



REVISTA D'INTERNET, DRET I POLÍTICA
REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA

IDP Número 15 (Noviembre 2012)

Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC



Universitat Oberta
de Catalunya

ISSN 1699-8154

<http://idp.uoc.edu>

IDP Número 15 (Noviembre 2012)

EDITORIAL

Editorial / Editorial / Editorial

Agustí Cerrillo 1-6

ARTÍCULOS

Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para
la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet

Fernando Carbajo Cascón 7-16

MONOGRÁFICO

«Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

Entretenimiento en línea y protección de los consumidores

Pedro Alberto de Miguel Asensio 17-30

«Jardines vallados» y la *Stationers' Company 2.0* /

Walled Gardens & the Stationers' Company 2.0

Greg Lastowka 31-49

Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación
y control de la actividad de juego en España

Alberto Palomar Olmeda 50-60

Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general
de protección de datos personales. Parte una

Antonio Troncoso Reigada 61-75

Relato del Congreso IDP 2012

Ignacio Alamillo 76-81

ACTUALIDAD JURÍDICA

Novedades legislativas / Novetats legislatives

Jordi García Albero 82-85

Editorial

Agustí Cerrillo

Las transformaciones del derecho en la sociedad de la información que se analizan en esta revista no son únicamente el resultado del desarrollo tecnológico de la red, sino que responden también a la evolución de las relaciones que se establecen en ellas, hasta tal punto que, a veces, las movilizaciones ciudadanas mediante internet tienen una notable incidencia sobre la actividad del legislador. Últimamente hemos podido ver diferentes manifestaciones de esta situación.

Precisamente, en este número de la revista se analiza una de las innovaciones legislativas que más controversia ha suscitado en la red: la conocida como «Ley Sinde», aprobada dentro de la Ley de economía sostenible en marzo del 2011 y desarrollada reglamentariamente en diciembre del mismo año. La Ley Sinde establece un procedimiento administrativo para perseguir las vulneraciones de la propiedad intelectual en internet. Esta ley atribuye a la Comisión de Propiedad Intelectual la competencia de ordenar la retirada de contenidos o la interrupción de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual. A diferencia de otros desarrollos normativos en países de nuestro entorno, que han establecido sistemas que pueden llegar a cortar la conexión de los usuarios, la Ley Sinde se dirige contra las presuntas infracciones llevadas a cabo por los prestadores de servicios, entre los cuales se incluyen los sitios web que proporcionan enlaces a contenidos protegidos. Esta ley ha recibido muchas críticas, en especial por el hecho de atribuir a un órgano administrativo la potestad de determinar si hay vulneración de los derechos de autor, cuestión que hasta ahora correspondía solo a la autoridad judicial. A pesar de la gran contestación que suscitó, la norma se aprobó y la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ya ha empezado a actuar. En este sentido, el resultado contrasta con otras iniciativas legislativas, como por ejemplo el proyecto Stop Online Piracy Act (SOPA) en Estados Unidos, paralizado en buena parte por la movilización de los internautas.

Con relación a la Ley Sinde, publicamos el trabajo de Fernando Carbajo Cascón, profesor titular de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca, que aborda los aspectos sustantivos de la norma. Específicamente, analiza el problema de qué hay que entender por vulneración de los derechos de propiedad intelectual en el marco de este procedimiento, y examina las competencias que la Ley Sinde confiere a la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para hacer frente a estas vulneraciones.

Además, en este número de la revista *Internet, Derecho y Política* publicamos la versión escrita y desarrollada de las conferencias pronunciadas por diferentes expertos en el VIII Congreso Internet, Derecho y Política, celebrado en julio de 2012.

La extensión de nuevas y diversas formas de entretenimiento por medio de internet genera situaciones a las que las normas vigentes no dan una solución que garantice adecuadamente los derechos de los ciudadanos y promueva suficientemente la actividad de las empresas. De hecho, como resume Alamillo en su trabajo, «la temática del entretenimiento en línea muestra la complejidad de los retos jurídicos

que enfrenta la proyección de la persona a la red, en un fenómeno de transformación de las instituciones jurídicas, frecuentemente diseñadas sobre las limitaciones inherentes al espacio y el tiempo».

En primer lugar, Pedro A. de Miguel, catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad Complutense de Madrid, analiza en su trabajo «Entretenimiento en línea y protección de los consumidores» el impacto que la expansión de los modelos de negocio de diferentes operadores globales, basados generalmente en las reglas estadounidenses, puede tener tanto en la protección del consumidor europeo (por ejemplo, en relación con las cláusulas contractuales, los mecanismos de tutela o el tratamiento de los datos personales) como en la competitividad de las empresas europeas. A continuación, Greg Lastowka, profesor de la Escuela de Derecho Rutgers (Nueva Jersey, EE.UU.), plantea en su artículo «Jardines vallados y Stationers' Company 2.0» los límites de la regulación vigente de los derechos de autor en el momento en que el desarrollo de internet facilita que los intermediarios no autores proporcionen plataformas que constituyen herramientas de autoría, de publicidad y de distribución comercial. Ello lleva al autor a observar que el desarrollo de los derechos de autor digitales parece suponer un retorno a sus orígenes, cuando, más que proteger a los autores, se perseguía regular el comercio de los trabajos impresos.

En tercer lugar, Alberto Palomar, profesor titular (acreditado) de Derecho administrativo en la Universidad Carlos III, en su trabajo «Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España» expone el impacto del juego que se desarrolla por medio de internet en la distribución de competencias entre la Administración general del Estado y las comunidades autónomas. Asimismo, analiza el papel de la nueva entidad independiente de regulación del juego y el impacto que el proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que se está tramitando en este momento puede tener en el futuro de la regulación del juego al evolucionar de un modelo de regulador específico a uno de administración centralizada.

Por su parte, Antonio Troncoso, profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Cádiz y exdirector de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, analiza en «Las redes sociales a la luz de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales» algunos aspectos de la propuesta de Reglamento general de protección de datos, presentada en enero de este año por la Comisión Europea, particularmente relacionados con riesgos que la extensión de las redes sociales puede suponer para la protección de este derecho fundamental. En particular, en esta primera entrega de su trabajo, Troncoso valora el alcance de la nueva regulación del responsable del tratamiento en el servicio de red social así como la información y el consentimiento del interesado para el tratamiento y para las cesiones. Cierra la sección de artículos el trabajo de Ignacio Alamillo, quien recoge las principales conclusiones del VIII Congreso IDP. A la vista de las ideas expuestas en el VIII Congreso Internet, Derecho y Política, Alamillo afirma que «estamos en un momento importante de cambio: la adopción masiva por las personas de las diferentes tecnologías del web social ha supuesto una transformación importante del modelo relacional, que ha afectado al sustrato sociológico en el que se basó el diseño de normas como la propiedad intelectual, la formalización contractual de las relaciones de consumo y la protección de datos personales y otros derechos fundamentales».

Finalmente, el lector encontrará la sección de novedades normativas vinculadas a las tecnologías de la información y la comunicación de la mano de Jordi García Albero.

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-editorial/n15-editorial-es>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1691>

Editorial

Agustí Cerrillo

Les transformacions del dret en la societat de la informació que s'analitzen en aquesta revista no són únicament el resultat del desenvolupament tecnològic de la xarxa, sinó que també responen a l'evolució de les relacions que s'hi estableixen, fins fins al punt que, de vegades, les mobilitzacions ciutadanes per mitjà d'Internet tenen una incidència notable sobre l'activitat del legislador. Darrerament hem pogut veure diferents manifestacions d'aquesta situació.

Precisament, en aquest número de la revista s'analitza una de les innovacions legislatives que més controvèrsia ha suscitat a la xarxa: la coneguda com a «Llei Sinde», aprovada dins de la Llei d'economia sostenible el març del 2011 i desenvolupada reglamentàriament el desembre del mateix any. La Llei Sinde estableix un procediment administratiu per a perseguir les vulneracions de la propietat intel·lectual a internet. Aquesta llei atribueix a la Comissió de Propietat Intel·lectual la competència d'ordenar la retirada de continguts o la interrupció de serveis de la societat de la informació que vulnerin drets de propietat intel·lectual. A diferència d'altres desenvolupaments normatius en països del nostre entorn, que han establert sistemes que poden arribar a tallar de la connexió dels usuaris, la Llei Sinde s'adreça contra les presumptes infraccions dutes a terme pels prestadors de serveis, entre els quals s'inclouen els llocs web que proporcionen enllaços a continguts protegits. Aquesta llei ha rebut moltes crítiques, especialment pel fet d'atribuir a un òrgan administratiu la potestat de determinar si hi ha vulneració dels drets d'autor, qüestió que fins ara corresponia només a l'autoritat judicial. Tot i la gran contestació que va suscitar, la norma es va aprovar i la secció segona de la Comissió de Propietat Intel·lectual ja ha començat a actuar. En aquest sentit, el resultat contrasta amb altres iniciatives legislatives, com ara el projecte *Stop Online Piracy Act* (SOPA) als Estats Units, aturat en bona part per la mobilització dels internautes.

Amb relació a la *Llei Sinde*, publiquem el treball de Fernando Carbajo Cascón, professor titular de Dret mercantil de la Universitat de Salamanca, que s'ocupa dels aspectes substantius de la norma. Especialment, analitza el problema de què s'ha d'entendre per vulneració dels drets de propietat intel·lectual en el marc d'aquest procediment, examina les competències que la Llei Sinde confereix a la secció segona de la Comissió de Propietat Intel·lectual per afrontar aquestes vulneracions.

A més, en el monogràfic d'aquest número de la revista *Internet, Dret i Política* publiquem la versió escrita i desenvolupada de les conferències pronunciades per diferents experts en el VIII Congrés Internet, Dret i Política, que es va fer el juliol del 2012.

L'extensió de noves i diverses formes d'entreteniment per mitjà d'Internet genera situacions per a les quals les normes vigents no donen una solució que garanteixi adequadament els drets dels ciutadans i promogui prou l'activitat de les empreses. De fet, com resumeix Alamillo en el seu treball, «la temàtica de l'entreteniment en línia mostra la complexitat dels reptes jurídics que fa afrontar la projecció de la persona a la xarxa, en un fenomen de transformació de les institucions jurídiques, sovint dissenyades sobre les limitacions inherents a l'espai i el temps».

En primer lloc, Pedro A. de Miguel, catedràtic de Dret internacional privat a la Universitat Complutense de Madrid, analitza en el treball «Entreteniment en línia i protecció dels consumidors» l'impacte que l'expansió dels models de negoci de diferents operadors globals, basats generalment en les regles nord-americanes, pot tenir tant en la protecció del consumidor europeu (per exemple, en relació amb les clàusules contractuals, els mecanismes de tutela o el tractament de les dades personals) com en la competitivitat de les empreses europees.

A continuació, Greg Lastowka, professor de l'Escola de Dret Rutgers (Nova Jersey, EUA), planteja en l'article «Jardins tancats i Stationers' Company 2.0» els límits de la regulació vigent dels drets d'autor en el moment que el desenvolupament d'internet facilita que els intermediaris no autors proporcionin plataformes que constitueixen eines d'autoria, de publicitat i de distribució comercial. Això porta l'autor a observar que el desenvolupament dels drets d'autor digitals sembla que comporta una tornada als orígens, quan, més que protegir els autors, es persegueix regular el comerç dels treballs impresos.

