



LA REFORMULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL: PRIVACIDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado

Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea

Miembro de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRIVACIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ERA DIGITAL. 1. Los nuevos problemas cotidianos de la privacidad en la era digital ante los jueces estadounidenses. 2. El derecho a la vida privada en la era digital según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. La privacidad y protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DIGITAL. 1. La libertad de expresión en la era digital a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2. La libertad de expresión y la responsabilidad de las empresas periodísticas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL. 1. El alcance de los derechos de propiedad intelectual en Internet: comunicación y reproducción. 2. La persecución de la ciberpiratería, el derecho de propiedad y la privacidad. 3. La responsabilidad de los intermediarios, el derecho de propiedad y otros derechos. V. CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Era digital; Internet; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Privacidad; Protección de datos personales; Libertad de expresión; Derechos de autor; Marcas.

Resumen

*La era digital constituye un reto para los derechos fundamentales. Los desarrollos tecnológicos han propiciado la creación de un derecho fundamental específico como el derecho a la protección de los datos personales y estos derechos requieren una reformulación y una reinterpretación por los tribunales. Así se deduce de la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han apuntado, en conocidas sentencias como *Digital Rights Ireland*, *Google Spain*, *Yidirim c. Turquía*, *Promusicae* o *Google France*, soluciones a los problemas más acuciantes sobre la protección de datos y la privacidad, la libertad de expresión y la protección de los derechos de propiedad (derechos de autor o marcas).*

I. INTRODUCCIÓN

La irrupción en nuestras vidas de la informática hace poco menos de 30 años (el programa *Windows* fue presentado por *Microsoft* en 1985), la generalización de Internet



en unos escasos 20 años (la empresa *Google* fue fundada en 1998) y el uso masivo de los teléfonos móviles que no lleva más de 10 años (en 2007 Steve Jobs presentó el primer *iPhone*) obligan a replantearse en poco tiempo y de manera radical muchos de nuestro hábitos en una era que ya puede calificarse como digital.

El mundo de los derechos fundamentales se ha visto afectado hasta el punto de que, casi al mismo tiempo que se construye este mundo digital, surge con especial fuerza un derecho a la protección de los datos personales, esencial, por ejemplo, en el desarrollo de Internet. Pero también los tradicionales derechos fundamentales, como la libertad de expresión y el propio derecho de propiedad, especialmente en relación con los derechos de propiedad intelectual e industrial (derechos de autor, marcas y otros similares), requieren una nueva delimitación al verse amenazados de una manera muy seria o al tener que responder a nuevos retos.

Así pues, las nuevas tecnologías en las que se basa el mundo digital constituyen un desafío para la aplicación del Derecho y, por ende, para la protección de los derechos fundamentales de tal manera que el nuevo contexto tecnológico y sus desarrollos vertiginosos obligan a replantear el alcance y los límites de los derechos fundamentales. En efecto, no solo se trata de adelantos tecnológicos sino de situaciones e inventivas humanas que plantean nuevas relaciones y suscitan cuestiones que, ineluctablemente, llegan a los tribunales que, solo de manera paulatina, con el método del caso a caso y del ensayo y el error, van decantando las respuestas apropiadas para nuestra sociedad.

Los artilugios tecnológicos no siempre fueron bien entendidos por los tribunales por lo que en numerosas ocasiones ha habido que rectificar la jurisprudencia. En este sentido es muy significativa la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en un asunto que ya nos parece anticuado como el de las escuchas telefónicas realizadas fuera del domicilio.

Los ciudadanos afectados siempre invocaron la Cuarta Enmienda a la Constitución, redactada y en vigor desde 1791, que se refiere literalmente al derecho a la seguridad en las personas, domicilios, papeles y efectos contra investigaciones e intervenciones irrazonables. La *sentencia Olmstead* (1928) llegó a una solución que, sin embargo, cuarenta años después tuvo que ser modificada radicalmente en la *sentencia Katz* (1967).

En la *sentencia Olmstead* se enjuiciaba la interceptación de conversaciones telefónicas llevada a cabo durante la vigencia de la *Ley seca* sin entrar en los domicilios de los sospechosos de traficar con bebidas alcohólicas¹. En esta sentencia el Tribunal Supremo argumentaba:

Con el invento del teléfono hace 50 años y su aplicación con el fin de extender las comunicaciones, uno puede hablar con cualquiera situado en un lugar alejado. El lenguaje

¹ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

de la [Cuarta] Enmienda no puede ampliarse y expandirse hasta el punto de incluir los cables telefónicos que salen desde la casa o de la oficina del acusado y llegan a cualquier parte del mundo. Los cables interceptados no son parte de su casa u oficina como tampoco lo son las autopistas a lo largo de las cuales se tienden.

Ciertamente, la sentencia fue impugnada por cuatro de sus nueve miembros, incluidos los jueces Brandeis y Holmes.

Sin embargo, hubo que esperar cuarenta años más, es decir, 91 años después de que se patentase el teléfono, para que la *sentencia Katz* reconociese que la interceptación telefónica hecha con un aparato situado en una cabina de teléfonos pública constituía una violación de la Cuarta Enmienda². En este caso el Tribunal Supremo se reafirmó en que la Constitución protege a las personas y no los lugares, y desarrolló un análisis, que es el que ha prevalecido y por ahora es el vigente, de la protección de los derechos fundamentales basado en las expectativas legítimas de privacidad de cualquier ciudadano.

En la era digital los cambios son acelerados y la adaptación legislativa resulta realmente lenta y compleja por lo que la controversia termina reduciéndose a una ponderación de los derechos en juego en un contexto que no siempre es bien comprendido por los jueces. Por eso la discusión sobre el alcance y los límites de las intromisiones de las nuevas tecnologías en nuestros derechos fundamentales se ventila de manera intensa en los tribunales y, en particular, en aquellos tribunales supremos que ejercen un indiscutible liderazgo cosmopolita. Tal es el caso en Europa de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, poco a poco, van enjuiciando cuestiones particularmente novedosas y que van ofreciendo soluciones más o menos aceptables³.

Me propongo analizar el nuevo contexto de tres tipos de derechos fundamentales que han resultado los más afectados por los cambios tecnológicos, a saber, la protección de los datos personales y la privacidad, la libertad de expresión y el derecho de propiedad. A tal efecto expongo las respuestas dadas a las distintas cuestiones de ponderación en Europa por el Tribunal Europeo de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo.

II. LA PRIVACIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ERA DIGITAL

El derecho a la privacidad en la era digital ha alcanzado un desarrollo extraordinario hasta el punto de segregar un derecho fundamental a la protección de los datos personales,

² Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

³ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La protección de los derechos fundamentales en Internet en la jurisprudencia europea*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

que constituye un genuino derecho de nuestro tiempo. Inicialmente el derecho a la protección de datos personales surge como proyección del derecho de privacidad y luego se desarrolla, en virtud de regulaciones convencionales, constitucionales y legislativas como un derecho autónomo. En ambos casos, tanto la privacidad como la protección de los datos son esenciales para la construcción de Internet.

Esta estrecha relación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de datos personales se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de los distintos tribunales. Expongo algunos casos paradigmáticos enjuiciados por el Tribunal Supremo Federal estadounidense desde Washington para abordar ya con más detenimiento la jurisprudencia producida desde los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo.

1. Los nuevos problemas cotidianos de la privacidad en la era digital ante los jueces estadounidenses

Cuando a finales del siglo XIX se generalizaba la prensa escrita, dos juristas estadounidenses advirtieron de la necesidad de fortalecer el derecho a la privacidad y de adaptar los viejos principios del Derecho inglés a las nuevas necesidades tecnológicas de la época⁴. Precisamente en los Estados Unidos el Tribunal Supremo ha desarrollado muy recientemente una jurisprudencia que resulta de gran interés por referirse al modo en que se ve afectada la privacidad y que afecta a ámbitos propios de la era digital: la intervención policial sobre los mensajes de texto, el uso del GPS y otros aparatos tecnológicos como un escáner o, en fin, el registro policial de los teléfonos móviles sin la previa autorización judicial.

En la sentencia *Ontario v. Quon* (2010) se planteaba ante el Tribunal Supremo estadounidense la cuestión de la privacidad de unos mensajes de texto descubiertos de modo fortuito por el Departamento municipal de policía cuando investigaba las razones de una elevada factura del servicio telefónico de sus agentes⁵.

La mayoría del Tribunal Supremo Federal, expresada por el juez Kennedy, reflexionaba sobre las dificultades que supone proteger el derecho a la vida privada frente a las nuevas tecnologías:

El Tribunal debe proceder con cuidado al considerar la totalidad del concepto de expectativas de privacidad en las comunicaciones realizadas a través de equipos electrónicos que pertenezcan al Gobierno en su calidad de empleador. El poder judicial se arriesga a cometer errores [...] al elaborar una doctrina demasiado detallada de las implicaciones

⁴ S.D. WARREN y L.D. BRANDEIS, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-219; en español, *El derecho a la intimidad*, edición de Benigno Pendás y traducción de Pilar Baselga, Civitas, Madrid.

⁵ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Ontario v. Quon*, 560 US (2010) [17 de junio de 2010].

en la Cuarta Enmienda de la tecnología emergente antes de que su función en la sociedad se haya revelado con claridad.

No obstante, también es significativo el voto concurrente del juez A. Scalia donde advierte: «*aplicar la Cuarta Enmienda a las nuevas tecnologías puede ser en ocasiones difícil, aunque cuando es necesario decidir un caso no nos queda otra elección [...] Que los tiempos están cambiando es una débil excusa para evadirnos de nuestro deber*».

