

(Junio 2002)

Loreto Corredoira

Hace escasos días se mantenía en el Senado de España la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), presentado por el Gobierno, de la mano del Ministerio de Ciencia y Tecnología, en un texto definitivo de 8 de febrero de 2002. El informe final, previo a la aprobación y entrada en vigor de la Ley, es previsible que se presente a la Comisión de Ciencia y Tecnología a lo largo de este mes por lo que podría aprobarse antes del verano. A más tardar en septiembre.

En este mismo mes de junio se han presentado además alguna enmienda añadida -tras una ampliación del plazo de presentación al 3 de junio-, entre ellas una muy polémica del Grupo Popular, inexplicable por otro lado, sobre el deber de los prestadores de servicios de conservar durante un año los "datos de tráfico" de sus usuarios.

Este es un proyecto legislativo que comenzó con mal pié. Ahora se justifica como consecuencia de la aplicación de la *Directiva 2000/31, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. Es cierto que las Directivas son un marco obligatorio para los Estados miembros, pero también hay que aclarar que esta Directiva no establece normas tan exhaustivas y agobiantes para los servidores, prestadores de servicios o proveedores de acceso (IPS) al menos en lo que se refiere a materias informativas.

Aquí estriba quizá el gran error de este proyecto de Ley que se propone "bautizar" como "de Internet". También porque ésta es casi la primera norma española sobre la Red, y la verdad es que es lamentable pensar que se aprovechar la ocasión de establecer mayor seguridad en el comercio electrónico, tarea encomiable, para introducir en el sector de Internet una desconfianza e inseguridad grandes basados en criterios de control e inspección administrativos que no deberían ser aplicables a un fenómeno comunicativo como es Internet.

El artículo primero de dicha Directiva presenta un objeto de la Ley algo más modesto que el de nuestra futura Ley, ya que se trata de *"contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros"*.

Sólo, afirma, *"en la medida en que resulte necesario (...) se aproximarán entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros"*.

Es cierto que en el ámbito de la Unión Europea preocupan desde hace años -en particular desde que a mediados de los 90 se dio el boom de Internet- al menos tres asuntos

relacionados con Internet, y en particular con los "medios digitales": uno, la proliferación de contenidos ilícitos y nocivos, con atención especial a la influencia en menores; dos, la protección del derecho de autor y, tres, la protección de datos personales y la seguridad en el comercio electrónico.

A esas tres preocupaciones o áreas se acordó actuar desde la Unión Europea, a diferencia de otros países como EEUU, de la siguiente manera:

1) No aprobar normas sobre contenidos, sino fomentar un buen uso de Internet y alentar al sector a la responsabilidad ética y profesional y a la autorregulación. Esto incluye diferenciar Internet de los servicios televisivos hasta ahora conocidos.

2) Armonizar las leyes sobre derechos de autor y modificar las Directivas anteriores, para lo que se aprobó el año pasado una Directiva específica sobre esto. En este período de elaboración de la Directiva se acordó, después de que se considerara lo contrario, "excluir" de responsabilidad a los Proveedores (ISP) por la comisión de plagios, piratería, etc.

3) Actualizar las Directivas de protección de datos personales y aprobar una Directiva para garantizar un mercado interior de servicios y comercio electrónicos. En esta Directiva 2000/31 se introducen alguna disposición relacionado con la publicidad no deseada, pero no la prohíbe.

Se propone ser una "ley de confianza" y está llena de expresiones preocupantes: "inspección", "disuadir", "multas coercitivas", "se podrá suspender la transmisión", etc.

Cuando digo que nuestra va más allá de la Directiva es porque ésta no prohíbe la publicidad electrónica, ni impone a los ISP obligaciones de supervisión, ni se refiere a los "derechos de autor", ni a la distribución de contenidos en la red, ni quiere, en una palabra, resolver todos los retos jurídicos y éticos que plantea Internet. Nuestro texto sí, eso pretende, aunque no le auguro una buena carrera.