En tercer lloc, Alberto Palomar, professor titular (acreditat) de Dret administratiu a la Universitat Carlos III, en el treball «Una anotació sobre la responsabilitat pública de regulació i control de l'activitat de joc a Espanya» exposa l'impacte del joc que es desenvolupa per mitjà d'internet en la distribució de competències entre l'Administració general de l'Estat i les comunitats autònomes. Així mateix, analitza el paper de la nova entitat independent de regulació del joc i l'impacte que el projecte de llei de creació de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència que s'està tramitant en aquest moment pot tenir en el futur de la regulació del joc en evolucionar d'un model de regulador específic a un d'administració centralitzada.

Al seu torn, Antonio Troncoso, professor titular de Dret constitucional a la Universitat de Cadis i exdirector de l'Agència de Protecció de Dades de la Comunitat de Madrid, analitza a «Les xarxes socials a la llum de la proposta de Reglament general de protecció de dades personals» alguns aspectes de la proposta de Reglament general de protecció de dades, presentada el gener d'aquest any per la Comissió Europea, especialment relacionats amb riscos que l'extensió de les xarxes socials pot comportar per a la protecció d'aquest dret fonamental. En particular, en aquest primer lliurament del seu treball, Troncoso pondera l'abast de la nova regulació del responsable del tractament en el servei de xarxa social i la informació i el consentiment de l'interessat per al tractament i per a les cessions.

Tanca la secció d'articles el treball d'Ignacio Alamillo, que recull les conclusions principals del VIII Congrés IDP. A la vista de les idees exposades en el VIII Congrés Internet, Dret i Política, Alamillo afirma que «som en un moment important de canvi: l'adopció massiva per part de les persones de les diferents tecnologies del web social ha comportat una transformació important del model relacional, que ha afectat el substrat sociològic en què es basava el disseny de normes com la propietat intel·lectual, la formalització contractual de les relacions de consum i la protecció de dades personals i altres drets fonamentals».

Finalment, el lector trobarà la secció de novetats normatives vinculades a les tecnologies de la informació i la comunicació, aportada per Jordi García Albero.

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-editorial/n15-editorial-ca>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1691>

Editorial

Agustí Cerrillo

The changes experienced by Law in the information society that we analyse in this journal are not solely the result of the technological development of the web, but they are also in response to the evolution of the relations that are established on it, to the point that public mobilizations via the internet occasionally have a notable impact on the work of Parliament. Lately, we have seen a number of manifestations of this situation.

In this issue of the journal, we analyse one of the legislative innovations that has aroused most controversy on the web: the so-called "Sinde Law", passed as part of the Sustainable Economy Act in March 2011 and developed in the statute book in the same year. The Sinde Law establishes an administrative procedure for pursuing infringements of intellectual property on the internet. The law gives the Intellectual Property Commission the authority to order the removal of content or the stoppage of information society services that infringe intellectual property rights. Unlike other regulatory developments in our neighbouring countries, which have established systems that can even cut off the users' connection, the Sinde Law is aimed at alleged infringements by the service providers, including websites that provide links to protected content. This law has come under a lot of criticism, especially due to the fact of giving an administrative body the power to determine whether copyright has been infringed, a matter that has until now lain solely with the judicial authority. Despite the huge debate it aroused, the law was passed and Section Two of the Intellectual Property Commission has already started to act. In this sense, the result contrasts with other legislative initiatives, such as the *Stop Online Piracy Act* (SOPA) project in the USA, stopped largely by the mobilization of internet users.

With regard to the Sinde Law, we publish the work by Fernando Carbajo Cascón, tenured lecturer in Mercantile Law at the University of Salamanca, which tackles the substantive aspects of the law while analysing the problem of what is to be understood by infringement of intellectual property rights in the framework of this procedure, and examining the power that the Law gives to Section Two of the Intellectual Property Commission to take on these infringements.

Furthermore, this issue of IDP, Internet, Law and Politics features revised versions of papers given at the 8th International Conference on Internet, Law and Politics held July 2012.

The spread of the new and diverse forms of online entertainment is generating situations in which current regulations are at a loss to provide a solution that adequately guarantees the rights of individuals and sufficiently supports the activity of companies. In fact, as Alamillo notes in his paper, "the issue of online entertainment illustrates the complexity of the legal challenges posed by the projection of the individual on the web as part of the phenomenon of transforming legal institutions, which are usually set up to operate within the bounds of the traditional constraints of space and time".

Firstly, in his work "Online entertainment and consumer protection", Pedro A. De Miguel, professor of private international law at the Complutense University of Madrid, examines the impact that the expansion of the business models of global operators usually regulated under US legislation might have in terms of both consumer protection in Europe (eg contract clauses, protection mechanisms and personal data processing) and the competitiveness of European companies.

Next, in his article "Walled gardens and the Stationers' Company 2.0", Greg Lastowka, professor of law at Rutgers University, USA, looks at the limits current regulations place on authors' rights at a time when the development of the internet is enabling intermediary non-authors to provide platforms that serve as authorship, publicity and commercial distribution tools. This leads Lastowka to observe that the development of authors' digital rights appears to spell a return to their origins, when, rather than protecting the authors, the aim was to regulate the trade of printed works.

Thirdly, in his paper "A study of the jurisdiction for regulation and control of gambling activities in Spain", Alberto Palomar, tenured lecturer of administrative law at Carlos III University, highlights the impact of online gambling on the distribution of responsibilities across Spain's central and regional governments. He also looks at the role of the new independent body for regulating gambling and the impact that the bill for the creation of the National Commission for Markets and Competition that is currently in the process of being passed may have in the future on the regulation of gambling in moving from a specific-regulator to a centralised model.

In "Social networks in light of the General Data Protection Regulation proposal", Antonio Troncoso, tenured lecturer of constitutional law at the University of Cadiz and former director of the Data Protection Agency of the Community of Madrid, examines aspects of the proposal for the General Data Protection Regulation presented this year by the European Commission, in particular, those aspects relating to the risks that the expansion of social networks might entail for the protection of this fundamental right. He assesses the scope of the new regulation on the data processor in social network services and the data and the consent of the interested party for data processing and transfer.

This section concludes with Ignacio Alamillo's summary of the main conclusions from the 8th International Conference on Internet, Law and Politics. With regard to the ideas expressed at the conference, he observes that "we are at a significant moment of change: the massive uptake by individuals of social web technologies has meant a great transformation in the relationship model that affects the underlying social fabric that forms the basis for the design of regulations on intellectual property, consumer contracts and the protection of personal data and other fundamental rights".

This issue concludes with Jordi García Albero's summary of the recent regulatory changes that affect information and communication technologies.

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-editorial/n15-editorial-en>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1691>

Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet

Fernando Carbajo Cascón

Profesor titular de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca

Fecha de presentación: mayo de 2012

Fecha de aceptación: octubre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

El presente trabajo busca profundizar en las condiciones sustantivas o materiales establecidas en el art. 158.4 párrafo 2.º del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, introducido por la disposición final 43.ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, para que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual pueda proceder a ordenar la retirada de contenidos o la interrupción de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual. En concreto se analiza qué debe entenderse por vulneración de derechos de propiedad intelectual a los efectos del procedimiento administrativo de interrupción de servicios de la sociedad de la información o retirada de contenidos infractores y se propone una interpretación amplia que incluya no solo las infracciones directas a los derechos exclusivos cometidos por prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino también las infracciones indirectas a la propiedad intelectual cometidas por los prestadores de servicios de intermediación, pensando fundamentalmente en los webs de enlaces.

Palabras clave

propiedad intelectual, piratería de contenidos, *Ley Sinde*, Comisión de Propiedad Intelectual, prestadores de servicios de la sociedad de la información, intermediarios de la sociedad de la información, competencia desleal, responsabilidad civil.

Tema

piratería

Substantive aspects of the administrative proceedings for safeguarding intellectual property rights online

Abstract

This paper aims to examine the substantive or material conditions established in Art. 158.4 Paragraph 2 of the Consolidated Text of the Spanish Law on Intellectual Property introduced by Final Provision 43 of Law 2/2011, of 4 March, on the Sustainable Economy for the Second Section of the Intellectual Property Commission to be able to order the removal of content or the interruption of information society services that violate intellectual property rights. In particular, this work examines what should constitute a violation of intellectual property rights for the purposes of the administrative proceedings for interrupting information society services or removing content violating these rights. A broad interpretation is proposed that includes both direct breaches committed against exclusive rights by information society service providers and indirect violations of intellectual property rights committed by intermediary service providers, specifically, link websites.

Keywords

intellectual property, content piracy, Ley Sinde, Intellectual Property Commission, information society service providers, information society intermediaries, unfair competition, civil liability.

Topic

piracy

1. Introducción

La disposición final 43.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (LES, *Ley Sinde*) regula un procedimiento de naturaleza administrativa controlado judicialmente para combatir aquellas actividades que más daño hacen a los derechos de propiedad intelectual en internet. Para ello se procede a la modificación de diversos artículos de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSICE), del Real decreto legislativo 1/1996, que regula el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (TRLPI), y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA).

En una discutible decisión de política legislativa, el legislador español ha decidido perseguir únicamente a los servicios de la sociedad de la información (SSI) que con su actividad vulneren o pongan en peligro directa o indirectamente los

derechos exclusivos de propiedad intelectual, y ha eludido hostigar a los usuarios de esos servicios en línea, que son los responsables últimos y directos de la vulneración masiva de derechos en internet. Para ello se ha creado un nuevo órgano administrativo *ad hoc* dentro del Ministerio de Cultura, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), que se encargará de recibir las denuncias de los titulares de derechos o de sus representantes (incluidas entidades de gestión) y, bajo supervisión judicial por parte de los tribunales de lo contencioso-administrativo al principio (identificación del infractor) y al final del proceso (en caso de ejecución forzosa de las resoluciones administrativas), tramitar un procedimiento rápido que puede acabar, en caso de estimarse infracción, en la retirada voluntaria de contenidos por el prestador de servicios o en medidas consistentes en la retirada de los contenidos o, en los casos más graves, en la interrupción del SSI.¹

1. Esta decisión del legislador español encuentra respaldo en el considerando n.º 45 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico en el mercado interior (DCE), que viene a admitir la facultad de los Estados miembros para habilitar autoridades administrativas con capacidad para ordenar poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

El Real decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, ha desarrollado reglamentariamente la estructura y las competencias de la Sección Segunda de la CPI, encargada de la ejecución de las nuevas competencias, y el procedimiento entró en vigor el 1 de marzo de 2012.

El texto legal es confuso y desorganizado en líneas generales, muy pobre jurídicamente y con un procedimiento que se antoja irrealizable en los cortísimos plazos establecidos (sobre todo si tiene lugar la intervención judicial al comienzo y al final del procedimiento y ante la posibilidad de recurrir las resoluciones de la Comisión). Sin embargo, es muy posible que solo un órgano administrativo especializado e independiente pueda luchar eficazmente contra un fenómeno poliédrico como el de la piratería digital de contenidos. Y es así tanto por la necesidad de una respuesta rápida para evitar la consolidación de servicios que potencian el mercado pirata de contenidos y obstaculizan el desarrollo de modelos de negocio legales, como por las distintas respuestas que jueces y tribunales civiles y penales vienen dando a las distintas prácticas de piratería, agravadas por la lentitud de los procesos judiciales.