Ahora bien, el Tribunal Supremo consideró que no se había violado el derecho fundamental a la privacidad del agente de la policía de la ciudad californiana que había sido sancionado disciplinariamente por el hecho de que, cuando las autoridades municipales revisaron las causas de la elevada factura telefónica, comprobaron que este policía utilizaba el teléfono del trabajo para remitir a otros compañeros mensajes de texto con contenidos eróticos.

En cambio, las nuevas técnicas deben estar limitadas, como subrayó la sentencia *United States v. Jones* (2012) donde declaró ilegal el uso del GPS para combatir la criminalidad sin la correspondiente autorización judicial⁶. Antoine Jones, sospechoso de traficar con drogas, fue sometido a investigación de la policía que obtuvo la autorización temporal para el uso de un aparato electrónico de seguimiento que fue colocado en el todoterreno de su esposa. Sin embargo y con posterioridad, ya sin autorización del juez, se hizo el seguimiento del sospechoso que finalmente fue acusado y condenado por posesión y tráfico de cocaína.

Las sentencias *Kyllo v. United States* (2001) y *Florida v. Jardines* (2013) permiten comparar los problemas que plantean no solo los nuevos aparatos tecnológicos, por ejemplo un escáner termográfico, sino también en este contexto tan sofisticado los usos tradicionales como la investigación policial con perros adiestrados. En ambos casos se habían realizado investigaciones merodeando los domicilios de dos sospechosos de cultivar droga.

En el asunto *Kyllo* la policía había sospechado que un individuo cultivaba marihuana en su domicilio por lo que decidió utilizar un escáner de termografía infrarroja que desde la calle demostraba que una parte de la vivienda emitía más calor en comparación con el resto de los apartamentos aledaños⁷. Obtenida una orden judicial de registro se comprobó la existencia de una plantación de droga que utilizaba potentes lámparas por lo que *Kyllo* fue condenado. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que tal actuación consistente en captar una termografía sin autorización había constituido una violación del domicilio.

⁶ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v. Jones*, 565 U. S. (2012) [23 de enero de 2012].

⁷ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kyllo v. United States*, 533 U. S. 27 (2001) [11 de junio de 2001].

En el asunto *Jardines* también el origen de la intervención fue la sospecha de que este ciudadano cultivaba marihuana en su domicilio⁸. Dos policías y un perro adiestrado para encontrar droga se acercaron al porche de la casa de Joelis Jardines en Miami demostrando el perro con su comportamiento y su olfato que en el interior de la casa cultivaban droga. Con tales datos la policía obtuvo una orden judicial de registro que confirmó las sospechas.

La mayoría del Tribunal Supremo consideró que el uso por la policía de un perro para investigar un domicilio y sus alrededores constituía una intromisión que requería autorización judicial. Ahora bien, en su voto discrepante el juez Alito, apoyado por otros tres jueces, distinguió entre el supuesto de *Kyllo*, que trataba del uso de las nuevas tecnologías, y el caso de *Jardines* en el que la investigación se basaba en el desarrollado sentido del olfato de los perros e incluso de uno de los policías que llegó a apreciar el olor de la droga por lo que, a su juicio, emplear el perro en esas pesquisas policiales no había constituido una intromisión ilegítima en el domicilio ni habría violado las expectativas legítimas de privacidad del ciudadano.

Por último, en la sentencia *Riley v. California* (2014) el Tribunal Supremo estadounidense se planteó si la policía podía registrar la información contenida en un teléfono móvil (*smartphone*) que había sido intervenido a un particular que había sido detenido por una infracción de tráfico sin necesidad de autorización judicial⁹. En una sentencia prácticamente unánime el presidente Roberts expresó esta idea: «*El hecho de que la tecnología permita ahora que un particular lleve información consigo no significa que la información sea menos digna de la protección por la que lucharon los Fundadores. Nuestra respuesta a la pregunta de qué debe hacer la policía antes de registrar un teléfono móvil incautado incidentalmente a un detenido es, consecuentemente, simple, conseguir una autorización judicial*».

Solo el juez Alito formuló un voto particular para puntualizar dos aspectos. Por una parte, consideró que no se podía aplicar la regla utilizada en la era predigital para registrar un teléfono móvil sino que esto requería una nueva interpretación de la aplicación de la ley y los intereses de la privacidad. Por otra parte, estimó que correspondía al legislador, elegido por los ciudadanos y en mejor posición que los jueces, evaluar y responder a los cambios que ya se han producido y a los que casi con toda seguridad se producirán en el futuro.

2. El derecho a la vida privada en la era digital según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El derecho a la vida privada y familiar está consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y es sobre este texto de 1950 sobre el que se asienta

⁸ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Florida v. Jardines*, 569 U. S. (2013) [26 de marzo de 2013].

⁹ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Riley v. California*, 573 U. S. (2014) [25 de junio de 2014].

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo no se refiere en su jurisprudencia a un derecho de protección de los datos personales sino que se apoya siempre en el derecho fundamental genérico a la vida privada. No obstante, la jurisprudencia de Estrasburgo se ha apoyado en los desarrollos convencionales del derecho a la protección de los datos personales: el Convenio Europeo sobre Protección de Datos Personales, aunque termina amparándose en el derecho a la privacidad¹⁰.

La evolución de esta jurisprudencia se inicia con la sentencia *Leander c. Suecia* (1987) en una era predigital pero ha evolucionado y se ha desarrollado paulatinamente con una atención especial a la vida privada en Internet¹¹. Precisamente sobre este ámbito me voy a referir a dos sentencias que tienen una relación directa con la privacidad y la protección de datos personales en relación con las nuevas tecnologías: *Copland c. Reino Unido* (2007) y *K.U. c. Finlandia* (2008).

En la sentencia *Copland c. Reino Unido* (2007) el Tribunal Europeo empezó a delimitar los distintos derechos implicados en las comunicaciones telefónicas, por correo electrónico y por Internet¹².

La profesora de un colegio público galés fue sometida a vigilancia por sus superiores a través de sus llamadas telefónicas, sus correos electrónicos y sus conexiones a Internet. Para justificar tales actuaciones invocaban la necesidad de controlar el gasto público por lo que tenían que analizar las facturas de teléfono (donde constaban los números, fecha, hora y duración de las llamadas), se siguieron las visitas que hacía por Internet y se determinaron las direcciones a las que la profesora remitía su correo electrónico.

El Tribunal Europeo consideró que las informaciones referidas a conversaciones telefónicas, como la fecha, su duración y los números marcados debían considerarse, en virtud del art. 8 CEDH, como 'parte integrante de las comunicaciones telefónicas'. Y aun cuando se hubiesen obtenido a través de las facturas telefónicas esto no impedía la vulneración de los derechos fundamentales en la medida en que la memorización de datos relativos a la vida privada de un individuo entra también ella en el ámbito de aplicación del art. 8.1 CEDH (§ 43).

¹⁰ El Convenio del Consejo de Europa núm. 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (*BOE* núm. 274 de 15 de noviembre de 1985); este tratado está en vigor desde el 1 de octubre de 1985 y en estos momentos son parte del mismo todos los Estados del Consejo de Europa, salvo Turquía y San Marino; también está en vigor para Uruguay. El Convenio del Consejo de Europa núm. 181 o Protocolo Adicional está en vigor desde el 1 de julio de 2004 pero del mismo solo son parte 34 Estados; <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=181&CM=8&DF=23/01/2015&CL=ENG> (última consulta 23/01/2015).

¹¹ TEDH, sentencia de 26 de marzo de 1987, *Leander c. Suecia* (recurso núm. 9248/81).

¹² TEDH, sentencia de 3 de abril de 2007, *Copland c. Reino Unido* (recurso núm. 62617/00).

Por tanto, a juicio del Tribunal Europeo, «la obtención y la conservación, con desconocimiento de la recurrente, de datos de carácter personal que se relacionan con el uso que hacía del teléfono, del correo electrónico y de Internet constituyen una injerencia en el ejercicio del derecho de la interesada al respeto de su vida privada y de su correspondencia, en el sentido del art. 8» (§ 44).

No obstante, el Tribunal de Estrasburgo considera expresamente que se pueda vigilar el uso que haga un empleado en el lugar de trabajo del teléfono, del correo electrónico o de Internet en la medida en que puede reputarse 'necesario en una sociedad democrática' y siempre que persiga una finalidad legítima (§ 48).

En la sentencia *K.U. c. Finlandia* (2008) se planteaba si los jueces podían obligar a un prestador de servicios a suministrar datos que permitiesen averiguar desde qué dirección electrónica se había hecho un anuncio publicado en Internet en virtud del cual se ofrecía un niño de 12 años para mantener contactos sexuales¹³.

Los jueces finlandeses consideraron que no existía base jurídica para obligar a los prestadores de servicios a suministrar datos de sus clientes. Sin embargo, el Tribunal Europeo condenó a Finlandia y consideró que la libertad de expresión y la confidencialidad de las comunicaciones de los usuarios de las telecomunicaciones y de los servicios en Internet son primordiales pero no pueden constituir una garantía absoluta de modo que en ocasiones deben ceder ante otros imperativos legítimos como la defensa y la prevención de las infracciones penales o la protección de los derechos y libertades de un tercero (§ 49).

Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguen llegando asuntos que nos desvelarán el vigor de los derechos fundamentales y, en particular, el alcance de la protección de datos y, más genéricamente, del derecho a la vida privada en la era digital¹⁴.

3. La privacidad y protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El desarrollo del derecho a la privacidad y a la protección de datos personales ha adquirido un desarrollo jurisprudencial importante en la Unión Europea debido, fundamentalmente, a la legislación europea, a partir de la Directiva 95/46/CE¹⁵, y a la

¹³ TEDH, sentencia de 2 de diciembre de 2008, *K.U. c. Finlandia* (recurso núm. 2872/02).

