UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy, on The Compuserve Germany Case ocupa el primer lloc dels top ten (<http://www.qse.ucla.edu/iclp/98cases.html>).



- (7) A. Strowel / J-P. Triaille (*Le Droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, 1997, pàg. 406-407) enumera fins a vuit papers, que poder ésser interpretats per persones diferents: titular de drets, productor de serveis, proveïdor de serveis, integrador de serveis, operador de xarxa, proveïdor d'infraestructura, proveïdor del sistema d'accés als serveis i, finalment, titular del terminal.
- (8) Els riscos són reals. El cas de l'estudiant que col·loca il·licitament material protegit –concretament obres musicals de Michel Sardou– a les pàgines web que hostatja el servidor de la seva universitat, ja s'ha plantejat. Vid. *Sté. Art Music France et Ste. Warner Chappell France c/ Ecole Nationale Supérieure des Telecommunications*, Tribunal de Gr. Inst. de Paris, 14 agost 1996 (cfr. RIDA, núm. 171, gener 1997, pàg. 361 i seg., amb nota de Ch. CARON)
- (9) *Playboy Enterprises, Inc v. Frena*, 839 F. Supp 1553 (Md. Fla. 1993); *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (Nd Cal. 1995); *President Arrondissementsrechtbank's-Gravenhage*, 12/3/1996. Per als dos primers casos, es pot veure –entre molts 'altres– J. Rosenoer, *CyberLaw. The Law of Internet*, N.Y. 1997, pàg. 4 i seg. La referència al tercer la prenc d'A. Strowel / J-P-Triaille, p 410.
- (10) Cfr. Exposició de Motius.
- (11) Cfr. Preàmbul, núm. 12
- (12) *Informations- und Kommunikationsdienstes- gesetz (IUKDG)*, de 13 de juny de 1997 (<http://www.11d.de/iukdq.html>)
- (13) *Gesetz über die Nutzung von telediensten (Teledienstegesetz-TDG)*
- (14) Per al conjunt d'iniciatives que pretenen regular les xarxes digitals en els seus diversos aspectes (des del comerç electrònic a la responsabilitat, passant per la protecció de la intimitat), vid. Recent Cyberlegislation: us Congress explores Proposals to regulate the Online World (<http://www.qse.ucla.edu/iclp/cyberleg2.html>)
- (15) Cfr. <http://1cweb.loc.gov.copyright/penleg.html>
- (16) *TODA O WCT (Wipo Copyright Treaty)*, Ginebra, desembre de 1996. Assumirà una funció anàloga, en l'àmbit europeu, la Directiva sobre la Societat de la Informació.
- (17) Vid. Per al text actual, <ftp://ftp.loc.gov/pub/thomas/cp105/hr551pl.txt>
- (18) S'ha de tenir en compte que la infracció directa no exigeix que qui la comet actui de forma intencionada, ni que n'obtingui beneficis econòmics. Així, per exemple, sense la limitació que es proposa, el proveïdor seria el responsable quan, per donar millor servei, procedeixi a emmagatzemar parts substancials de les pàgines web visitades pels seus clients, i porti a terme el que es coneix com a caching.
- (19) S'entén que hi ha contributory infringement, i per tant responsabilitat, quan algú col·labora de forma intencionada o conscient en la infracció que un altre porta a terme. En el cas que ens ocupa, per exemple, n'hi hauria quan el proveïdor sap o ha de saber que el material que hostatja o al qual dóna accés és il·lícit i, malgrat això, no fa res per impedir-ho. La vicarious liability afecta a qui han de respondre de la conducta d'un altre en base a la relació jurídica que el lliga amb ell. Es tracta, per tant, d'algú que té el dret i la possibilitat de controlar els actes aliens.
- (20) L'acord és del 31 de març de 1998 i part del mateix ha estat incorporada a la *WIPO Copyright Treaties Implementation Act* (H.R. 2281). Vid., amb un resum i comentari dels aspectes bàsics, *World Intellectual Property Report*, vol.12, num 5, maig 1998, 150.