Como señala el preámbulo del Real decreto 1889/2011, los poderes públicos deben combatir la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e impedir el enriquecimiento injusto y la competencia desleal que supone el tráfico ilegal de contenidos, en particular por medio de algunos SSI que intentan obviar que la puesta a disposición del público de contenidos solo es lícita cuando cuenta con autorización de los titulares de derechos o con amparo en algún límite legal.²

2. Aspectos jurídico-materiales del procedimiento administrativo: conductas infractoras

Según dispone el nuevo art. 158.4, II del TRLPI -introducido por el apartado 4 de la disposición final cuadragésima ter-

cera de la LES-, en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 8 y concordantes de la LSSICE para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, la Sección Segunda de la CPI podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.³

Son tres, por tanto, las condiciones que deben darse para que la Sección Segunda de la CPI pueda desplegar sus funciones: *i)* que se trate de un servicio de la sociedad de la información; *ii)* que vulnere derechos de propiedad intelectual; y *iii)* que el prestador del servicio directa o indirectamente actúe con ánimo de lucro o haya causado o pueda causar un daño patrimonial.

2.1. Servicios de la sociedad de la información

El art. 158.4 del TRLPI se refiere en general a los SSI, por lo que en principio pueden ser objeto del procedimiento administrativo cualesquiera SSI que vulneren derechos de propiedad intelectual, incluidos por tanto los servicios de intermediación.

Según el anexo de la LSSICE, se entiende por servicio de la sociedad de la información todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, y también comprende los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Entre ellos se incluyen -a los fines que aquí interesan- los servicios de contratación de bienes o servicios por vía electrónica (servicios de comercio electrónico) y los servicios de suministro de información por vía telemática.

Los servicios de intermediación se configuran como una especie dentro del género de los servicios de la sociedad de

2. El artículo 20.2 de la Constitución española (CE) dice que el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, a la libertad de creación y a la libertad de cátedra no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa (art. 20.2 de la CE). Pero no existe censura previa si una resolución de un organismo legalmente competente decide retirar contenidos o interrumpir SSI si acredita la vulneración de derechos de propiedad intelectual. En este sentido, no debe perderse de vista el art. 20.4 de la CE, según el cual las libertades reconocidas en el art. 20.1 de la CE tienen su límite en el respeto a los otros derechos reconocidos en el título I de la Constitución, entre los que cuenta el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 de la CE), donde se incluye la propiedad intelectual.
3. Cfr. art. 13.3 del Real decreto 1889/2011, que regula la Comisión de Propiedad Intelectual.

la información y el mentado anexo de la LSSICE los define como aquellos servicios de la sociedad de la información por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Se incluyen entre ellos los servicios de acceso a internet (*Internet service providers*), los de transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (*mere conduit* o *routing*), la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios (*system caching* o memoria tampón), el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por terceros (*hosting*) y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet (*searching and linking*).

2.2. Vulneración de derechos de propiedad intelectual

La exigencia de que el servicio de la sociedad de la información «vulnere» derechos de propiedad intelectual puede llevar a equívoco sobre la intención perseguida por el legislador al implementar el procedimiento administrativo. Si se interpreta en sentido estricto, «vulnerar» derechos de propiedad intelectual supone una infracción de los derechos exclusivos de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación (arts. 18, 19, 20 y 21 del TRLPI); aunque también pueden incluirse en ese término las infracciones a los derechos de propiedad intelectual cometidas mediante la elusión de medidas tecnológicas de protección (art. 161 del TRLPI) y de sistemas de información para la gestión de derechos (art. 162 del TRLPI), en tanto en cuanto el art. 139.1.a) del TRLPI incluye dentro de las acciones de cesación de actividades ilícitas contra la propiedad intelectual los actos o actividades a que se refieren los arts. 160 y 162 del mismo texto legal.

El TRLPI no contempla otras infracciones directas o indirectas a los derechos de autor y afines, como puede ser -en concreto- la contribución a la infracción de derechos

mediante servicios de intermediación en línea. Sin embargo, sí tiene en cuenta la importancia que estos servicios de intermediación pueden tener para facilitar infracciones a los derechos de propiedad intelectual, y por ello el art. 138 III (introducido por la Ley 19/2006) permite a los titulares de derechos ejercitar acciones de cesación (art. 139.1 h.) y solicitar medidas cautelares (art. 141.6) contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley de propiedad intelectual, aunque los actos de esos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción de tales derechos.

En principio, los prestadores de servicios de intermediación (en especial los prestadores de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda y directorios de enlaces) no cometerían vulneraciones de derechos de propiedad intelectual (pues, en rigor, no reproducen ni comunican obras o prestaciones afines, sino que se limitan a poner los medios técnicos para que los usuarios de sus servicios lleven a cabo esos actos de reproducción y comunicación). No obstante, algunas resoluciones de jueces y tribunales penales consideran que la actividad consistente en la puesta a disposición del público de enlaces a archivos que contienen obras y prestaciones afines suministrados por los usuarios pueden encajar en el concepto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición (definido en el art. 20 del TRLPI e igualmente tipificado en el art. 270.1 del Código penal), en la medida en que el art. 20.2 del TRLPI se limita a recoger una serie de modalidades de comunicación pública y deja abierta la posibilidad de incluir otros actos de comunicación directa o indirecta de obras y prestaciones afines.⁵ En el orden civil se aprecia por el momento una clara tendencia a rechazar la existencia de actos de comunicación pública en los servicios consistentes en proporcionar espacio web para enlaces a ficheros con contenidos protegidos cuando esos enlaces son proporcionados por los usuarios de ese servicio.⁵

4. A efectos penales se aprecia ánimo de lucro indirecto en los ingresos por publicidad del sitio y perjuicio de tercero aun con ánimo tendencial. Cfr. auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2009 (caso elitedivx.com); auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, de 11 de noviembre de 2009 (caso ps2rip.net); auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de septiembre de 2010; auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.ª, de 26 de octubre de 2010 (caso divxonline.info); sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de septiembre de 2011.
5. Además de varios autos en los que se rechaza la adopción de medidas cautelares, por no apreciar apariencia de buen derecho en el demandante (cfr. auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 6 de mayo de 2009, caso agujero.com; auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, caso índice-web.com; auto del Juzgado de lo Mercantil de Huelva de 13 de noviembre de 2009, caso Elitemula), destacan la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, y la sentencia de

En cualquier caso, es manifiesta la intención del legislador de extender el procedimiento administrativo de retirada de contenidos e interrupción de servicios no solo a los SSI que directamente infrinjan derechos de propiedad intelectual mediante comportamientos expresamente contemplados en el TRLPI, sino también a los servicios de intermediación que ofrezcan los medios a terceros para llevar a cabo reproducciones y puestas a disposición de contenidos no autorizados. De hecho, puede decirse que la principal finalidad de la disposición final 43.^a de la LES es combatir los sitios que facilitan la piratería de contenidos y en particular aquellos que más daño hacen a la explotación normal de obras y prestaciones en claro perjuicio de los legítimos intereses de los titulares de derechos: los webs de enlaces.

No tendría mucho sentido implementar un procedimiento administrativo para combatir únicamente los SSI que directamente infringen derechos de propiedad intelectual cuando el TRLPI dispone de mecanismos procesales suficientes, en forma de acciones y medidas cautelares, para combatir eficazmente esos comportamientos infractores. La intención del legislador es establecer un mecanismo para combatir a los SSI que fomentan y/o se aprovechan de la piratería de contenidos, lo cual incluye también a los responsables de servicios de intermediación que coadyuvan en el proceso de intercambio de archivos con contenidos no autorizados, aunque en rigor no pueda decirse que estos intermediarios cometan infracciones directas a los derechos de propiedad intelectual.⁶

Realmente no existe sintonía material con los ilícitos tipificados en el TRLPI, pues el art. 158.4 del TRLPI habla

de vulnerar derechos pero el legislador ha pensado en su aplicación también a los servicios que formalmente no vulneren derechos exclusivos, sino que ponen los medios para que esa vulneración se produzca, tipificando así una suerte de infracción indirecta a los únicos fines de la retirada de contenidos o de interrupción del servicio en el seno del procedimiento administrativo gestionado por la Sección Segunda de la CPI. El art. 15.3 del Real decreto 1089/2011 dispone que el procedimiento podrá dirigirse contra los responsables de SSI sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual, cuando en la solicitud de quien inste su inicio se identifique expresamente el contenido ofrecido o al que se facilite el acceso.

Si los titulares de derechos quisieran reclamar responsabilidad penal o civil a los responsables de estos servicios de intermediación tendrían que acudir a las jurisdicciones pertinentes, bien mediante la reclamación de una infracción del derecho exclusivo de comunicación pública interactiva entendido en sentido amplio (a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la viabilidad o no de la interpretación amplia defendida por algunos jueces y tribunales penales), o bien por la vía de la competencia desleal o de la responsabilidad civil extracontractual (sobre la base de responsabilidad propia del intermediario por contribuir activa y conscientemente con su actividad a la infracción de derechos exclusivos por los usuarios de su servicio de intermediación).⁷

Hay quien defiende que la existencia de sentencias absolutorias en el orden penal y civil de algunos de estos

la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 24 de febrero de 2011, sobre el caso elrincondejesus.com y también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 7 de junio de 2011, en el caso indice-web.com.

6. El hecho de que nuestros tribunales civiles no se muestren proclives a considerar la actividad de algunos intermediarios de la sociedad de la información (en particular los webs de enlaces) como actos de comunicación pública no autorizados no significa que algunos de estos servicios de intermediación no contribuyan activamente de forma indirecta a la vulneración de derechos de propiedad intelectual y generen importantes daños y perjuicios a los titulares de derechos.
7. El régimen de exoneración de responsabilidad o puerto seguro de los prestadores de servicios de intermediación, en particular de los servicios de almacenamiento y de búsqueda y enlace, previsto en los arts. 16 y 17 de la LSSICE, podrá salvarse acreditando que el responsable de ese servicio no actúa de forma automática, neutral o pasiva, o que tenía conocimiento efectivo por cualquier medio del carácter ilícito de la información proporcionada por los usuarios y no reaccionó diligentemente para retirar esa información de su sitio en línea. Ello de acuerdo con la interpretación amplia del concepto de «conocimiento efectivo» establecido por nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 y con la interpretación restrictiva de la exoneración de responsabilidad de los servicios de intermediación destilada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las relevantes sentencias de 23 de marzo de 2010 (asunto C-236/08 a C-238/08, Louis Vuitton y otros contra Google France SARL y Google Inc.) y 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09, L'Oreal contra eBay). Lógicamente, este régimen de exoneración de responsabilidad de intermediarios no será de aplicación en el procedimiento administrativo, pues solo resulta aplicable frente a las demandas de responsabilidad dirigidas contra ellos por los actos cometidos por sus usuarios, y no tendrá virtualidad alguna en un procedimiento administrativo cuyo único objetivo es la retirada de contenidos ilícitos o la interrupción (cierre) del servicio.

intermediarios de la sociedad de la información (significadamente los webs de enlaces que ofrecen un acceso estructurado a ficheros con contenidos ilícitos suministrados por los usuarios) actuaría como cosa juzgada material, lo que impediría a la Sección Segunda de la CPI ordenar la interrupción de esos mismos servicios so pena de incurrir en prevaricación. Entiendo, sin embargo, que las sentencias de jueces y tribunales que absuelven a los responsables de webs de enlaces por posibles infracciones de derechos de autor y de derechos afines cometidas por los usuarios de su servicio no pueden condicionar las facultades del órgano administrativo para ordenar la retirada de contenidos o incluso la interrupción de esos servicios introducidas en nuestro ordenamiento tras la reforma del art. 158 TRLPI por la disposición final 43.^a de la LES (y por tanto con posterioridad a las sentencias comentadas), conocida la intención del legislador de ofrecer un nuevo mecanismo extrajudicial de respuesta rápida frente a las vulneraciones directas e indirectas a los derechos de autor, que incluyen por tanto los casos en que la CPI puede determinar que un servicio de intermediación contribuye indirectamente con su actividad a facilitar las vulneraciones a los derechos de propiedad intelectual.