¹⁴ TEDH, *Big Brother Watch y otros c. Reino Unido* (recurso núm. 58170/13); este asunto se refiere a la aplicación del art. 8.1 sobre el derecho a la vida privada en relación con la fuga de información propiciada por Edward Snowden, antiguo administrador de sistemas de la Agencia Nacional de Seguridad estadounidense y su utilización por los Estados Unidos y el Reino Unido, en particular por el Departamento británico de espionaje y que puede afectar a miles o incluso a millones de personas.

¹⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*DOCE* núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31).

consagración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) tanto del derecho a la vida privada como del derecho a la protección de los datos personales¹⁶.

Ahora bien, los desarrollos del mundo digital, en particular de Internet, han demostrado una simbiosis difícil de separar entre la privacidad y la protección de datos. El Tribunal de Justicia inició su examen de la relevancia de Internet para los derechos en la *sentencia Lindqvist* (2003) que trataba de una inocente publicación de datos en Internet que había hecho la catequista de una parroquia sueca. Con posterioridad se han planteado problemas relativos a la publicación en Internet de datos de una empresa agraria o de un agricultor relativos a las subvenciones agrarias europeas tal como se refleja en la *sentencia Schecke* (2010). Ya más recientemente la *sentencia Digital Rights Ireland* (2014) ha anulado la Directiva sobre conservación de datos y en la *sentencia Google Spain* (2014) el Tribunal de Justicia ha incluido en el contenido de los derechos de privacidad y de protección de datos un derecho al olvido.

En poco más de diez años el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los nuevos desafíos de la era digital sobre el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de los datos personales. Dos sentencias pueden ilustrar este desarrollo jurisprudencial: la *sentencia Lindqvist* (2003) y la *sentencia Rynes* (2014).

Bodil Lindqvist fue condenada penalmente al pago de una multa por haber creado como catequista en una parroquia sueca una página web en la que informaba de los datos y actividades de varios feligreses que preparaban su confirmación¹⁷.

El Tribunal de Justicia consideró que las referencias, contenidas en una página web, a diversas personas que eran identificadas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o la información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituía un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido de la Directiva 95/46 (apartado 27). Ciertamente, el Tribunal de Justicia descartó de este régimen «únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares» pero en modo alguno queda excluida «la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas» (apartado 47).

En su sentencia el Tribunal de Justicia supo captar ya en 2003 las características de una publicación en Internet: «La información que se publica en Internet puede ser consultada en cualquier momento por un número indeterminado de personas que residen en múltiples lugares. La ubicuidad de esta información se debe, en particular, a que los medios técnicos empleados para acceder a Internet son relativamente sencillos y cada vez menos costosos» (apartado 58).

¹⁶ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

¹⁷ TJCE, sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist* (C-101/01, Rec. p. I-12971).

Separada por poco más de diez años, la *sentencia Rynes* (2014) permite al Tribunal de Justicia resolver la cuestión del alcance de la Directiva sobre protección de datos personales en relación con la instalación de videocámaras en las viviendas familiares¹⁸.

El Sr. Rynes instaló y utilizó un sistema de videocámara que colocó bajo los aleros del tejado de su vivienda familiar. La cámara estaba colocada en una posición fija, en la que no podía girar, y filmaba imágenes de la entrada de la propia vivienda, de la vía pública y de la entrada a la vivienda situada enfrente. El sistema permitía captar únicamente imágenes en vídeo, que se almacenaban en el disco duro. Una vez que se agotaba la capacidad del disco, grababa imágenes sobre la antigua grabación. El dispositivo de grabación no disponía de monitor, de manera que no era posible ver las imágenes en tiempo real. Tan sólo el Sr. Rynes tenía acceso directo al sistema y a los datos almacenados.

A instancias de un juez checo, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 95/46/CE y más en particular el concepto de «*ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*» y analiza si la utilización de esta cámara de vídeo constituye un tratamiento de datos al que deben aplicarse las limitaciones de la Directiva. El Tribunal de Justicia considera que esta vigilancia constituye un tratamiento automatizado de datos personales (apartado 25). Y seguidamente el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que tal actividad no puede excluirse de la aplicación de la Directiva 95/46 en la medida en que «*se extiende, aunque sea en parte, al espacio público, abarcando por ello una zona ajena a la esfera privada de la persona que procede al tratamiento de datos valiéndose de ese medio*» (apartado 33).

De la *sentencia Rynes* interesa destacar el razonamiento conforme al cual y, en primer lugar, la Directiva 95/46 pretende garantizar un nivel elevado de protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de la vida privada o intimidad, en relación con el tratamiento de los datos personales (apartado 27).

A continuación, el Tribunal de Justicia invoca su propia jurisprudencia conforme a la cual «*la protección del derecho fundamental a la vida privada, que garantiza el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las restricciones a dicha protección se establezcan sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario*» (apartado 28).

Asimismo, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva 95/46, en la medida en que regula el tratamiento de datos personales que puede vulnerar las libertades fundamentales y, en particular, el derecho a la intimidad o la protección de la vida privada, debe interpretarse a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, por lo que las excepciones a la Directiva deben interpretarse en sentido estricto (apartado 29).

Esto supone que la excepción se aplique únicamente al tratamiento de datos personales en el ejercicio de actividades personales o domésticas. Y pone el ejemplo de la propia

¹⁸ TJUE, sentencia de 11 de diciembre de 2014, *František Rynes* (C-212/13, EU:C:2014:2428).

Directiva que se refiere por ejemplo a la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, por más que incidentalmente afecten o puedan afectar a la vida privada o intimidad de otras personas (apartado 32).

En definitiva, el hecho de que la cámara de vídeo grabase parte de una zona pública, de la calle, determinaba la aplicación de la Directiva 95/46 y exigía al particular el cumplimiento de todas sus obligaciones sobre el tratamiento de los datos personales.

La *sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert* (2010) planteaba la conformidad con los derechos fundamentales de la publicación en la web de la Agencia Federal de Agricultura y Alimentación de los datos de los beneficiarios de fondos agrícolas europeos y los importes recibidos por cada beneficiario del Estado alemán de Hesse, la empresa Volker und Markus Schecke GbR y el agricultor Hartmut Eifert¹⁹.

El Tribunal administrativo de Wiesbaden le había preguntado al Tribunal de Justicia si los Reglamentos europeos, que prescriben que la información relativa a los beneficiarios de los fondos agrícolas sea publicada exclusivamente en Internet, conculcaban el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, por tanto, procedía su anulación.

El razonamiento del Tribunal de Justicia siguió tres etapas: primero definió el alcance del derecho de protección de los datos personales; a continuación se refirió a la justificación de las injerencias admisibles; y, por último, subrayó las consecuencias relativas a las personas físicas (Sr. Eifert) y a las personas jurídicas (la empresa Volker und Markus Schecke).

El Tribunal de Justicia utilizó la misma lógica del Tribunal de Estrasburgo al configurar su concepto de privacidad y de protección de datos. Y a tal efecto puntualizó: «*el respeto del derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento los datos de carácter personal, reconocido por los arts. 7 y 8 de la Carta, se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable [y] las limitaciones al derecho a la protección de los datos de carácter personal que pueden establecerse legítimamente corresponden a las toleradas en el contexto del art. 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos]*» (apartado 53). De hecho y de conformidad con la jurisprudencia de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia mantuvo un concepto de vida privada en sentido amplio por lo que subraya: «*es irrelevante el hecho de que los datos publicados se refieran a actividades profesionales*» (apartado 59).

El Tribunal de Justicia analizó si la publicación de los datos referidos a los beneficiarios de los fondos europeos estaba justificada dado que estos no habían consentido su publicación. Para ello el Tribunal ponderó la aplicación del principio de transparencia que se basa, en particular, en el derecho de los contribuyentes a ser informados de la utilización de los fondos públicos (apartado 79). A tal efecto, el Tribunal de Justicia concluyó: «*antes*

¹⁹ TJUE (Gran Sala), sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert* (C-92/09 y C-93/09, *Rec.* p. I-11063).

de divulgar información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta. Ahora bien, no cabe atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal [...] ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes» (apartado 85).

Por último, la sentencia anuló las disposiciones de los Reglamentos que preveían la publicación de la información de los beneficiarios de las ayudas de los Fondos agrícolas europeos en la medida en que se refiriese a las personas físicas, el agricultor, Sr. Eifert, pero no respecto de la publicación de los datos de las personas jurídicas, la empresa Volker und Markus Schecke, en la medida en que tales disposiciones les imponen la obligación de publicar los datos personales relativos a cada beneficiario, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas (apartado 89).

En la *sentencia Digital Rights Ireland* (2014) tanto la High Court irlandesa como el Tribunal Constitucional austriaco cuestionaron la validez de la Directiva sobre conservación de datos y el Tribunal de Justicia la anuló²⁰. A juicio del Tribunal de Justicia la injerencia de la regulación contenida en la Directiva era desproporcionada²¹.

De manera conjunta el Tribunal de Justicia constata que *«el respeto del derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal, reconocido por los arts. 7 y 8 de la Carta, se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable (...) las limitaciones al derecho a la protección de los datos de carácter personal que pueden establecerse legítimamente corresponden a las toleradas en el contexto del art. 8 del CEDH»* (apartado 52).

El enfoque de los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales que hace el Tribunal de Justicia se basa expresamente en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su respuesta el Tribunal de Justicia examina, en primer lugar, los datos a los que se refiere la Directiva:

«los datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación y su destino, para identificar la fecha, hora y duración de una comunicación, el equipo de comunicación de los usuarios y para identificar la localización del equipo de comunicación móvil, datos entre los que figuran el nombre y la

²⁰ TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland* (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238).