Exposición de motivos

¿Por qué el nombre de Ley de Internet?

Afirma la LSSI en la Exposición de Motivos que "la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio".

Sin duda Internet es una paradoja.

Recogiendo agua con una cesta de pan

Siguiendo con la presentación de motivos de la Ley, se puede leer esta justificación de porqué la LSSI se aplicará a portales, periódicos digitales, vídeo bajo demanda, buscadores, etc.

"2. Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de "servicios de la sociedad de la información", que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (**como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la Red**), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la **realización de copia temporal** de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (**descarga de archivos de vídeo o audio...**), **siempre que represente una actividad económica para el prestador.**

Es curioso porque en las definiciones del Anexo, también se insiste en que no es SSI "el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo realizan". Esto supone, por ejemplo, excluir servicios como los de Napster, ahora ya casi fenecido, un otro de intercambio de ficheros.

Anotación del dominio en Registro público

También aquí se adelanta que los ISP podrán tener responsabilidad administrativa, civil o penal. Así como se les impone el deber de colaboración.

3. Se prevé la anotación del nombre o nombres de dominio de Internet que correspondan al prestador de servicios en el Registro Público en que, en su caso, dicho prestador conste inscrito para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, con el fin de garantizar que la vinculación entre el prestador, su establecimiento físico y su "establecimiento" o localización en la Red, que proporciona su dirección de Internet, sea fácilmente accesible para los ciudadanos y la Administración Pública.

Códigos de Conducta

Es curioso que diga que los códigos deben promoverse "sobre las materias reguladas en esta ley" Fomenta el arbitraje, lo cual sí es más propio de una ley, así como es muy interesante que se acepten los "medios electrónicos" en la tramitación de estos procedimientos. Ya hay iniciativas además en esta línea en España. Me refiero al

4

La Ley promueve la elaboración de Códigos de conducta sobre las materias reguladas en esta Ley, al considerar que son un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector. Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante Códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información. Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las

normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje.

Objeto de la ley

A *priori* su redacción es muy parecida a la de la Directiva de Comercio-e, aunque la clave está en las definiciones de qué son o no servicios de la sociedad de la información a los efectos de la ley.

Ámbito de aplicación

El criterio para fijar quiénes están obligados viene dado por el del "establecimiento", es decir que el domicilio social o residencia se encuentre en territorio español.

También es aplicable respecto a los prestadores de servicios establecidos en otro estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario radique en España.

Además, también afectan las limitaciones a los contenidos en Internet y las restricciones a la libre prestación de servicios de esta ley (arts. 7.2 y 8) a todos los sitios, prestadores de servicios, etc.. de la SI que no sean miembros de la UE o del EEE:

Finalmente hay además una cláusula general (art. 4, pº 2), que en realidad aúna y sustituye a las anteriores por la que "Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables".

Cuestiones de libertad

A mi entender el art. 6 es muy obvio. "*La prestación de servicios de la sociedad de información no estará sujeta a autorización previa*". Claro que las actividades de Internet son libres, y no están sometidas a autorización previa. No entiendo de qué fuente jurídica ha podido salir esta redacción -salvo el esquema que trae la Directiva-, a no ser de normas ya muy antiguas referidas a la prensa o de leyes de telecomunicaciones y de televisión, en los que unos "servicios audiovisuales" son más libres que otros (por ejemplo la primera LOT de 1987 o la actual LGT).

Uno de los artículos más polémicos

¿Cómo garantizar el derecho a la información?

Del error de incluir en esta ley como "servicio de la sociedad de la información" a los medios informativos digitales, se derivan las graves restricciones posibles a la información. El artículo 8 llamado "restricciones a la prestación de servicios" establece que:

"1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional,

b) la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores, c) el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y d) la protección de la juventud y de la infancia.

*En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, **las garantías**, normas y procedimientos previstos en el Ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la **libertad de expresión y el derecho a la libertad de información**, cuando éstos pudieran resultar afectados.*

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo".