2.3. Actuación con ánimo de lucro directo o indirecto o que cause o pueda causar un daño patrimonial

Las facultades de la Sección Segunda de la CPI no alcanzan a cualesquiera SSI, sino solo a aquellos que vulneren derechos de propiedad intelectual y actúen directa o indirectamente con ánimo de lucro o, aun sin concurrir ánimo lucrativo, cuando tales sitios causen o puedan causar un daño patrimonial a los titulares de derechos, pues la infracción -directa o indirecta- de derechos de autor y afines no exige la concurrencia de ánimo de lucro directo o indirecto.⁸

La LSSICE solo considera servicios de la sociedad de la información aquellos que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Pero esta restricción tiene lugar a los únicos fines de la aplicación de la propia

LSSICE, tal y como dispone su disposición adicional primera. Esta precisión es relevante por cuanto el art. 158.4, II del TRLPI somete al procedimiento administrativo gestionado por la Sección Segunda de la CPI los SSI que vulneren derechos de propiedad intelectual siempre y cuando el prestador del servicio directa o indirectamente actúe con ánimo de lucro (es decir, que el servicio constituya una actividad económica para él, en los términos de la LSSICE) o haya causado o pueda causar un daño patrimonial (por lo tanto, sin necesidad de demostrar que el servicio constituye una actividad económica, un lucro directo o indirecto, para el prestador del servicio). Decae así cualquier posible argumento en el sentido de que no se puede aplicar el procedimiento administrativo a los SSI que no constituyan una actividad económica para su responsable, pues basta con acreditar que ese servicio perjudica o puede perjudicar patrimonialmente a los legítimos titulares de derechos de propiedad intelectual.⁹ Este importante matiz es fundamental, pues de lo contrario muchos SSI que vulneran derechos de propiedad intelectual podrían ampararse en la ausencia absoluta de interés económico directo o indirecto para eludir la aplicación del procedimiento administrativo. (Aunque en la mayoría de las ocasiones estos servicios obtienen ingresos por publicidad o por la comercialización de direcciones de correo electrónico de sus usuarios registrados.) Y no existe contradicción entre la LSSICE y el TRLPI, pues aunque es cierto que el trasfondo de la nueva legislación consiste en la posibilidad de establecer restricciones a la prestación de SSI por una autoridad administrativa al amparo de lo previsto en el art. 8.1 e) de la LSSICE, esas restricciones tienen por finalidad impedir la vulneración de derechos de propiedad intelectual en los términos establecidos en el art. 158.4, II del TRLPI. Por lo tanto, al tratarse de dos leyes ordinarias existe jerarquía material de la legislación de propiedad intelectual sobre la de servicios de la sociedad de la información, en tanto en cuanto la restricción de SSI tiene lugar a los fines de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, y entonces priman los fines y las normas de la legislación sobre propiedad intelectual.

8. Véase, a modo de ejemplo, el polémico caso del web elrincondejesus.com, resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, confirmada en lo relativo a la posición del proveedor de sitios de enlaces por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 24 de febrero de 2011.

9. Es decir, no es necesario que se constate la violación de derechos de propiedad intelectual; basta con la mera posibilidad cierta de que esa violación pueda llegar a producirse. Es la estructura de los ilícitos de peligro, típica de los derechos exclusivos y del derecho de la competencia desleal, que justifica la adopción de medidas cautelares o definitivas de cesación contra actos ilícitos que todavía no se han puesto en práctica (cfr. art. 141 del TRLPI y art. 32.1, 2.^a de la Ley de competencia desleal).

3. Competencias de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Motivación y ejecución de las resoluciones

La CPI puede ordenar la retirada de contenidos puntuales de un sitio en línea o la interrupción del SSI. Si el prestador de servicios afectado, debidamente requerido para ello en la propia resolución, no cumplierse voluntariamente las medidas impuestas por la Comisión, esta tendrá que ordenar la ejecución forzosa de las medidas, si bien deberá contar en todo caso con la previa autorización judicial de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, que solo podrán valorar si las medidas de interrupción del servicio o retirada de contenidos acordadas respetan o entran en contradicción con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información (arts. 20.1 a. y d. de la CE), a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1 b. de la CE) o a la libertad de cátedra (art. 20.1 c. de la CE).¹⁰

Aunque el lenguaje empleado en el art. 158.4 del TRLPI carece de la precisión deseable, la intención declarada del legislador es que las facultades de retirada de contenidos e interrupción de servicios de la Sección Segunda de la CPI alcancen a cualquier servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, ya sea por datos, informaciones o contenidos proporcionados por el propio responsable o prestador del servicio o ya por datos, informaciones o contenidos suministrados por terceros usuarios de ese servicio cuando el responsable lo organice para facilitar o contribuir a la vulneración de la propiedad intelectual.

En definitiva, los distintos SSI que pueden quedar bajo las competencias de la Sección Segunda de la CPI serán aquellos en los que se pueda constatar una violación clara de derechos de propiedad intelectual, como sucede en particular con la vulneración directa de derechos cometida por los servicios no autorizados de puesta a disposición de contenidos en régimen de descarga o de disfrute en línea (actos no autorizados de reproducción y comunicación pública, p. ej. arts. 18 y 20.2 i. del TRLPI)¹¹ y con la vulneración indirecta de derechos que cometen aquellos servicios que ofrezcan medios para la elusión de medidas tecnológicas y la supresión de información para la gestión de derechos (p. ej. arts. 160 y 162 del TRLPI). Asimismo, la CPI podrá actuar para ordenar la retirada de contenidos o, en determinados casos (como puede ser la existencia de infracciones reiteradas), la interrupción del servicio, frente a aquellos SSI que pongan a disposición del público enlaces a copias no autorizadas almacenadas en otros sitios en línea, siquiera sea de forma puntual o circunstancial, ya se trate de blogs, grupos de noticias, redes sociales o cualesquiera sitios web en general.¹²

Pero, como antes he dicho, entiendo que la Comisión podrá también conocer y sancionar aquellos comportamientos que no lleven a cabo una infracción directa de derechos exclusivos de propiedad intelectual, sino que contribuyan indirectamente a la lesión de posiciones jurídicas amparadas por esos derechos al facilitar las violaciones masivas de estos por los usuarios. Comportamientos, en fin, que no encajarían en la legislación de propiedad intelectual al no estar expresamente tipificados como ilícitos en ella (sin perjuicio de una futura reforma del TRLPI para dar cabida a las infracciones indirectas a derechos exclusivos), pero que podrían considerarse comportamientos ilícitos contra los derechos de propiedad intelectual ya por medio de la res-

10. Sin embargo, esto puede obligar al juez a entrar siquiera parcialmente en el fondo del asunto para buscar el equilibrio entre el derecho de propiedad y las libertades mencionadas, sobre todo si el uso de contenidos se justifica en un límite a los derechos exclusivos. Aunque muchas veces se plantearán falsos debates, pues las violaciones directas a los derechos de propiedad intelectual o la prestación de servicios en línea claramente encaminados a facilitar infracciones por los usuarios de tales servicios nada o poco tienen que ver con la libertad de expresión e información.
11. Aunque, como se ha dicho, también podrían entrar en esta categoría (con reservas) los webs de enlaces a contenidos no autorizados, si se entiende que el almacenamiento y puesta a disposición de los enlaces constituye una forma *sui generis* de comunicación al público no contemplada específicamente en el art. 20.2 del TRLPI.
12. Precisamente es en este tipo de servicios que solo ofrecen enlaces puntuales a contenidos no autorizados alojados en otros sitios en línea donde pueden producirse problemas relacionados con la libertad de expresión e información y con la libertad de creación artística (particularmente, un debate sobre el alcance del derecho de cita en internet, vía art. 32.1, I del TRLPI), pues los webs de enlaces, los servicios ilegales de distribución en línea y los servicios que ofrecen dispositivos para eludir la protección y la información de obras y prestaciones en formato digital nada tienen que ver con los derechos fundamentales del art. 20 de la CE, por lo que resulta pueril su simple invocación en tales casos.

ponsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código civil) o ya por la cláusula general de competencia desleal (art. 4.1 de la Ley de competencia desleal), por resultar objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe. En esta categoría entrarían claramente los webs de enlaces¹³ y, con mayores reservas (en función de las circunstancias concretas de cada caso), los sitios web que ofrecen la descarga de programas P2P y alientan al intercambio entre los usuarios, los *share hosting megasites* que (como megaupload.com, rapidshare.com, fileserve.com o megavideo.com) proporcionan grandes espacios de almacenamiento masivo de información cuando contribuyan activamente al proceso de intercambio ilícito de contenidos entre usuarios, y finalmente los servicios que (como findtoyou.com o foofind.com) ofrecen herramientas de búsqueda específica de enlaces que contienen copias de contenidos no autorizados puestos a disposición del público desde redes de intercambio P2P o mediante el sistema de descargas directas desde *megasites*.¹⁴

La resolución que emita la Sección Segunda de la CPI deberá estar debidamente motivada y deberá exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifiquen la decisión adoptada. Para eso será imprescindible que la Comisión justifique debidamente en derecho las decisiones que adopte en relación con la retirada de contenidos o la interrupción de SSI. Entiendo que a tales fines podrá recurrir no solo a la legislación de propiedad intelectual, sino también (en caso de vulneraciones indirectas a los derechos de propiedad intelectual) al derecho general de daños (art. 1902 del Código civil) o al derecho de competencia desleal. Y ello a la vista de las muy distintas prácticas que pueden ser objeto de la competencia de la Comisión. Las denuncias de los titulares de derechos también deberán estar debidamente fundadas en derecho para guiar la actuación de la Comisión.

La Sección Segunda de la CPI tiene competencia para conocer de denuncias formuladas contra SSI provenientes de otros países de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE) e incluso de países no pertenecientes a la UE o al EEE, atendiendo en todo caso a la regla del *forum delicti commissi* (matizada por el criterio de focalización, para restringir la competencia a los SSI dirigidos al territorio español) y de la *lex loci protectionis*. El párrafo segundo del art. 4 de la LSSICE dispone que los prestadores que dirijan específicamente sus servicios al territorio español (criterio de focalización) quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en la ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables. Entre esas «obligaciones» previstas en la LSSICE está la de respetar los principios del art. 8.1, cuya violación permite a los órganos competentes proceder a la retirada de contenidos o incluso a la interrupción del servicio.¹⁵ Eso sí, la CPI podrá intervenir salvo que los convenios internacionales limiten la competencia para conocer de conflictos sobre propiedad intelectual o responsabilidad extracontractual a los órganos judiciales.