²¹ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DOUE núm. L 105, 13/4/2006, p. 54).



dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino y una dirección IP para los servicios de Internet. Estos datos permiten, en particular, saber con qué persona se ha comunicado un abonado o un usuario registrado y de qué modo, así como determinar el momento de la comunicación y el lugar desde la que ésta se ha producido. Además, permiten conocer la frecuencia de las comunicaciones del abonado o del usuario registrado con determinadas personas durante un período concreto» y, por tanto, «pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan» (apartado 26).

En consecuencia, el Tribunal de Justicia considera que en este supuesto son aplicables los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, es decir, están en juego el derecho fundamental al respeto de la vida privada y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por tanto, el Tribunal de Justicia obtiene esta primera conclusión: *«la injerencia que supone la Directiva 2006/24 en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta resulta de gran magnitud y debe considerarse especialmente grave. Además, la circunstancia de que la conservación de los datos y su posterior utilización se efectúen sin que el abonado o el usuario registrado hayan sido informados de ello puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante»* (apartado 37).

A continuación el Tribunal de Justicia enjuicia si la injerencia está justificada y es proporcionada. Por lo que se refiere a la justificación, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva pretende *«contribuir a la lucha contra la delincuencia grave y, en definitiva, a la seguridad pública»*, por lo que la injerencia estaría justificada.

Seguidamente, cuando el Tribunal de Justicia examina si la injerencia es proporcionada comprueba que la conservación de datos es adecuada para lograr el objetivo perseguido por la Directiva 2006/24 en la medida en que permiten a las autoridades nacionales competentes para la persecución de delitos disponer de más posibilidades para esclarecer delitos graves y, a este respecto, constituye por tanto una herramienta útil para las investigaciones penales.

En cambio, también constata, en primer lugar, que *«constituye una injerencia en los derechos fundamentales de prácticamente toda la población europea»* en la medida en que se aplica a todos los datos de tráfico relativos a la telefonía fija, la telefonía móvil, el acceso a Internet, el correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet, es decir, a todos los medios de comunicación electrónica, cuyo uso está muy extendido y que tienen una importancia creciente en la vida cotidiana de las personas (apartado 56).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia observa que *«abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves»* (apartado 57).



En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia

«no exige ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública y, en particular, la conservación no se limita a datos referentes a un período temporal o zona geográfica determinados o a un círculo de personas concretas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves» (apartado 59).

En cuarto lugar, para el Tribunal de Justicia

«la Directiva 2006/24 no fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta, puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia» (apartado 60).

En fin, el Tribunal de Justicia advierte que *«en cuanto al acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior, la Directiva 2006/24 no precisa las condiciones materiales y de procedimiento correspondientes»* (apartado 61).

Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que *«la Directiva 2006/24 no establece reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta. Por lo tanto, debe considerarse que esta Directiva constituye una injerencia en los derechos fundamentales de gran magnitud y especial gravedad en el ordenamiento jurídico de la Unión, sin que esta injerencia esté regulada de manera precisa por disposiciones que permitan garantizar que se limita efectivamente a lo estrictamente necesario»* (apartado 65).

Probablemente una de las más conocidas sentencias del Tribunal de Justicia de los últimos años sea la *sentencia Google Spain* (2014) que se ha identificado, fundamentalmente, con el derecho al olvido en Internet pero que ofrece importantes consideraciones.

En primer lugar y a diferencia de lo que proponía el abogado general, el Tribunal de Justicia considera que no es necesario un desarrollo legislativo para entender comprendido el derecho al olvido en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Como es bien sabido, el origen de esta sentencia está en un reenvío prejudicial de la Audiencia Nacional que debía pronunciarse sobre la decisión de la Agencia Española de Protección de Datos que instaba a Google Spain a que retirase de sus índices e inutilizase el acceso futuro a datos relativos a Mario Costeja. Se trataba de bienes que habían sido subastados como consecuencia de un embargo derivado de deudas con la Seguridad Social, que fueron recogidos en el periódico *La Vanguardia* de Barcelona y que habían sido indexados por Google.

De las respuestas que da el Tribunal de Justicia interesa ahora destacar que Google Spain está sometida a la Directiva sobre protección de datos (apartado 28). No obstante, el Tribunal de Justicia hace una distinción que resulta importante entre el tratamiento de

datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda y el efectuado por los editores de sitios de Internet, que consiste en hacer figurar esos datos en una página en Internet, y se añade a él (apartado 35). También el Tribunal de Justicia reconoce 'el papel decisivo en la difusión global' de los motores de búsqueda y su utilidad para los internautas (apartado 36); pero también apunta los peligros que para la privacidad supone la actividad del motor de búsqueda:

«la organización y la agregación de la información publicada en Internet efectuada por los motores de búsqueda para facilitar a sus usuarios el acceso a ella puede conducir, cuando la búsqueda de los usuarios se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, a que éstos obtengan mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado» (apartados 37 y 38).

También el Tribunal de Justicia se refiere en la *sentencia Google Spain* a la fundamentación del denominado derecho al olvido como derivado de los derechos fundamentales, tanto la privacidad como la protección de los datos personales, los arts. 7 y 8 de la Carta en relación con la Directiva 95/46 por lo que deduce:

«el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita» (apartado 88).

Y adicionalmente explica el alcance del derecho al olvido hasta el punto de que *«incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron»*; es decir, cuando los datos son inadecuados, no pertinentes o excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido (apartado 93).

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DIGITAL

Ahora es más fácil comunicarse y hacerlo al mismo tiempo con numerosas personas a través de Internet. Esto influye en el derecho a la libertad de expresión que lo facilita en grado sumo pero que también hace difícil en supuestos de vulneración de otros derechos exigir las responsabilidades que en su caso procedan.

Es precisamente la tensión entre la libertad de expresión —con un alcance universal y un efecto prácticamente instantáneo— y la responsabilidad civil y penal, lo que puede explicar el alcance de la libertad de expresión en la era digital.

El tratamiento por el Tribunal de Estrasburgo y por el Tribunal de Luxemburgo resulta complementario; en el caso del Tribunal Europeo la atención será a la propia libertad y a sus límites; en cambio, en el caso del Tribunal de Justicia los litigios de que

conoce tienen relación de manera particular con la responsabilidad de los intermediarios de servicios.

1. La libertad de expresión en la era digital a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de enjuiciar el nuevo contexto de Internet para el derecho a la libertad de expresión tal como resulta de las sentencias *Times News papers Ltd (nos. 1 y 2) c. Reino Unido* (2009), *Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania* (2011), *Yildirim c. Turquía* (2012), *Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (2013) y *Delfi c. Estonia* (2013).

En la sentencia *Times Newspapers c. Reino Unido* (2009) el Tribunal Europeo reconoció «la contribución sustancial realizada por los archivos en Internet a la preservación y la puesta a disposición de noticias e información. Los archivos en cuestión constituyen una fuente preciosa para la enseñanza y la investigación histórica, en particular al ser inmediatamente accesibles al público y por lo general gratuitas» (§ 45)²².

Se planteaba precisamente en este asunto si la legislación británica, conforme a la cual cada vez que se descargase material de Internet se podía iniciar una acción por difamación, constituía una restricción injustificada y desproporcionada al derecho a la libertad de expresión. El *Times* de Londres había sido demandado en diciembre de 1999 por dos artículos pretendidamente difamatorios y, sin embargo, no hizo ninguna advertencia en sus archivos de Internet hasta diciembre de 2000.

El Tribunal Europeo desestimó los recursos del editor londinense pero precisó, como lo había hecho previamente el tribunal británico, que «cuando un periódico ha sido informado de la presentación de una acción judicial de difamación sobre un artículo publicado en la prensa escrita, no puede considerarse una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión la inserción obligatoria de un anuncio apropiado relativo al artículo en cuestión en los archivos de Internet donde figure» (§ 47). En cambio y a juicio del Tribunal Europeo hubiese sido excesivo exigir la retirada de artículos potencialmente difamatorios del sitio de Internet del periódico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos amparó en la sentencia *Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania* (2011) a un periódico de Odesa y a su jefe de redacción que habían publicado una carta anónima difundida previamente por Internet²³.

En este asunto el Tribunal de Estrasburgo subrayó, por una parte, la peculiaridad de Internet como instrumento de información y de comunicación, distinto de la prensa

²² TEDH, sentencia de 10 de marzo de 2009, *Times Newspapers Ltd (núm. 1 y 2) c. Reino Unido* (recursos núm. 3002/03 y 23676/03).

²³ TEDH, sentencia de 5 de mayo de 2011, *Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania* (recurso núm. 33014/05).

escrita, por su capacidad de almacenar y de transmitir la información; y, por otra parte, precisó que la legislación nacional debía proporcionar medidas adecuadas de protección a favor de los periodistas que utilizasen información obtenida de Internet (§§ 63 a 66).

Pero, sin duda la más significativa sobre la libertad de expresión en Internet sea la *sentencia Yildirim c. Turquía* (2012) donde el Tribunal Europeo reiteró la importancia de Internet y constató la violación de los derechos de un profesor turco al que se le había bloqueado cautelarmente su página web al mismo tiempo que se generalizaba el bloqueo del acceso a todas las demás páginas alojadas en Google Sites, como consecuencia de un procedimiento penal por ultraje a la memoria de Atatürk²⁴.