Es importante esta aclaración hecha por el párrafo último que reseñamos que no hubiera hecho falta, en principio, si el sistema de responsabilidades fuera más nítido. Aquí se establece que la autoridad administrativa se inhibirá a favor de los jueces. Las garantías del derecho a la información del art. 20 de nuestra Constitución no permiten el control previo de la actividad de los medios, ni la adopción de medidas cautelares, salvo en casos muy graves de delitos *in fraganti* y otros supuestos.

*"2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, **el órgano competente** estimara necesario **impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores** de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, **que tomen las medidas necesarias** para impedir dicho acceso.*

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 cuando los datos que deban retirarse o el servicio que deba interrumpirse procedan de un prestador establecido en España.

4. Fuera del ámbito de los procesos judiciales, cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

b) En los **supuestos de urgencia**, la autoridad competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas".

De los servidores, proveedores de acceso y buscadores

Las obligaciones del Artículo 10 (Información general) están más bien pensadas para los "comerciantes" electrónicos más que para otros servicios. Es razonable exigirle a una web la identificación (autor, domicilio, etc.), de la misma manera que a los impresos se les obliga a consignar el pie de imprenta. Pero de ahí a exigir el NIF, el título académico o profesional (si se ejerce una profesión reglada) es poco práctico.

Me interesa más ahora centrarme en los tipos de prestadores de servicios, por la trascendencia que esto tiene en los medios informativos, ya sea los de Internet o de las nuevas redes (cable, satélite directo o Televisión Digital Terrenal).

Es peculiar también el enfoque que da la LSSI, que ha sido objetada en varias enmiendas, de "diferenciar" tanto el tipo de servicio que se ofrece (artículos 12 a 17). La tarea de "intermediación" que supone en todo caso ser proveedor de acceso, servidor, buscador o "host" (prestador de alojamiento) impone en primer lugar un "deber de colaboración" con la autoridad competente en los siguientes términos.

Artículo 11. Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.

1. Cuando un órgano competente por razón de la materia, hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan

la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran.

2. En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o

derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

3. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

Se aclara definitivamente que las "copias temporales" que se realizan por los proveedores no generan responsabilidad. Esto es vital, y lo fue también en el debate de aprobación de la Directiva 2001 de derechos de autor, ya que habitualmente la navegación genera copias "caché" o *tampón* en muchos de los ordenadores por los que pasa la información. Por supuesto los ISP suelen tener copias de las páginas más habituales de sus usuarios en lo que se llama servidores "proxy", lo cual es sólo un método para que al ir a buscar la información el propio ISP consuma menos capacidad de flujo y memoria.

También en los ordenadores personales se hacen ese tipo de copias. Por ejemplo, cuando uno teclea en el URL: www.elmun... antes de que termine ya ha aparecido la web de El mundo, es porque nuestro sistema lo copió en la última visita.

Sobre esas copias no hay responsabilidad ni por plagio, ni por piratería (ya que se almacenan también como es lógico) ni por prácticas de "cracking" -o violación de la seguridad de sistemas o programas-, aunque tales programas, archivos, etc.. estén alojadas en sus ordenadores.

Es interesante este punto también en lo que se refiere a las máquinas buscadoras. Este servicio en Internet supone no sólo la catalogación de la información, de los URL, o nombres de dominio sino que también se hacen en las máquinas de Google, Altavista o cualquiera otro una copia exacta de las páginas indexadas. Esto que es de una gran utilidad para el usuario e investigador de información, supone un problema y es ¿qué pasa cuando esas páginas ya no existen o han sido canceladas?.

Así responde esta LSSI, también porque tenemos en Europa el precedente de la Sentencia contra Yahoo Francia, los buscadores, como tipo de prestador de servicio, *"no serán responsable del contenido de esos datos si:*

e) retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: - que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, - que se ha imposibilitado el acceso a ella, o - que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella".