Por último, adoptada la decisión de interrumpir servicios o retirar contenidos, confirmada en su caso por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (caso de que fuera recurrida), y autorizada la ejecución de las medidas por el juez competente (caso de que no se produzca un cumplimiento voluntario por el afectado), lo normal es que la Sección Segunda de la CPI, como órgano competente para adoptar medidas de interrupción de servicios o de retirada de datos que vulneren derechos de propiedad intelectual, p. ej. el art. 8.1 de la LSSICE, se dirija a los prestadores de servicios de intermediación puramente técnicos (fundamentalmente proveedores de acceso a internet y proveedores de espacio de alojamiento de datos) para ordenarles que interrumpan

13. Aquellas que no se limitan a proporcionar técnicamente un enlace a información alojada en terceros sitios, sino que estructuran y disponen el web para proporcionar un acceso organizado por categorías a los enlaces suministrados por los usuarios (si no por los mismos responsables del web de enlaces) y seleccionan además en no pocas ocasiones los enlaces que ofrecen las mejores copias.
14. Es claro que este tipo de servicios en muchas ocasiones contribuyen a la vulneración masiva de derechos de propiedad intelectual cometida por los usuarios de esos servicios; y también que suelen hacerlo con fines lucrativos directos o indirectos o que causan o pueden causar un daño (siquiera indirectamente) a los titulares de derechos. Pero para justificar la vulneración indirecta de derechos de propiedad intelectual es necesario recurrir a argumentos jurídicos complejos que quizás quedan lejos del alcance de la CPI, sin olvidarse además del control judicial a posteriori, a la hora de la ejecución de las resoluciones administrativas, en relación con los derechos del art. 20 de la CE, en tanto en cuanto estos servicios de intermediación pueden cobijarse bajo el manto de la neutralidad tecnológica y la libertad de información, por lo que resulta muy complejo para los titulares de derechos probar que en realidad tales servicios se organizan para facilitar las vulneraciones masivas de derechos de propiedad intelectual.
15. El problema puede estar en acreditar que el servicio afectado se dirige o focaliza hacia el territorio y los usuarios españoles: para ello se puede recurrir a factores como el idioma, la moneda (en caso de que ofrezcan la contratación de productos y servicios con carácter complementario) o la publicidad (que puede dirigirse directamente a uno o varios territorios o específicamente a un territorio concreto).

la prestación de su servicio de intermediación, que retiren determinados contenidos provenientes de SSI establecidos en España o que impidan el acceso desde territorio español a SSI establecidos fuera de España e incluso fuera de la UE y del EEE, de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en los arts. 4, 8 y 11 de la LSSICE.¹⁶

El art. 24.2 del Real decreto 1889/2011 dispone que la notificación a los prestadores de servicios de intermediación del auto judicial que autoriza la ejecución de la resolución de

la CPI dará lugar al conocimiento efectivo de la actividad vulnerable de sus clientes en el sentido previsto en la Ley de servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio de que ese conocimiento efectivo se pudiera haber producido por otros medios. De esta forma, las autoridades competentes o los titulares de derechos perjudicados podrán exigir responsabilidad administrativa o civil a los intermediarios que se nieguen a ejecutar las resoluciones de la CPI salvando el régimen de exoneración de responsabilidad previsto en los arts. 14-17 de la LSSICE.

Cita recomendada

CARBAJO CASCÓN, Fernando (2012). «Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet». En: «Retos y oportunidades del entretejamiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 7-16. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]
 <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-carbajo/n15-carabajo-es>>
 DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1522>
 ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

16. Cfr. preámbulo IV y arts. 22 y 24 del Real decreto 1889/2011.

Sobre el autor

Fernando Carbajo Cascón

nano@usal.es

Profesor titular de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca.

El autor es miembro del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Salamanca «Derecho y nuevas tecnologías». Asimismo es colaborador del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Salamanca «E-LECTRA: Edición y lectura electrónica, transferencia y recuperación automatizada de la información».

Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno
37007 Salamanca
www.usal.es





REVISTA D'INTERNET, DRET I POLÍTICA
REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA

IDP Número 15 (Noviembre 2012)

MONOGRÁFICO

«Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»



Universitat Oberta
de Catalunya

ISSN 1699-8154

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Entretenimiento en línea y protección de los consumidores

Pedro Alberto de Miguel Asensio

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Complutense de Madrid

Fecha de presentación: septiembre de 2012

Fecha de aceptación: septiembre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

El mercado de ciertos servicios en línea, como los que se basan en el establecimiento de plataformas y comunidades virtuales, se caracteriza por el predominio de varios operadores globales que han expandido sus modelos de negocio desde EE. UU. al resto del mundo. Habida cuenta del estricto marco normativo vigente en la Unión Europea en materia de protección de los consumidores y de protección de datos personales, reviste particular importancia valorar su efectiva aplicación en relación con los términos contractuales bajo los que se están prestando tales servicios a los consumidores europeos. Este análisis tiene importantes implicaciones no solo para la posición de los consumidores europeos, sino que también afecta a la competitividad de las empresas europeas sometidas a ese marco normativo restrictivo.

Palabras clave

contratos internacionales, consumidores en línea, protección de datos

Tema

Derecho

Online entertainment and consumer protection

Abstract

The market for certain on line services, such as those based on the establishment of virtual platforms and communities, is characterized by the dominance of a number of global providers which have expanded their business models from the US to the rest of the world. Given the strict legal framework in force in

the EU concerning consumer contracts and data protection, it has become of great importance the assessment of to what extent such restrictive regimes are being applied with regard to the contract terms under which those online services are being provided to European consumers. Such an analysis has deep implications, not only with regard to the level of effective protection of European consumers, but also to the extent that it affects the competitiveness of European companies subject to the strict European legal framework.

Keywords

international contracts, on line consumers, data protection

Topic

Law

1. Contratación de servicios y mecanismos de protección de los consumidores

1. Objetivo básico de buena parte de la regulación específica del comercio electrónico, la prestación de servicios de la sociedad de la información y la contratación a distancia es asegurar una tutela adecuada de los consumidores, en tanto que potenciales destinatarios de servicios de la sociedad de la información y, en particular, de servicios de entretenimiento en línea.¹ Así, las reglas que imponen a los prestadores de servicios de la sociedad de la información ciertas obligaciones de información, tanto con carácter general -en particular, los artículos 5 Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE) y 10 Ley 34/3002 (LSSI)- como vinculadas a la celebración de contratos,² tienen entre sus objetivos garantizar la protección de los intereses de los consumidores y pueden desempeñar un importante papel al respecto.

Con respecto a las obligaciones de información general, su importancia para garantizar una adecuada protección de los consumidores ha sido destacada expresamente por el Tribunal de Justicia, poniendo de relieve que la comunicación de esas informaciones por el prestador de servicios permite a

los destinatarios de los servicios apreciar el alcance de sus futuras obligaciones, y evita así riesgos de error que puedan llevar a la celebración de un contrato perjudicial,³ lo que condujo al Tribunal a concluir que del artículo 5 DCE (art. 10 LSSI) resulta la obligación de los prestadores de servicios de facilitar a los destinatarios del servicio, con carácter previo a la celebración de un contrato con ellos, no solo la dirección de correo electrónico, sino también otras informaciones que les permitan una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva. Aunque el Tribunal aclaró que esas informaciones no tienen que incluir necesariamente un número de teléfono, debe tratarse de mecanismos que aseguren una comunicación directa y efectiva adicionales a la dirección de correo electrónico del prestador del servicio.

Teniendo en cuenta la importancia adquirida por ciertos servicios para múltiples facetas del desarrollo de la vida de sus usuarios (y potenciales usuarios), la puesta a disposición de estos de mecanismos de comunicación que permitan una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva con el prestador de servicios por parte de sus (en ocasiones decenas de millones de) usuarios resulta de gran importancia para la tutela de sus derechos. Esta constatación, y la importancia en el marco de nuestro ordenamiento de exigir el cumplimiento de la obligación reseñada por

1. Se utiliza aquí un concepto amplio de servicios de entretenimiento en línea, de acuerdo con la orientación de los organizadores del VIII Congreso Internet, Derecho y Política 2012 «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» (UOC, 9-10 de julio de 2012), que incluye, por ejemplo, los que se basan en el establecimiento de plataformas y comunidades virtuales. A todas las direcciones de internet a las que se hace referencia en este artículo se ha accedido por última vez el 6 de agosto de 2012 desde España.
2. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4.ª ed., Navarra, Thomson Reuters Civitas, 2011, págs. 137-139, 840-845 y 863-869.
3. STJ de 16 de octubre de 2008, C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ap. 22, destacando que la protección de los intereses de los consumidores debe garantizarse en cualquier fase de la relación entre el prestador de servicios y los destinatarios del servicio.

parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información –y no solo frente a los consumidores habida cuenta del alcance general de la obligación–, se impone con independencia del carácter gratuito o no del servicio y pese a que el mantenimiento de esos mecanismos de comunicación puedan representar un coste significativo para el prestador del servicio.

2. Obvia es la vinculación con la tutela de los intereses de los consumidores (sin perjuicio de que en ocasiones tutelén también los de otros destinatarios de servicios de la sociedad de la información) de las obligaciones de suministrar ciertas informaciones impuestas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realizan actividades de contratación electrónica, tanto con carácter previo a la celebración del contrato como en el marco de la ejecución de ciertos contratos electrónicos.⁴ En nuestro ordenamiento tales obligaciones aparecen recogidas básicamente en los artículos 27 y 28 LSSI, 60, 97 y 98 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU, cuyos artículos 92 y siguientes en materia de contratación a distancia de consumo incorporan las normas de la Directiva 97/7CE), sin perjuicio de otras normas sectoriales. La aprobación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores condicionará decisivamente la modernización de este sector del ordenamiento en el futuro próximo.⁵

El cumplimiento de estas obligaciones de información vinculadas al proceso de contratación, además de ser un elemento importante de protección de los consumidores,

implica costes significativos para los prestadores de servicios y además puede representar un obstáculo relevante en el marco de su actividad comercial, por ejemplo, en la medida en que la información que debe proporcionarse facilita el ejercicio por los consumidores de ciertos derechos en circunstancias que pueden conducir a la frustración de la operación comercial, como sucede con el derecho de desistimiento. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en relación precisamente con la obligación prevista en el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE –que encuentra su reflejo en el artículo 98 LGDCU– de facilitar información contractual a los consumidores en un soporte de naturaleza duradera, ha puesto de relieve como en ocasiones las vías ideadas por las empresas para tratar de cumplir con esa obligación pueden no respetar las exigencias legales al no garantizar adecuadamente la protección de los intereses de los consumidores.