Después de hacer un examen comparado de las legislaciones de 20 Estados del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo dedujo:

El derecho de acceso a Internet está protegido en teoría por las garantías constitucionales aplicables en materia de libertad de expresión y de libertad de recibir las ideas y las informaciones, considerándose inherente al derecho de acceder a la información y a la comunicación protegido por las Constituciones nacionales, y que incluye el derecho de todos a participar en la sociedad de la información y la obligación de los Estados de garantizar el acceso de los ciudadanos a Internet. Por tanto, se puede deducir del conjunto de las garantías generales que protegen la libertad de expresión que debe reconocerse, finalmente, un derecho de acceso sin trabas a Internet (§ 31).

A juicio del Tribunal Europeo el bloqueo del acceso a la página web constituía una injerencia de una autoridad pública en el derecho a la libertad de expresión (§ 55) y, aun cuando no descartó la posibilidad de que un juez penal bloquease el acceso a páginas web, en el caso concreto consideró que la medida había sido arbitraria pues no solo se había impedido el acceso al sitio del profesor sino también a todas las páginas albergadas en Google Sites.

En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró abusiva la medida dado que el Derecho turco no preveía ninguna garantía para evitar que una medida de bloqueo individual se convirtiese en una medida indiscriminada de bloqueo (§ 68).

En su voto particular concurrente el juez Pinto de Albuquerque precisó aún más los principios que debían informar el bloqueo de una página web en Internet y propuso que el Tribunal estableciese a modo de principio que cualquier restricción previa a la libertad de expresión en Internet suponía una seria presunción de incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁵.

²⁴ TEDH, sentencia de 18 de diciembre de 2013, *Yildirim c. Turquía* (recurso núm. 3111/10).

²⁵ Los principios mínimos que, según el juez PINTO DE ALBUQUERQUE, son aplicables al bloqueo de acceso a Internet exigen el cumplimiento de estas condiciones: (1) una definición de las categorías de personas e instituciones a las que se les puede bloquear las publicaciones; (2) una definición de las categorías de las

En la *sentencia Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (2013) el Tribunal Europeo analizó si era procedente la solicitud de retirar un artículo de periódico que estaba disponible en Internet y respecto del cual los jueces polacos ya habían considerado que era difamatorio. En el primer litigio solo se planteó la cuestión de la difamación en la prensa escrita; en cambio, en el litigio que finalmente llegó a Estrasburgo, los afectados reclamaban la retirada del artículo de Internet.

Tanto los jueces polacos como el Tribunal Europeo consideraron que la restricción al derecho a la vida privada, al mantener en la página web de un periódico un artículo que previamente había sido considerado difamatorio, era conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶. A juicio del Tribunal Europeo: «*el interés legítimo del público para acceder a los archivos de la prensa en Internet está protegido por el art. 10 del Convenio [que reconoce la libertad de expresión]*» (§ 65). Y en las circunstancias del caso, especialmente al no haberse solicitado en la primera demanda contra el honor la cesación de la publicación en Internet, el Tribunal Europeo consideró que la limitación impuesta por la libertad de expresión al derecho a la vida privada, como constataron los tribunales polacos, no era desproporcionada (§ 68).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo en la *sentencia Delfi c. Estonia* (2013) donde se cuestionaba la conformidad con la libertad de expresión de una sentencia que obligaba a este portal de noticias, el más importante del país báltico, a indemnizar con 320 euros a un particular respecto del cual se había vertido algún comentario humillante y degradante, de los cerca de 10.000 mensajes publicados²⁷.

El Tribunal Europeo se apoyó en cuatro circunstancias relevantes: el contexto de los comentarios, las medidas aplicadas por Delfi para prevenir o quitar los comentarios difamatorios, la responsabilidad de los autores de los comentarios como alternativa a la responsabilidad de la empresa de Internet; y las consecuencias de los procedimientos judiciales nacionales para Delfi (§ 85).

Después de su examen, el Tribunal Europeo llegó a la conclusión de que no había habido violación del derecho a la libertad de expresión, cuya restricción estaba justificada

resoluciones de bloqueo de páginas completas, direcciones IP, puertos, protocolos de enlace, redes sociales, etc.; (3) el alcance territorial de la resolución de bloqueo, sea nacional, regional o mundial; (4) un límite temporal a la resolución de bloqueo; (5) una indicación de los intereses que, a la luz del art. 10.2 del Convenio, pueden justificar la decisión de bloqueo; (6) observancia del criterio de proporcionalidad entre la libertad de expresión y otros intereses en juego; (7) respeto del principio de necesidad; (8) definición de las autoridades competentes para ordenar el bloqueo; (9) un procedimiento para la adopción de la decisión de bloqueo; (10) la notificación de una resolución motivada a los interesados; y (11) un procedimiento de recurso judicial frente a la decisión de bloqueo.

²⁶ TEDH, sentencia de 16 de julio de 2013, *Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (recurso núm. 33846/07).

²⁷ TEDH, sentencia de 10 de octubre de 2013, *Delfi c. Estonia* (recurso núm. 64569/09).

y era proporcionada atendiendo al carácter insultante y amenazador de los comentarios, teniendo en cuenta que los comentarios fueron publicados como reacción a un artículo publicado por Delfi de acuerdo con criterios comerciales, por la insuficiencia de las medidas que adoptó Delfi para evitar que se causase un daño a la reputación de terceros y para asegurar realmente la posibilidad de que los autores de los comentarios fueran responsabilizados, así como a la vista de la moderada indemnización impuesta por los tribunales estonios al declarar la responsabilidad del portal de noticias (§ 94).

En suma, el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha mostrado una sensibilidad especial a los efectos de Internet como cauce esencial en nuestra sociedad del derecho a la libertad de expresión. No obstante, también considera que tal derecho está sometido a límites que deben estar justificados y deben ser proporcionados.

2. La libertad de expresión y la responsabilidad de las empresas periodísticas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La jurisprudencia de la Unión Europea sobre la libertad de expresión tiene una dimensión particularmente ligada a la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet. De hecho, este es el hilo conductor de las *sentencias Lindqvist* (2003), *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia* (2008) y *Papasavvas* (2014).

En la *sentencia Lindqvist* el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la libertad de expresión y la regulación europea y nacional relativa a Internet. A tal efecto, subrayó la necesidad del desarrollo de Internet y lo justificó en estos términos:

«la integración económica y social resultante del establecimiento y funcionamiento del mercado interior va a implicar necesariamente un aumento notable de los flujos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social de los Estados miembros, ya se trate de empresas o de administraciones de los Estados miembros. Dichos agentes necesitan disponer, en cierta medida, de datos personales para efectuar sus transacciones o para cumplir su cometido en el marco del espacio sin fronteras que constituye el mercado interior» (apartado 80).

Y también subrayó que en el caso concreto y dada la presencia de distintos derechos fundamentales era necesario *«ponderar, por una parte, la libertad de expresión de la Sra. Lindqvist en el marco de su trabajo como catequista, así como la libertad de ejercer actividades que contribuyen a la vida religiosa y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó la Sra. Lindqvist en su sitio Internet»* (apartado 86).

El Tribunal de Justicia apuntó que la Directiva 95/46 no entraña una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el art. 10 del CEDH; pero *«incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario»* (apartado 90).

La *sentencia Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia* (2008) tiene interés desde el punto de vista de la libertad de expresión porque el Tribunal de Justicia introduce una protección especial de las publicaciones periodísticas²⁸.

En el litigio seguido ante los tribunales finlandeses se planteaba si Markkinapörssi, que recoge datos públicos de la administración fiscal finlandesa para publicar cada año extractos en las ediciones regionales de un periódico, podía transmitirlos a Satamedia en forma de CD-ROM para su publicación por un sistema de mensajes de texto (SMS) a petición y previo pago de los usuarios.

La cuestión que se plantea es si en este supuesto queda afectada la libertad de expresión y el Tribunal de Justicia se remite al art. 9 de la Directiva 95/46 titulado precisamente «*Tratamiento de datos personales y libertad de expresión*» previendo que para el tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

El Tribunal de Justicia subraya que el objetivo de la Directiva 95/46 es garantizar la libre circulación de datos personales pero también proteger las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos. Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que «*dicho objetivo no puede alcanzarse sin tener en cuenta que los referidos derechos fundamentales han de conciliarse, en una cierta medida, con el derecho fundamental a la libertad de expresión*» (apartado 53).

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que, dada la importancia que tiene la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario, por una parte, interpretar ampliamente los conceptos relacionados con ella, entre ellos el de periodismo. Y, por otra parte, es preciso llevar a cabo una ponderación equilibrada de los dos derechos fundamentales por lo que las excepciones y restricciones a la protección de los datos previstas en la Directiva debe establecerse dentro de los límites de lo que resulte estrictamente necesario (apartado 56).

La *sentencia Papasavvas* (2014) resuelve la cuestión planteada por un tribunal chipriota sobre el régimen de responsabilidad civil por difamación seguido contra una empresa editora que había publicados dos artículos en Internet²⁹. Sotiris Papasavvas solicitaba la reparación del daño y la adopción de medidas cautelares frente a dos artículos de un periódico de tirada nacional que también se publicaron en Internet. La empresa editora

²⁸ TJCE (Gran Sala), sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia* (C-73/07, Rec. p. I-9831, EU:C:2008:727).

²⁹ TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas y otros* (C-291/13, EU:C:2014:2209).

invocaba el régimen de exención de responsabilidad previsto en la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico para los prestadores de servicios intermediarios³⁰.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva sobre comercio electrónico se aplica a los servicios de la sociedad de la información, incluidos los que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet (apartado 30).

En segundo lugar, la Directiva 2000/31 no se opone a que un Estado miembro adopte un régimen de responsabilidad civil por difamación, aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en su territorio (apartado 33).