No sólo los "instrumentos de búsqueda" sino también los "servidores" tienen obligación de retirar los datos, "suprimirlos o inutilizar el enlace correspondiente" (art. 16.1.b). Cualquiera que haya utilizado la red como fuente informativa sabe la facilidad de generación de enlaces. Las citas de citas. Y el véase en: www... Por lo que se entiende que esta medida, que es loable en el intento de querer eliminar los contenidos ilícitos de la red, es ineficaz e impracticable.

Sigue habiendo links malos

Hablando también de buscadores y sitios de referencias, como pueden ser los webs de las bibliotecas, de las revistas científicas o profesionales, o cualquier otro "servicio" que facilite enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, la Ley establece un principio de responsabilidad -a mi entender totalmente negativo- en relación con los links a los que lleva el sitio o web principal.

Como ya pasara en EEUU en el Caso DeCCS una revista fue condenada por incorporar los links de lugares en los que se facilitaba un software de descompresión de vídeo. El caso es que sin que ese mismo hecho fuese en sí delictivo el link fue considerado "malo". Reproducimos el artículo 16 por su interés.

Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

*1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información **que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:***

a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, se entenderá que no concurren las circunstancias señaladas en la letra a) cuando un órgano con competencias para ello haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado primero no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

La cuestión es complicada porque entronca con otro derecho informativo clásico que es el derecho de cita, derecho que no está limitado ni siquiera por la legítima titularidad de los autores cuando es a modo de fuente, cita, comentario, etc. Esto es especialmente importante en el caso de los periódicos digitales, auténticos portales y centros documentales y me temo que la realidad superará de nuevo al legislador en este intento de hacer la cuadratura del círculo.

Prohibido el "buzoneo" electrónico

Tal y como comentamos al inicio, esta Ley, como la Directiva de la que procede tiene como fin ordenar y armonizar el mercado interior. Desde décadas en la UE la publicidad es un servicio más amparado por la libre circulación. De ahí las Directivas del 84 sobre publicidad comparativa y engañosa, recientemente actualizadas, o la Directiva primera de

televisión sin fronteras (la primera de 1989, la última de 1997) para que no se prohíba la libre difusión de publicidad.

En la Directiva 2000/31 se da en el art. 7 (Comunicación comercial no solicitada) a los Estados miembros la posibilidad o no de prohibir la publicidad no deseada. Aunque no es su objetivo esta Directiva lo que hace es garantizar que los usuarios que lo deseen puedan estar en listas de exclusión ("opt-out") para no ser avasallados por mensajes electrónico.

Nuestra Ley va más allá y prohíbe directamente *"comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes."*

Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas" (art. 20)

Esta materia está sin duda relacionada con la protección de los datos personales y con el uso de los mismos para fines diversos de los que se ha recogido. Efectivamente nuestra Ley de Protección de Datos (1999) establece ese derecho de rectificación y de cancelación de datos almacenados en ficheros administrados con fines promocionales. Esto es razonable y bueno.

Entre ese texto legal y el que ahora comentamos hay contradicciones. Por ejemplo, está prevista -y es práctica habitual- la recolección de datos en fuentes públicas (guías telefónicas y, por qué no, páginas web) y porque en cuestión de datos personales basta el "consentimiento tácito". En cambio aquí, en la publicidad y ofertas comerciales, se exige algo absurdo en publicidad. Nadie en el buzoneo piensa que tenga que autorizar que se lo envíen.

La publicidad es libre, como consecuencia del genérico derecho informativo, lo que no implica que una ley deba facilitar vías de comunicación, cauces para que los consumidores reclamen y ejerzan el derecho de cancelación. Pero pensemos que la publicidad que se quiere evitar en Internet es la llamada "basura" a veces molesta en la forma y en el fondo. Por supuesto la no identificada, la que no incorpora orden de baja (unsubscribe) y la que envían aquéllos que no están en Europa ni siquiera en sitio conocido.

A mí también me molesta, y bastante a veces, en el buzón de correo la publicidad basura y el "spamming". Pero un árbol no nos debe impedir ver el bosque.