En su sentencia de 4 de julio de 2012 en el asunto *Content Services*,⁶ el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de si para dar cumplimiento a esa obligación resulta suficiente «con que dicha información sea accesible para el consumidor mediante un hipervínculo al sitio de internet del empresario, que figura en un texto que el consumidor debe indicar que conoce, marcando una casilla, para poder iniciar una relación contractual». El Tribunal rechaza que con carácter general el empleo de un mero enlace sea suficiente para dar cumplimiento a la obligación de proporcionar la información en un soporte duradero, conclusión a la que llega tras valorar el sentido habitual de «recibir» y «facilitar» en el lenguaje corriente a la luz del contexto y los objetivos de esa norma.⁷ En todo caso, las circunstancias del litigio principal deben

4. No cabe desconocer que si bien estas obligaciones desempeñan un importante papel como mecanismo de protección de los consumidores frente a los riesgos propios del comercio electrónico, de la normativa de la UE resulta un complejo y extenso entramado de obligaciones que puede resultar disuasorias para quienes pretenden desarrollar su actividad comercial a través de internet así como encarecer los productos disponibles a través de esa vía de comercialización, y da lugar, además, a una excesiva regulación que puede generar el riesgo de que internet sea un medio en el que se tolere un cierto nivel de cumplimiento de las obligaciones legales, habida cuenta de la complejidad de estas y las elevadas cargas que imponen a los operadores, *vid.* A. Haines, *Verbraucher schützende Informationspflichten für Webseiten – Bedarfsgerechte Angaben oder Überregulierung?* Dissertation, Münster, 2008, págs. 287-288.
5. La transposición de la Directiva –que en España exigirá en particular la reforma de aspectos importantes de la LGDCU– debe llevarse a cabo a más tardar el 12 de diciembre de 2013 si bien se prevé que las medidas de transposición que se adopten sean de aplicación a partir del 13 de junio de 2014.
6. STJ de 4 de julio de 2012, C-49/11, *Content Services*.
7. No obstante, esta conclusión de la Sentencia no excluye que otro tipo de obligaciones de información impuestas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información puedan ser satisfechas mediante la inclusión en un lugar apropiado de su sitio de internet de un hipervínculo permanente claramente identificable que enlace con la página en la que se halle la información relevante. En particular, esa cabe entender que es la situación con carácter general con respecto a la obligación de información general impuesta en el artículo 10.1 LSSI (art. 5.1 DCE), que impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la obligación de disponer de los medios que permitan «acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita» a la información que detalla, considerando que el cumplimiento de esas condiciones es determinante para dar por cumplida la obligación de facilitar la información (art. 10.2 LSSI). Asimismo, en principio, cabe entender que tal posibilidad resulta admisible también, entre otras, con respecto a obligaciones de información

llevar a valorar que no parece apropiado excluir con carácter general que información accesible a través de un enlace pueda entenderse puesta a disposición en soporte duradero, por ejemplo, en circunstancias en las que el enlace da acceso a un archivo susceptible de ser descargado por quien activa el enlace, de modo que la información se traslada a la esfera de control de su destinatario -en el sentido del apartado 48 de la sentencia-; sin perjuicio de que la eventual caracterización de ese archivo como soporte duradero es un elemento distinto de (y compatible con) que la mera provisión de un enlace al mismo no satisfaga la obligación de que la información relevante sea facilitada al consumidor tal como exige la normativa aplicable.

3. En el entramado normativo de protección de los consumidores destacan por su importancia las reglas sobre cláusulas abusivas (artículos 82 a 91 LGDCU que contienen la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Estas normas resultan determinantes del control del contenido de los contratos concluidos mediante el uso de condiciones generales de la contratación, como es característico de los diversos servicios de entretenimiento en línea. La protección que proporcionan las normas sobre cláusulas abusivas se proyecta sobre el conjunto de la contratación electrónica de consumo, incluidos los contratos a través de los cuales se prestan servicios a consumidores sin contraprestación económica por parte de estos.⁸ La importancia en internet de los modelos de negocio basados en el ofrecimiento de servicios gratuitos ha llevado a una situación en la que servicios de gran importancia para los destinatarios (correo electrónico, almacenamiento de información, redes sociales, blogs...), a los que pueden aportar valiosos contenidos y cuyo funcionamiento puede ser fuente de grandes riesgos para los usuarios y terceros son proporcionados a consumidores sin contraprestación económica por parte de estos en circunstancias en las que el control del contenido de las condiciones generales resulta de gran importancia para garantizar una tutela efectiva de los intereses de los consumidores.

En la jurisprudencia europea reciente, reviste particular interés desde esta perspectiva la sentencia *Freunde-Finder* del Landgericht de Berlín 6 de marzo de 2012,⁹ que declara nulas una serie de cláusulas de las condiciones generales y de la política de uso de datos de Facebook y ordena a la red social -en concreto a Facebook Ireland Limited- que deje de emplearlas en sus relaciones con consumidores con residencia habitual en Alemania. Entre las cláusulas de las condiciones de Facebook que dicha sentencia considera ilícitas y cuyo uso prohíbe a Facebook se encuentran -al menos parcialmente- las que tienen que ver con: el amplio alcance de la licencia que los usuarios conceden a Facebook en relación con los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual que publican en la red social; la autorización que los usuarios conceden a Facebook para que utilice el nombre y la foto de perfil del usuario en conexión con el contenido comercial o patrocinado que Facebook sirva; el régimen previsto por Facebook en relación con la modificación unilateral de las condiciones; así como las imprecisas causas de terminación del acuerdo por parte de Facebook (que incluyen la infracción del «espíritu» de la Declaración o condiciones).

4. Desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores resulta necesario también hacer referencia al sector de la protección de datos personales. El elaborado régimen de control establecido en la legislación europea impone importantes obligaciones a los prestadores de servicios y facilita a los consumidores y otros posibles afectados tanto la presentación de reclamaciones ante las autoridades de control como el eventual ejercicio de acciones judiciales cuando sus derechos hayan sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales que no respete la legalidad.

Entre los aspectos de la legislación europea sobre protección de datos personales -actualmente en fase de revisión- más relevantes en este contexto se encuentra uno especialmente controvertido, como es el relativo a su ámbito de aplicación espacial. En particular se trata de una cuestión de gran interés con respecto a los supuestos en los que el responsable

previas a la contratación establecidas en el artículo 27 LSSI, si bien resultará de gran importancia que el texto del correspondiente enlace lo haga claramente identificable y, además, en el caso de la puesta a disposición previa con carácter general (antes de que se inicie el proceso de contratación) de las condiciones generales del contrato será necesario que el contenido al que dirija el enlace garantice que las condiciones que ahí figuren «puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario».

8. Vid. M. Granieri, «Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea», *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, págs. 125-143.
9. 16 O 551/10, *Computer und Recht*, 2012, págs. 270-274, nota de C. Piltz.

del tratamiento sostiene que se encuentra establecido en un tercer estado, lo que es frecuente en el caso de servicios de uso generalizado en la red como ciertos buscadores, redes sociales o prestadores de los más variados servicios de entretenimiento, cuya prestación implica el tratamiento de datos personales de los usuarios de los servicios y eventualmente de terceros.

2. Proveedores de servicios de entretenimiento en línea: tendencias de los operadores globales

5. La facilidad inherente a internet para la prestación de servicios en línea con alcance global se vincula con el interés de los prestadores de tales servicios por tratar de ofrecerlos de manera uniforme, típicamente expandiendo los términos en los que el servicio se configura a partir del marco normativo existente en el país de origen.¹⁰ Desde la perspectiva española y europea, debe tenerse en cuenta que la práctica de muchos de los prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra en un tercer estado, como ilustra la evolución de ciertos proveedores de servicios originarios de EE. UU., ha sido extender su modelo de negocio a todo el mundo tratando de prestar

sus servicios en los mismos términos a escala global. Esa opción, en la medida en que los términos contractuales puedan no estar adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea plantea obvios riesgos legales o, desde otra perspectiva, reclama una eficaz tutela de los derechos de los usuarios conforme a los estándares de la UE.

Ejemplos llamativos de esta tendencia cabe encontrarlos en la práctica de aquellos operadores que buscan uniformar el régimen legal aplicable a las relaciones que establecen con todos los usuarios de sus servicios (incluidos aquellos que en el sistema europeo son calificados como *consumidores* al contratar el servicio para un uso ajeno a su actividad profesional) mediante la previsión de que la ley aplicable al contrato es la ley del país de origen (típicamente, la de un estado de EE. UU.) acompañada de una cláusula que atribuye la competencia para resolver todas las controversias derivadas del contrato a los tribunales de ese territorio.¹¹

Una práctica extrema reflejo de esa tendencia a homogeneizar los términos contractuales a partir del modelo creado para el estado de origen del prestador se encuentra en la opción seguida por aquellos proveedores de servicios que en las versiones de las condiciones en idiomas distintos al del país de origen afirman que sobre el texto de la traducción que se facilita al usuario al contratar el servicio prevalece

10. Vid. A. Soler Presas, «Am I in Facebook?», *InDret*, <www.indret.com>, 3/2011, págs. 1-44, págs. 6-7.

11. Como ejemplos de tales cláusulas en sitios de internet aparentemente dirigidos a España cabe reseñar las siguientes: el primer párrafo de la cláusula 12.B de las condiciones de servicio de Twitter establece: «Estas Condiciones y cualquier acción relacionada con las mismas se regirán de conformidad con lo dispuesto por la ley del estado de California sin que resulten de aplicación los principios de conflicto de leyes de su estado o país de residencia. Por la presente, usted acepta que toda reclamación, procedimiento o litigio que surja en relación con los servicios se someterá de manera irrevocable a los tribunales federales o estatales situados en el condado de San Francisco, California, Estados Unidos y, asimismo, por la presente se somete a la jurisdicción y sede de distintos tribunales y renuncia también a plantear cualquier excepción de *forum non conveniens*» <https://twitter.com/tos>; la cláusula 16 del «Acuerdo de condiciones de uso de Myspace.com» <http://es.myspace.com/> establece: «El Acuerdo se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes del estado de Nueva York, sin tener en cuenta sus disposiciones sobre conflictos de leyes. Usted y Myspace aceptan someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales con asiento en el Estado de Nueva York para resolver cualquier controversia que surja en relación con el Acuerdo o los Servicios Myspace [...]», <http://www.myspace.com/Help/Terms?pm_cmp=ed_footer>; el apartado 1 de la sección relativa a «Conflictos» de las condiciones de servicio de Facebook establece: «Resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto (colectivamente, "demanda") que tengas con nosotros surgida de o relacionada con la presente declaración o exclusivamente con Facebook en un tribunal estatal o federal del condado de Santa Clara. Las leyes del estado de California rigen esta declaración, así como cualquier demanda que pudiera surgir entre tú y nosotros, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes. Aceptas someterte a la competencia de los tribunales del condado de Santa Clara, California, con el fin de litigar dichas demandas» <http://es-es.facebook.com/legal/terms>; por último, al final de las «Condiciones de servicio de Google», (aplicables, por ejemplo, a la prestación de servicios como Google+ a quien accede desde España al servicio en español) cabe encontrar la siguiente cláusula «Las leyes del estado de California (Estados Unidos) se aplicarán a cualquier litigio que se derive de estas condiciones o de los servicios o que esté relacionado con los mismos, sin que tengan efecto las disposiciones sobre conflictos de leyes. Tanto Google como tú aceptáis someteros a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de Santa Clara (California, Estados Unidos) para solucionar las reclamaciones derivadas de estas condiciones o de los servicios o relacionadas con los mismos» <http://www.google.es/intl/es/policies/terms/regional.html>.