En tercer lugar, se plantea si se aplican las limitaciones de la responsabilidad civil contenidas en la Directiva sobre comercio electrónico a la sociedad editora de prensa que dispone de una página de Internet en la que se publica la versión digital de un periódico redactado por periodistas asalariados o independientes y cuyos ingresos proceden de la publicidad de la página. En su respuesta, el Tribunal de Justicia se refiere a los denominados 'prestadores de servicios intermediarios', es decir, los que llevan a cabo una actividad de mera transmisión («*mere conduit*»), de almacenamiento de información en forma de memoria tampón («*caching*»), o de alojamiento de datos, cuyo régimen de responsabilidad está regulado en la Directiva sobre comercio electrónico.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia reitera que las exenciones de responsabilidad se aplican a estos intermediarios siempre y cuando la actividad tenga naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que aquél no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (apartado 40) o el papel desempeñado sea neutro por no tener conocimiento ni control de la información que almacenaba (apartado 41).

En cambio, la exención de responsabilidad no se aplica si el intermediario interviene en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave (apartado 43) o cuando ofrece una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de unas ofertas de venta o en promover tales ofertas, en la medida en que no ocupa una posición neutra entre el cliente vendedor de que se trate y los potenciales compradores, sino que desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de la información relativa a esas ofertas (apartado 44).

Por tanto y aplicados estos principios al caso de una empresa editora que publica en su página de Internet la versión digital de un periódico y tiene conocimiento, en principio,

³⁰ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOUE n° L 178 de 17/07/2000, p. 1).

de la información que publica y ejerce un control sobre ésta, no puede ser considerada intermediaria con independencia de que el acceso a la página sea de pago o gratuito (apartado 45).

En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia da una respuesta que si bien no parece que sea aplicable en el litigio seguido ante el tribunal chipriota sí podría tener aplicación en otros supuestos en que se plantee la cuestión de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

Por una parte, el Tribunal de Justicia corrobora que la Directiva sobre comercio electrónico no se pronuncia sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios por lo que es competencia exclusiva de los Estados miembros, sin perjuicio de los principios de equivalencia y de efectividad (apartado 53).

Por otra parte y en los casos en que se aplique la Directiva sobre comercio electrónico, cuando se plantea su aplicación en el contexto de una acción civil por difamación, al tratarse de un litigio entre particulares, una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por tanto, no puede ser invocada como tal en su contra, sin perjuicio, no obstante, de la posibilidad de ejercer una acción por responsabilidad contra el Estado por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la Unión que le sea imputable (apartado 54). Adicionalmente, el Tribunal de Justicia se refiere al principio de interpretación conforme, de modo que los jueces nacionales deben interpretar el Derecho nacional, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado querido por la Directiva de comercio electrónico (apartado 56).

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL

La propiedad sigue siendo un concepto para cuyo conocimiento es preciso hundirse en sus orígenes romanos. Sin embargo y en nuestros días se han desarrollado otros conceptos de propiedad, la intelectual y la industrial, que tienen tanto o más trascendencia que la propiedad en su forma tradicional.

En la era digital la propiedad se ve más amenazada que nunca y representa un reto especial para su protección y defensa. Los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de propiedad en Internet tratan sobre dónde y cómo proteger la propiedad —derechos de autor, marcas, bases de datos— limitando, por ejemplo, la reproducción, difusión y publicación de obras en formato digital.

1. El alcance de los derechos de propiedad intelectual en Internet: comunicación y reproducción

La interpretación de la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información ha girado en torno a la distinción entre actos de comunicación y

actos de reproducción y las excepciones y limitaciones aplicables³¹. En un sentido similar se plantea la interpretación de la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos³². Por lo que se refiere a los derechos de autor comentaré la *sentencia Svensson* (2014), la *sentencia Public Relations Consultants Association* (2014) y la *sentencia Darmstadt* (2014); y respecto de los derechos sobre las bases de datos será de interés referirse a la *sentencia Innoweb* (2013).

En la *sentencia Svensson* el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión de los derechos de autor en el caso de la remisión de una página web a otra con artículos periodísticos accesibles a todos³³. Nils Svensson y otros tres periodistas reivindicaban sus derechos frente a una empresa que gestiona una página de Internet que facilita a sus clientes listas de enlaces de Internet sobre los que se puede pulsar y que conducen a artículos publicados en otras páginas de Internet, entre otros, los artículos de los periodistas que se pueden consultar libremente en la página de Internet de su periódico.

La cuestión básica planteada es si la presentación en Internet por la empresa demandada constituye un acto de comunicación al público. A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que «el hecho de facilitar en una página de Internet enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de Internet ofrece a los usuarios de la primera página un acceso directo a dichas obras» (apartado 18).

Esto significa que cuando la consulta se hace desde otra página mediante un enlace que permite acceder directamente a las obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una nueva comunicación al público, al tratarse potencialmente y desde el inicio del mismo público (apartados 27 y 28).

Esto no impide puntualizar al Tribunal de Justicia que si los nuevos enlaces permitieran las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a ésta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación al público exigiría la autorización de los

³¹ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOUE núm. L 167, 22/06/2001, p. 10).

³² Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DOUE núm. L 77, 27/3/1996, p. 20)

³³ TJUE, sentencia de 13 de febrero de 2014, *Nils Svensson y otros / Retriever Sverige AB* (C-466/12, EU:C:2014:76).

titulares. Así sucede, en particular, cuando la obra ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente o cuando ya sólo lo está para un público limitado, mientras que es accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor (apartado 31).

Por último, el Tribunal de Justicia señala que la armonización europea de la protección de los derechos de autor impide que las legislaciones nacionales puedan proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en la Directiva (apartado 41).

La *sentencia Public Relations Consultants Association* (2014) es una respuesta al Tribunal Supremo británico que quería saber si las copias en pantalla y las copias en caché, hechas por los internautas, cumplían los requisitos de ser provisionales, tener carácter transitorio o accesorio y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y si podían utilizarse sin autorización de sus titulares³⁴.

El Tribunal de Justicia tiene en cuenta que la Directiva 2001/29 establece una excepción a la regla general que exige la autorización del titular de los derechos de autor para la reproducción de una obra protegida cuando los actos de reproducción provisional sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Apelando a su propia jurisprudencia, el Tribunal de Justicia considera que esta excepción al derecho de autor «debe permitir y garantizar el desarrollo y el funcionamiento de nuevas tecnologías y mantener un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los titulares de derechos y de los usuarios de obras protegidas, que desean disfrutar de esas nuevas tecnologías» (apartado 24).

En su respuesta el Tribunal de Justicia consideró que «*las copias en pantalla y las copias en caché, efectuadas por un usuario final durante la consulta de un sitio de Internet, cumplen los requisitos con arreglo a los cuales estas copias deben ser provisionales, tener carácter transitorio o accesorio y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico [y], por lo tanto, pueden realizarse sin autorización de los titulares de derechos de autor*» (apartado 63).

La *sentencia Technische Universität Darmstadt* (C-117/13) responde aun reenvío prejudicial del Tribunal Supremo alemán sobre la lectura y la reproducción de libros en bibliotecas públicas³⁵.

³⁴ TJUE, sentencia de 5 de junio de 2014, *Public Relations Consultants Association / Newspaper Licensing Agency* (C-360/13, EU:C:2014:1195).

³⁵ TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Technische Universität Darmstadt* (C-117/13, EU:C:2014:2196).

El Tribunal de Justicia admite que las autoridades nacionales autoricen que las bibliotecas digitalicen algunos libros de su colección para ofrecerlos a los usuarios en puestos de lectura electrónica sin necesidad de contar con el consentimiento de los titulares de los derechos sobre las obras.

El origen de la sentencia está en la gestión por la Universidad de Darmstadt de una biblioteca en la que había instalado puestos de lectura electrónica que permitían que el público consultase algunas obras, en particular, un manual de Historia. Además, los usuarios podían imprimir la obra en papel, guardarla en una memoria USB y sacar de la biblioteca estas reproducciones.

El Tribunal de Justicia considera que la Directiva 2001/29/CE permite que se conceda a las bibliotecas el derecho de digitalizar las obras de sus colecciones, si la reproducción es necesaria para poner tales obras a disposición de los usuarios a través de terminales especializados.

La justificación es que, en primer lugar, la digitalización de una obra, al consistir esencialmente en un cambio de formato de la obra, que pasa del formato analógico al formato digital, constituye un acto de reproducción de la misma. En segundo lugar, el hecho de que una biblioteca dé acceso a una obra que figura en su colección a un «público», es decir, al conjunto de personas concretas que utilizan los terminales especializados instalados en sus locales a efectos de investigación o de estudio personal, debe calificarse como «puesta a disposición» y, en consecuencia, como «acto de comunicación» que se permite a determinados establecimientos pero siempre que se trate de «actos específicos de reproducción» lo que supone que no pueden, por regla general, proceder a una digitalización de la totalidad de sus colecciones.

Ahora bien y por lo que se refiere a la posibilidad de imprimir las obras en papel o almacenarlas en una memoria USB, el Tribunal de Justicia responde que ya no se trata de un acto de comunicación sino de «reproducción» por lo que pueden ser autorizados, en su caso, por la normativa nacional de transposición siempre que concurran en cada caso concreto los requisitos que establece la Directiva y en particular siempre que el titular de los derechos sobre la obra reciba una compensación equitativa.