la versión de esas condiciones en el idioma original.¹² Cabe entender que típicamente declaraciones de ese tipo carecerán de eficacia en la medida en que el usuario utiliza para contratar el servicio únicamente su idioma (de modo que no acepta ni tiene por qué poder conocer el texto de las condiciones en su versión original), por lo que, sin perjuicio de otras consideraciones, normalmente será posible concluir incluso con respecto a quienes no puedan ser considerados consumidores que se trata de condiciones que el adherente que contrata la prestación del servicio en español no ha tenido oportunidad real de conocer al tiempo del contrato, lo que determina que no queden incorporadas al mismo conforme al artículo 7.a. de la Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación.¹³

6. La tendencia de operadores globales a tratar de prestar sus servicios a escala global conforme a unas reglas uniformes y con sometimiento en todo caso a los tribunales de un mismo país (típicamente su país de origen) obedece a una obvia racionalidad económica. Ese planteamiento facilita el control de sus riesgos legales y reduce los costes asociados a ese control, al pretender evitar tener que adaptar la prestación de sus servicios a las legislaciones de las decenas de países en las que se encuentran los destinatarios de los mismos. Además, busca concentrar todos los litigios relativos a la prestación de tales servicios en los que se pueda ver implicado ante los tribunales de un único lugar previamente seleccionado por el predisponente.¹⁴ En el plano práctico este último

aspecto puede encontrar obstáculos en la medida en que decisiones adoptadas por los tribunales de ese lugar no sean susceptibles de reconocimiento y ejecución en otros estados (como los de residencia de ciertos usuarios de los servicios) en los que el prestador del servicio pueda estar interesado en que también desplieguen sus efectos procesales.

Más allá de la racionalidad económica del modelo desde la perspectiva de los prestadores de servicios, sus implicaciones para otros intereses en presencia hacen que su aplicación con carácter general a la prestación de servicios a escala global incluso a destinatarios de los mismos que gocen de una especial protección, como es el caso de los consumidores en la UE, resulte conflictivo.¹⁵ Por otra parte, la circunstancia de que la contratación y prestación de los servicios tenga lugar a través de internet no impide apreciar que dicha prestación puede presentar una conexión muy estrecha con países distintos al de origen del prestador, en particular aquellos en los que se encuentran destinatarios de sus servicios, de modo que tales países legítimamente pueden pretender regular ciertos aspectos de esas transacciones.¹⁶

Desde la perspectiva española y europea una circunstancia muy relevante es que la configuración de los mecanismos de protección de los consumidores reseñados en el epígrafe precedente presenten en principio significativas

12. Así, al inicio de las «Condiciones que aceptas al usar Facebook» (según el texto del enlace que da acceso a las mismas) cabe encontrar en la versión en español la siguiente declaración «Este acuerdo se ha redactado en inglés de Estados Unidos. En caso de existir discrepancias entre el original y una versión traducida, el original en inglés es el documento vinculante», <<http://es-es.facebook.com/legal/terms>>; por su parte, con carácter previo a las condiciones de servicio de Twitter en español cabe encontrar la siguiente afirmación «Esta traducción se presenta solamente para su conveniencia. La versión en inglés prevalece ante un eventual conflicto entre la traducción y la versión en inglés», <<https://twitter.com/tos>>.
13. Acerca de en qué medida resulta aplicable la LCGC a la formación de los contratos internacionales a los que no sea de aplicación el régimen específico de los contratos de consumo al no tener el adherente la condición de consumidor, *vid.* P. A. de Miguel Asensio, «Contratación comercial internacional», J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3.ª ed., Madrid, Iustel, 2011, págs. 264-265.
14. El interés para los operadores de esa concentración de los litigios se ve acentuado por el escaso desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias que puedan resultar plenamente eficaces en la litigación internacional de consumo. De cara al futuro, las iniciativas legislativas emprendidas en el ámbito de la UE deberían contribuir a facilitar el recurso a tales mecanismos de gran potencial en el entorno digital que facilita litigios transfronterizos relativos a pequeñas cuantías, *vid.* Propuesta de Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo), de 29 de noviembre de 2011, COM(2011) 793 final; y Propuesta de Reglamento sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo), de 29 de noviembre de 2011, COM(2011) 794 final.
15. Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2009.
16. No cabe, sin embargo, desconocer que esta situación puede favorecer una fragmentación del entorno digital que obstaculice la prestación de servicios a escala global, *vid.* C. Chen, «United States and European Union Approaches to Internet Jurisdiction and their Impact on E-Commerce», *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 25, 2004, págs. 423-454.

diferencias a ambos lados del Atlántico,¹⁷ algo que también cabe predicar con respecto al significado del derecho fundamental a la protección de datos personales.¹⁸ Por ello, el modelo de expansión del negocio desde EE. UU. basado en el empleo de condiciones contractuales uniformes para todos los mercados puede plantear dificultades, en particular en la medida en que tales condiciones acarrean eventualmente el menoscabo de los estándares de protección de los consumidores residentes en la UE. Ciertamente la opción de esos prestadores de servicios, en la medida en que los términos contractuales puedan no estar adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea plantea obvios riesgos legales o, desde otra perspectiva, reclama una eficaz tutela de los derechos de los usuarios conforme a los estándares de la UE. La diferencia en los estándares de protección dificulta la coordinación entre los diversos sistemas, lo que repercute especialmente en el entorno global en el que puede desarrollarse el comercio electrónico.¹⁹

3. Tutela de los consumidores: acceso a la justicia y régimen aplicable

7. Como punto de partida cabe afirmar que los residentes en España que utilizan las redes sociales u otro tipo de servicios semejantes para un uso ajeno a su actividad profesional quedan típicamente comprendidos entre quienes se benefician del régimen de protección establecido para los consumidores en el Reglamento Bruselas

I (arts. 15-17) y del Reglamento Roma I (art. 6), habida cuenta de que tal categoría comprende a las personas que celebran el contrato «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional».²⁰ Cuando el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, prevalece una interpretación según la cual esta es considerada consumidor si el vínculo del contrato con la actividad comercial de la persona es tan tenue que resulta marginal.²¹

Si bien los mecanismos de tutela de los consumidores en la contratación internacional establecidos en estos reglamentos solo protegen en relación con contratos que presentan una significativa vinculación con el mercado doméstico del consumidor,²² normalmente se proyectarán sobre los celebrados por consumidores domiciliados en un estado miembro con proveedores de servicios de redes sociales y otros servicios de entretenimiento que operan en el mercado europeo aunque tengan su (principal) establecimiento en terceros estados.²³

8. Tanto en el marco del Reglamento Bruselas I -art. 15.1.c.- como del Reglamento Roma I -art. 6.1.b.- el régimen de protección resulta normalmente aplicable a los contratos celebrados por consumidores que tienen su residencia habitual en un estado miembro con empresas que por cualquier medio dirijan sus actividades comerciales a ese país o a distintos países, incluido ese país, si el contrato está comprendido en el ámbito de dichas actividades. Para valorar si un sitio de internet va dirigido (junto a otros) al

17. Vid. M. Zehentner, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, Baden-Baden, Nomos, 2004, págs. 123-161 (en relación con las obligaciones de información), págs. 161-189 (con respecto al control de las condiciones generales de la contratación) y págs. 201-217 (en relación con el derecho de desistimiento).
18. Vid., v. gr., J. R. Reidenberg, «E-Commerce and Transatlantic Privacy», *Houston Law Review*, vol. 38, 2001, págs. 717-749.
19. E. A. O'Hara, «Choice of Law for Internet Transactions: the Uneasy Case for Online Consumer Protection», *U. Pa. L. Rev.*, vol. 153, 2005, págs. 1883-1950.
20. Vid. P. A. de Miguel Asensio, «Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues», *AIDA*, vol. XX, 2011, págs. 3-38, pág.11.
21. STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, *Gruber*.
22. Vid., v. gr., B. Heiderhoff, «Art 6 Rom I-VO», T. Rauscher (Hrsg.), *EuZPR/EuIPR*, Munich, Sellier, 2011, págs. 321-322.
23. No obstante, en el caso del Reglamento Bruselas I, conforme a su artículo 4 cuando el demandado no está domiciliado en un estado miembro, la competencia judicial debe determinarse en cada estado miembro por su legislación de fuente interna (en el caso de la sentencia reseñada del *Ladgericht* de Berlín de 6 de marzo de 2012, cabe apreciar que la demandada era Facebook Ireland Limited, quien también se presenta como quien ofrece el sitio www.facebook.es). Ahora bien, el Reglamento Bruselas I se encuentra en fase de revisión -iniciada mediante la Propuesta de 14 de diciembre de 2010, COM(2010) 748- y en el marco de esa revisión se prevé extender la aplicación de sus reglas de competencia judicial (al menos en los litigios de consumo) a las situaciones en las que la empresa tiene su domicilio en un tercer estado. En la medida en que esa extensión no tenga lugar, en España continuará siendo de aplicación a los casos en los que el domicilio del demandado se encuentre en un tercer estado -es decir, que no sea miembro ni de la UE ni del Convenio de Lugano de 2007 (DO 147 L 10.06.2009) - el artículo 22.4 LOPJ que incorpora también una norma de competencia específica en materia de contratos de consumo inspirado en el Convenio de Bruselas, antecedente del Reglamento Bruselas I.

país de la residencia habitual del consumidor deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente, por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en ese determinado mercado.

Entre los elementos que pueden ser relevantes (aunque no necesariamente lo serán en todos los casos ni cada uno por sí solo resultará determinante), cabe mencionar, sin carácter exhaustivo: el idioma en que esté redactado el sitio (que en todo caso es un mero indicio, en particular, en el caso de idiomas hablados en múltiples países, como el español o el inglés); la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de teléfonos o direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios (y una actuación coherente con tales avisos); el uso de un nombre de dominio geográfico; el tipo de productos o servicios comercializados (por ejemplo, si requieren el envío de un bien material a una dirección del país del domicilio del consumidor y, por lo tanto, el conocimiento previo por el comerciante); el volumen de transacciones (o accesos) con (potenciales) clientes de un determinado país; la existencia de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes estados, y la inclusión de publicidad del sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado.²⁴

En el caso de los prestadores que proveen servicios a escala global, con presencia de contenidos en español relativos

a la prestación del servicio y que tienen un número muy elevado de usuarios en España no resultará normalmente problemático concluir que las actividades de tales prestadores en el marco de las cuales se integran sus contratos con consumidores con residencia habitual en España se encuentran dirigidas, entre otros países, a España.