En relación con la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos la *sentencia Innoweb* (2013) se plantea si es legal la actividad de un metamotor de búsqueda dedicado al aprovechamiento de otras bases de datos³⁶. En este caso el tribunal neerlandés solicitaba la interpretación de la Directiva 96/9/CE con el fin de resolver un litigio entre dos empresas, Wegener e Innoweb, propietarias de sendas bases de datos en Internet, AutoTrack y GasPedaal, dedicadas a la venta de vehículos. GasPedaal reutilizaba otras bases de datos relativas a anuncios de coches.

³⁶ TJUE, sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Innoweb BV* (C-202/12, EU:C:2013:850).

Pues bien, la situación que se produce con este tipo de metamotors de búsqueda desde la perspectiva de los usuarios y de su rendimiento comercial la describe así el Tribunal de Justicia:

Al usuario final le basta entrar en el sitio de Internet del metamotor de búsqueda dedicado para acceder simultáneamente al contenido de todas las bases de datos cubiertas por el servicio de este metamotor, ya que una búsqueda efectuada por dicho metamotor proporciona la misma lista de resultados que la que habría podido obtenerse por medio de búsquedas efectuadas por separado en cada una de esas bases de datos, lista que, sin embargo, se presenta bajo la apariencia del sitio de Internet del metamotor de búsqueda dedicado. El usuario final ya no necesita visitar el sitio de Internet de la base de datos, salvo que encuentre entre los resultados mostrados un anuncio cuyos detalles desee conocer. No obstante, en ese caso, es dirigido directamente al propio anuncio y, como consecuencia de la agrupación de las duplicaciones, es incluso muy posible que lo consulte en otra base (apartado 49).

De esta situación el Tribunal de Justicia deduce un concepto de reutilización de bases de datos cuyo derecho corresponde en exclusiva a su fabricante. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que la base de datos GasPedaal, propiedad de Innoweb, está reutilizando la totalidad o una parte sustancial del contenido de una base de datos protegida puesto que dicho motor de búsqueda dedicado proporciona al usuario final un formulario de búsqueda que ofrece, esencialmente, las mismas funcionalidades que el formulario de la base de datos; traduce «en tiempo real» las órdenes de búsqueda de los usuarios finales al motor de búsqueda del que está equipada la base de datos, de modo que se explotan todos los datos de dicha base; y presenta al usuario final los resultados encontrados con la apariencia exterior de su sitio de Internet, agrupando las duplicaciones en un solo elemento, pero siguiendo un orden basado en criterios comparables a los empleados por el motor de búsqueda de la base de datos de que se trate para presentar los resultados.

2. La persecución de la ciberpiratería, el derecho de propiedad y la privacidad

La piratería en Internet constituye una de las preocupaciones más relevantes en la era digital. El problema es que no se sabe cómo luchar y cómo superar obstáculos que, por el momento, parece en algunos países, como España, insalvables³⁷.

También de manera sintética me voy a referir a cuatro hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que se aborda la relación entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos personales: la *sentencia Promusicae* (2008),

³⁷ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *Revista Aranzadi Unión Europea*, noviembre de 2011, pp. 7-20; y «Ciberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde», *Diario La Ley* núm. 7822, 21 de marzo de 2012, pp. 1-7.

la *sentencia Scarlet Extended* (2011), la *sentencia Netlog* (2012) y la *sentencia Telekabel UPC* (2014).

La *sentencia Promusicae* (2008) puede considerarse el inicio de una jurisprudencia en la que el Tribunal de Justicia obliga a interpretar la protección de los derechos de autor a la luz de los derechos fundamentales de privacidad y protección de datos personales, en este caso, en relación con las obligaciones de los proveedores de servicios en Internet, la conservación y divulgación de determinados datos de tráfico en relación con la protección efectiva de la propiedad intelectual³⁸.

El litigio enfrentaba a la asociación de Productores de Música de España que solicitaba al Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid que Telefónica revelase la identidad y la dirección de determinadas personas a las que prestaba un servicio de acceso a Internet y de las que se conocía su dirección «IP» y la fecha y hora de conexión debido a que tales personas utilizaban el programa de intercambio de archivos denominado «KaZaA» que permitía el acceso a fonogramas cuyos derechos patrimoniales de explotación correspondía a los asociados de Promusicae. La finalidad de estas actuaciones judiciales era ejercitar contra los interesados las correspondientes acciones civiles por competencia desleal.

La cuestión del Juzgado español la reformula el Tribunal de Justicia con el fin de indagar «si el Derecho comunitario, y especialmente las Directivas 2000/31 [Directiva sobre el comercio electrónico], 2001/29 [Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información] y 2004/48 [Directiva sobre respeto de los derechos de propiedad intelectual], leídas también a la luz de los arts. 17 y 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil con objeto de garantizar una protección efectiva de los derechos de autor».

El Tribunal de Justicia exige que los Estados garanticen la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y que prohíban, en particular, el almacenamiento por personas distintas de los usuarios sin el consentimiento de los usuarios interesados (apartado 47).

Finalmente, el Tribunal de Justicia ofreció una respuesta muy matizada al explicar que las Directivas 2000/31, 2001/29, 2004/48 y 2002/58 no obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Pero también añade el Tribunal de Justicia: «el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario». Y, a continuación, puntualiza

³⁸ TJCE (Gran Sala), sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae* (C-275/06, Rec. p. I-271).

el Tribunal de Justicia: que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales no puede adoptar una interpretación que en conflicto con los derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad (apartado 70).

La *sentencia Scarlet Extended* (2011) se refiere a la controversia entre un proveedor de acceso a Internet, sin ofrecer otros servicios como la descarga o el intercambio de archivos, y SABAM, la sociedad belga de gestión de los derechos de autor³⁹. SABAM consideraba que los internautas que utilizaban los servicios de Scarlet descargaban en Internet, sin autorización y sin pagar derechos, obras que figuran en su catálogo mediante redes «peer to peer», que constituyen un medio transparente para compartir contenidos, independiente, descentralizado y dotado de funciones de búsqueda y descarga avanzadas.

La cuestión ante los tribunales belgas se centró en conocer la legalidad de una orden judicial que obligaba a Scarlet a establecer un sistema de filtrado y de bloqueo que impidiese el envío o la recepción por sus clientes de archivos electrónicos protegidos.

El Tribunal de Justicia consideró que los jueces nacionales son competentes para requerir a los intermediarios para que adopten medidas dirigidas no solo a poner término a las lesiones de derechos de propiedad intelectual ya causadas a través de sus servicios de la sociedad de la información, sino también a evitar nuevas lesiones (apartado 31).

No obstante, la Directiva 2000/31 prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un proveedor de servicios a Internet a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red (apartado 35). En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia «*la protección del derecho de propiedad intelectual está consagrada en el art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero este derecho no es intangible ni su protección debe garantizarse en términos absolutos*» (apartado 43).

En definitiva, el Tribunal de Justicia exige que las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales garanticen un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, en virtud del art. 16 de la Carta (apartado 46).

Estas premisas son las que determinan que el sistema de filtrado que impone el juez belga no sea conforme con el Derecho de la Unión Europea porque, al ser complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a expensas del intermediario, implica una vulneración sustancial de la libertad de empresa (apartado 48); no respeta el requisito de garantizar un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual de los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores intermediarios (apartado 49); y también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes del intermediario, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal

³⁹ TJUE, sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10, Rec. p. I-11959).

y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los arts. 8 y 11 de la Carta (apartado 50).

En la *sentencia Netlog* (2012) se resuelve un problema muy similar en relación con la información almacenada en una plataforma de red social en línea⁴⁰. También el litigio enfrentaba ante el juez belga a SABAM con Netlog que había sido obligada judicialmente a cesar inmediatamente la puesta a disposición ilícita de obras musicales o audiovisuales.

El Tribunal de Justicia utiliza prácticamente los mismos razonamientos que en la *sentencia Scarlet Extended* y llega a la conclusión de que la orden judicial belga de cesación exige una vigilancia activa de los archivos almacenados por los usuarios en los servicios de almacenamiento del prestador. Sin embargo, esto supone una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios y de los derechos fundamentales de los clientes de ese prestador, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones.

Por último, la *sentencia Telekabel UPC* (2014) se refiere a las medidas cautelares contra los piratas en Internet⁴¹. Dos productoras cinematográficas solicitaron al tribunal austriaco que requiriese a un proveedor de servicios en Internet, Telekabel UPC, para que bloquease el acceso de sus clientes a un sitio de Internet que ponía a disposición del público algunas de sus películas sin su consentimiento.

En este caso el Tribunal de Justicia consideró que las autoridades nacionales y, en particular, los jueces tienen la obligación de adoptar medidas encaminadas a la cesación de las violaciones de los derechos de autor ya cometidas y también a evitarlas (apartado 37). Por esa razón, todo requerimiento judicial debe cumplir las exigencias de los derechos fundamentales enunciados en la Carta y, más en particular, de estos tres: el derecho de propiedad intelectual, protegido por el art. 17.2 de la Carta; la libertad de empresa de los operadores económicos, como los proveedores de acceso a Internet, en virtud del art. 16 de la Carta; y la libertad de información de los usuarios de Internet, cuya protección se garantiza en el art. 11 de la Carta (apartado 47).

Por lo que se refiere a la libertad de empresa, el Tribunal de Justicia considera que incluye el derecho de toda empresa a poder disponer libremente, dentro de los límites de la responsabilidad que asume por sus propios actos, de sus propios recursos económicos, técnicos y financieros (apartado 49).

En cuanto al derecho fundamental de los internautas a la libertad de información, el Tribunal de Justicia considera que supone, por una parte, que las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible por lo que deben

⁴⁰ TJUE, sentencia de 24 de febrero de 2012, *Sabam / Netlog NV* (C-360/10, EU:C:2012:85).

⁴¹ TJUE, sentencia de 27 de marzo de 2014, *UPC TelekabelWien* (C-314/12, EU:C:2014:192).

estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información (apartado 56). Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia exige que «las normas de procedimiento nacionales prevean la posibilidad de que los internautas hagan valer sus derechos ante el juez una vez conocidas las medidas de ejecución adoptadas por el proveedor de acceso a Internet» (apartado 57).

En fin, en lo que respecta al derecho de propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia exige que las medidas nacionales sean lo suficientemente eficaces para garantizar una protección efectiva de este derecho fundamental, es decir deben tener como efecto impedir, o al menos hacer difícilmente realizable, el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de acceder a esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho fundamental de propiedad (apartado 62).

3. La responsabilidad de los intermediarios, el derecho de propiedad y otros derechos

En el ámbito de la protección de derecho de marcas se plantea el problema de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. En tres sentencias se pueden observar claramente los principios jurisprudenciales: *Google France* (2010) y *L'Oréal* (2011).

La *sentencia Google France* (2010) aborda la cuestión de los enlaces patrocinados en un buscador y el derecho de marcas⁴². En este caso Google ofrece un servicio remunerado de referenciación denominado «AdWords» y varias empresas titulares de marcas muy reconocidas, como *Louis Vuitton*, denunciaban que al introducir en el motor de búsqueda de Google los términos de sus marcas aparecían como «enlaces patrocinados» vínculos a sitios en los que se comercializaban imitaciones de tales productos.

El Tribunal de Justicia sostiene que un tercero puede usar el signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos para los que se ha registrado sin que el titular de la marca pueda prohibir este salvo que menoscabe alguna de las funciones de la marca como la indicación del origen o la publicidad. Por tanto, admite que el prestador de un servicio de referenciación en Internet, como Google, almacene como palabra clave un signo idéntico a una marca de renombre y organice la presentación en pantalla de anuncios a partir de tal signo.

No obstante, el Tribunal de Justicia subraya la responsabilidad del prestador de servicios de referenciación cuya actividad consiste en almacenar datos facilitados por el

⁴² TJUE, sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google* (C-236/08 a C-238/08, *Rec.* p. I-2417).

anunciante, de modo que dichos datos son objeto de un «alojamiento» y, por tanto, el prestador del servicio de referenciación no puede incurrir en responsabilidad hasta que se le informe de que el anunciante hace un uso ilícito de dicho signo (apartado 106). De este modo, para determinar la responsabilidad resulta relevante el papel que desempeña Google en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave (apartado 118).

La *sentencia L'Oréal* (2011) se refiere a la responsabilidad de eBay por la venta en el mercado electrónico de productos falsificados de esta renombrada marca⁴³. El Tribunal de Justicia intenta determinar si el operador de un mercado electrónico como eBay puede invocar la excepción en materia de responsabilidad prevista por la Directiva 2000/31 para los intermediarios.

Ahora bien, el Tribunal comprueba que tales exenciones no pueden aplicarse en el caso de que eBay haya prestado asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta. Pero incluso en el supuesto de que se considerase a eBay intermediario, la aplicación de las exenciones de responsabilidad Justicia exige que el intermediario no haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, tendría que haber actuado con prontitud (apartado 124)

De manera complementaria, en la *sentencia Bomqvist* (2014) el Tribunal de Justicia, a instancias de un tribunal danés, se refiere al régimen aduanero de mercancías falsificadas procedentes de terceros países⁴⁴. En este caso se trataba de la compra de un reloj de la marca Rolex que era falso a través de un sitio chino de venta por Internet. El Tribunal de Justicia consideró que el Reglamento aduanero permite que el titular de la marca, en este caso Rolex, se beneficie, en el momento en que esa mercancía entra en el territorio de la Unión, de la protección contra la falsificación de las mercancías lo que le facultaría para solicitar su destrucción.

V. CONCLUSIÓN

El siglo XXI ha supuesto la creación de un mundo digital donde los desarrollos tecnológicos han cambiado en muy poco tiempo nuestras vidas y esto ha requerido una acelerada adaptación legislativa, un respeto, en la medida de lo posible, del desarrollo tecnológico y una ponderación paciente y caso por caso de los derechos en juego para obtener un justo equilibrio.

⁴³ TJUE, (Gran Sala), sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y otros* (C-324/09, Rec. p. I-5185).

⁴⁴ TJUE, sentencia de 6 de febrero de 2014, *Blomqvist* (C-98/13, EU:C:2014:55).

En primer lugar, es fácil constatar que la legislación sobre el mundo digital casi siempre ha ido a remolque de los acontecimientos e incluso de la jurisprudencia. Probablemente uno de los desafíos más complejos planteados por esta nueva era sea el distinto ritmo al que está habituado el Derecho y el vértigo de los desarrollos tecnológicos.

Esto explica las dificultades en la adaptación, por ejemplo, de la legislación europea, como revela la Directiva 95/46 sobre datos personales, interpretada por ejemplo en relación con el asunto *Lindqvist*, el de la catequista sueca que inocentemente elabora en 1998 una página web de los feligreses de la parroquia, mientras que la sentencia *Lindqvist* del Tribunal de Justicia hubo de esperar hasta 2003 para interpretar una Directiva elaborada y adoptada prácticamente en la era predigital. Casi de la misma manera las reformas de esta la Directiva 95/46 propuestas por la Comisión Europea en 2012 han envejecido rápidamente incluso por efecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Google Spain* (2014).

En segundo lugar, tanto la legislación como la jurisprudencia deben procurar conciliar la protección de los derechos fundamentales con un benéfico desarrollo tecnológico. El caso de las actividades de Google es manifiesto en la jurisprudencia europea a través de sentencias como *Google France* (2010) y *Google Spain* (2014) donde, por sus implicaciones en materia de responsabilidad del intermediario en la confección de un sistema de referenciación y en la aplicación del derecho al olvido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podía haber puesto en jaque los desarrollos de una de las empresas tecnológicas más exitosas de nuestros días.

En tercer lugar, la era digital constituye un nuevo contexto para los viejos derechos y si bien no es preciso renovar el arsenal de conceptos jurídicos, se impone la necesidad de reformular los clásicos derechos y, en particular, los tradicionales derechos fundamentales a la vista del nuevo contexto tecnológico y de las soluciones que apuntan a partir de un copioso *soft law*, de los convenios internacionales, de la legislación supranacional, del Derecho comparado y, en fin, de los Derechos nacionales.

En este caso la técnica judicial de la ponderación de los derechos, tan sabiamente desarrollada por el Tribunal Europeo y asumida por el Tribunal de Justicia, no es tarea fácil precisamente en relación con derechos clásicos y modernos como la privacidad, la libertad de expresión y el derecho de propiedad y respecto de cuestiones esenciales como la limitación de los derechos de propiedad intelectual (con la distinción entre reproducción y puesta a disposición) o la responsabilidad de los intermediarios para proteger las intromisiones en nuestra vida privada, las restricciones a la libertad de expresión o las violaciones de los derechos de propiedad. Por eso, la función judicial consiste en encontrar el justo equilibrio entre tales derechos fundamentales.

Ciertamente, los jueces deben conocer qué alcance tienen los desarrollos tecnológicos para evitar resolver refiriéndose a la realidad virtual como si fuese equivalente a su predecesor analógico: la agenda del teléfono como si fuese la agenda en papel; los archivos del

ordenador como si fuesen los archivos en papel. Del mismo modo, la libertad de expresión o los derechos de propiedad no pueden ser menoscabados amparándose en un régimen de exención de responsabilidad de los intermediarios en la sociedad de la información.

En suma, el método europeo de cooperación y diálogo entre los jueces, en especial el Tribunal Europeo y el Tribunal de Justicia, en una sociedad global cada vez más interdependiente se impone como el más apropiado para que los jueces nacionales, europeos y cosmopolitas respondan a los desafíos de nuestro tiempo⁴⁵.

TITLE

A NEW APPROACH ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN A DIGITAL ERA: PRIVACY, FREEDOM OF SPEECH AND PROPERTY

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. PRIVACY AND PERSONAL DATA PROTECTION IN A DIGITAL ERA. 1. New daily problems regarding privacy in a digital era before US Judges. 2. Privacy rights in a digital era according to the European Court of Human Rights. 3. Privacy and data protection before the Court of Justice of the European Union III. FREEDOM OF SPEECH IN A DIGITAL ERA. 1. Freedom of speech in a digital era and the European Court of Human Rights case-law. 2. Freedom of speech and liability of newspaper publishing companies according to the EU Court of Justice. IV. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN A DIGITAL ERA. 1. Extent of intellectual property rights on Internet: communication and reproduction 2. Fighting against piracy on Internet, property rights and privacy. 3. Exemptions from liability, property rights and other fundamental rights V. CONCLUSION.

KEY WORDS

Digital era; Internet; European Court of Human Rights; Court of Justice of European Union; Privacy; Data Protection, Freedom of speech; Copyright; Trademark.

ABSTRACT

Digital era is challenging fundamental rights. Technological developments have given rise to a new fundamental right as data protection. These fundamental rights need to be reconsidered and reinterpreted by judges. European Court of Human Rights and European Court of Justice have delivered well known judgments (Digital Rights Ireland, Google Spain, Yildirim v. Turkey, Promusicae or Google France) regarding the most pressing questions like data protection and privacy, freedom of speech and protection of intellectual rights (copyright and trademark).

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 22/04/2015

⁴⁵ A. LAZARI, «El paradigma conceptual de los jueces tejedores», en J. Díez-Hochleitner y otros (coord.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011): Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 209-236.