9. En lo relativo al acceso a la justicia, la eventual aplicación del régimen de protección previsto en los artículos 15 a 17 Reglamento Bruselas I resulta determinante de que los consumidores puedan demandar ante los tribunales de su propio domicilio incluso aunque en las condiciones contractuales se establezca -como en los ejemplos antes reseñados- que acuerdan con el prestador del servicio atribuir competencia para conocer de cualquier litigio entre ellos a los tribunales del estado de origen del prestador de servicios.²⁵ De acuerdo con el artículo 17 del Reglamento Bruselas I típicamente las reglas de competencia del artículo 16 del Reglamento prevalecen sobre las cláusulas incluidas en las condiciones generales de prestación de los servicios que prevén la competencia de tribunales distintos a los del domicilio del demandado.²⁶ En virtud del artículo 16, el consumidor puede en estos casos interponer la demanda ante el tribunal de su propio domicilio, al tiempo que la empresa solo puede demandar ante el tribunal del domicilio del consumidor.²⁷

En el caso de que el prestador del servicio presentara su demanda ante el tribunal designado como competente en las cláusulas contractuales en un acuerdo de ese tipo, la eventual decisión adoptada por ese tribunal no sería típicamente susceptible de reconocimiento y ejecución en el

24. En su sentencia de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, el Tribunal de Justicia proporciona la siguiente lista no exhaustiva de elementos relevantes como indicios para concretar si las actividades van dirigidas al estado del domicilio del consumidor a los efectos del artículo 15.1.c. RBI: el carácter internacional de la actividad de que se trate; la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del estado miembro en que está establecido el vendedor o la utilización de nombres de dominio de primer nivel genéricos o neutros en lo que se refiere a la localización de su titular (como «.com» o «.eu»); la descripción de itinerarios desde otro u otros estados miembros al lugar de la prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes estados miembros con testimonios de dichos clientes; el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las empleadas habitualmente en el estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el profesional o empresario.
25. Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., 2007, Navarra, Civitas, 167-173; y J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6.ª ed., 2011, Navarra, Civitas, págs. 542-547.
26. Vid. Z. Tang, «Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-Commerce», *J. Priv. Int'l L.*, vol. 1, 2005, págs. 237-268; R. Arenas García, «Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional», *Estudios sobre consumo*, n.º 85, 2008, págs. 45-60; A. López-Tarruella Martínez, «Aspectos de Derecho internacional privado de las relaciones jurídicas en Internet», M. Peguera Poch, *Principios de Derecho de la sociedad de la información*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, págs. 976-979.
27. Cuando el domicilio del demandado no se encuentre en un estado miembro de la UE ni del Convenio de Lugano de 2007 la posibilidad en tales circunstancias por parte de los consumidores domiciliados en España de demandar ante los tribunales españoles resultará normalmente de lo establecido en el artículo 22.4 LOPJ, vid. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., págs. 968-970.

estado miembro del domicilio del consumidor (ni en principio en ningún otro estado miembro), como consecuencia de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que llevan a rechazar la eficacia de las decisiones extranjeras adoptadas en violación de los fueros de competencia en materia de contratos de consumo.²⁸ Ahora bien, también cabe apreciar como una resolución, adoptada por los tribunales del país de la residencia habitual del consumidor, cuya competencia fuera consecuencia de dejar sin efecto un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales del estado de origen del prestador de servicios, podría no ser reconocido en países -en particular, el de origen del prestador de servicios- cuyos sistemas de competencia judicial internacional no establecen mecanismos de protección de los consumidores similares al contenido en los artículos 15 a 17 del Reglamento Bruselas I.

10. Con respecto al régimen normativo aplicable, el sistema de protección de los consumidores establecido en el artículo

6 Reglamento Roma I es normalmente determinante de que en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación resulte restringida la eficacia de las cláusulas contractuales en virtud de las cuales se prevé como aplicable al contrato una ley distinta de la del país de residencia habitual del consumidor, como es el caso típicamente de las cláusulas reseñadas en las que se prevé la elección de una legislación de Estados Unidos con respecto a la prestación de servicios a consumidores con residencia en España.²⁹

En concreto, la aplicación a este tipo de situaciones del artículo 6 RRI³⁰ llevará normalmente a apreciar que la previsión en las condiciones de que la ley aplicable es la del estado de EE. UU. no puede acarrear que el consumidor se vea privado de la protección que le proporcionan las normas imperativas de la legislación española, como es el caso de las contenidas en la LGDCU (de conformidad también con lo previsto en el artículo 67 LGDCU).³¹ Entre esas normas imperativas se encuentran las relativas a las condiciones

28. Si bien el artículo 35.1 del Reglamento Bruselas I que prevé que no se reconocerán las resoluciones si el tribunal de origen hubiera desconocido las disposiciones de los artículos 15 a 17 del Reglamento solo serán de aplicación respecto de las resoluciones adoptadas por los tribunales de un estado miembro -al igual que sucede con la norma equivalente del Convenio de Lugano de 2007-, en la medida en que las resoluciones procedan de terceros estados -como resultará típicamente de los acuerdos previstos en las cláusulas antes reseñadas que atribuyen competencia a tribunales de EE. UU.- respecto de los consumidores a los que fuera aplicable el régimen de protección de los consumidores establecido en el Reglamento Bruselas I, Convenio de Lugano o artículo 22.4 LOPJ, el rechazo a reconocer la eficacia de tales resoluciones en España debe afirmarse también cuando el régimen de reconocimiento aplicable sea el establecido en el sistema de fuente interna (en particular en el marco del artículo 954 de la antigua LEC de 1881 todavía aplicable en virtud de la remisión contenida en la disposición derogatoria de la LEC de 2000).
29. Habida cuenta del ámbito de aplicación universal del Reglamento Roma I (art. 2) sus normas son de aplicación por los tribunales de los estados miembros incluso si el litigio presenta vínculos con terceros estados, como EE. UU.
30. La previsión del apartado 4 del artículo 6 Reglamento Roma I según la cual sus apartados 1 y 2 no resultan de aplicación a los contratos de prestación de servicios, «cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual», no debe comprender en las situaciones típicas contratos en los que los servicios son utilizados por el consumidor a través de internet desde el país de su residencia habitual, *vid.* P. A. de Miguel Asensio, «Social...», *loc. cit.*, pág. 12; y T. Pfeiffer, M. Weller y C.F. Nordmeier, «Art. 6 Rom I», G. Spindler y F. Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien (Kommentar)*, 2.^a ed., Munich, CH Beck, 2011, pág. 325.
31. Ante los límites de la armonización de la legislación europea en materia de contratos de consumo, el criterio establecido en el artículo 6 del Reglamento Roma I puede implicar significativos costes para los operadores que dirigen sus actividades a varios estados miembros de la Unión Europea, en la medida en que les obliga a respetar los estándares de protección de los consumidores establecidos en las legislaciones de cada uno de esos estados miembros. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011 -COM(2011) 635 final- con el objetivo fundamental de favorecer las transacciones transfronterizas en el mercado único prevé la adopción de un conjunto autónomo de normas de derecho contractual que incluye normas comunes de protección de los consumidores. Si bien los contratos de prestación de servicios, como los que son objeto preferente de este estudio, quedan al margen de la normativa proyectada, esta sí abarca los contratos de suministro de contenidos digitales incluso si no se paga un precio por el contenido digital. Según la Propuesta, la aplicación de la normativa común dependería de que las partes hubieran acordado que el contrato quede regido por ella. En caso de elección, la propuesta prevé que las normas de la normativa común sean las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación y en el marco de la ley estatal aplicable al contrato. En todo caso, prevé que el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a una elección de la ley aplicable en virtud del artículo 3 RRI. Para una visión crítica desde EE. UU. acerca del potencial impacto de este instrumento para reducir los costes de transacción, E. Posner, «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *The University of Chicago, Institute for Law and Economics Working Paper Series*, < <http://ssrn.com/abstract=2049594> >, págs. 1-12, esp. págs. 7-8.

generales y cláusulas abusivas, un ámbito sustancialmente armonizado en el marco europeo desde la adopción de la Directiva 93/13/CEE. Esta constatación no impide apreciar que en relación con aquellos contratos que no sean de consumo el artículo 3 RRI admite con carácter general que la ley aplicable sea la elegida por las partes, elección que típicamente puede llevarse a cabo mediante condiciones generales de la contratación.

11. La sentencia del Landgericht de Berlín de 6 de marzo de 2012 antes reseñada, que declara la nulidad de ciertas cláusulas de las condiciones generales y de la política de uso de datos de Facebook y ordena que deje de emplearlas en sus relaciones con consumidores con residencia habitual en Alemania, resulta muy ilustrativa de los riesgos legales que para los prestadores de servicios implica la práctica basada en la expansión universal del modelo desarrollado desde el país de origen. Además, esta sentencia puede hacer surgir otras dudas acerca de la efectividad de los controles y de la aplicación del marco normativo imperativo en el conjunto de la Unión Europea.

Al margen de la eventual influencia de esta sentencia lo cierto es que ya antes ese prestador de servicios de red social preveía un régimen específico para los usuarios residentes en Alemania,³² que entre otras cosas preveía -y prevé- la aplicación del derecho alemán al contrato como excepción a la cláusula de sus condiciones generales que establece la aplicación de las leyes del estado de California.³³ Ahora bien, la opción de prever un régimen específico y diferenciado para los residentes en Alemania resulta también cuestionable, habida cuenta de que cabe entender que normalmente será inapropiada para que la red social adapte sus condiciones generales a lo que le es exigible en relación con el conjunto de la UE, habida cuenta del contenido, entre otras, de la Directiva 93/13/CEE y de los condicionantes derivados del artículo 6 del Reglamento Roma I.

No obstante, el contraste entre la situación en Alemania y en España parece poner de relieve la menor atención prestada en España por los actores relevantes (la sentencia reseñada tiene su origen en una demanda interpuesta por una asociación de consumidores) a los riesgos que estas redes sociales y las condiciones que establecen para la prestación de sus servicios plantean a los consumidores. La circunstancia de que los servicios se presten de forma gratuita parece ser un elemento condicionante del menor escrutinio de las condiciones generales de prestación de estos servicios. Más allá de que pese a su carácter gratuito la prestación de esos servicios genera en la práctica grandes ingresos, resulta destacable la circunstancia de que las condiciones de ciertos prestadores afectan a millones de usuarios en España, así como que estos servicios han adquirido una gran importancia para múltiples actividades de sus usuarios, lo que va asociado a la trascendencia que para ellos tiene el modo como operan tales servicios. Todo ello parece reclamar un mayor esfuerzo de los actores implicados para asegurar que las condiciones bajo las que se prestan esos servicios a los usuarios residentes en España son plenamente respetuosas con las normas españolas de protección de los consumidores.

4. Protección de datos personales

12. El tratamiento de datos personales de los usuarios -y con frecuencia de terceros- es normalmente de gran importancia en relación con la prestación de servicios de entretenimiento en línea,³⁴ en un entorno en el que con frecuencia la difusión de publicidad a través de los servicios resulta la principal fuente de ingresos del prestador.³⁵ La precisión del ámbito de aplicación de la normativa europea sobre protección de datos personales -que se caracteriza en el panorama comparado por prever un régimen estricto de control y un nivel elevado de protección de los afectados vinculado a la caracterización como fundamental del dere-

32. Cabe observar una cierta correlación entre el contenido de esa sentencia sobre este aspecto y las cláusulas que en virtud del régimen específico previsto son modificadas por Facebook a favor únicamente de los usuarios residentes en Alemania.

33. En concreto, el último inciso de la sección «Disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residan en Estados Unidos» de las condiciones de servicio de Facebook <<http://es-es.facebook.com/legal/terms>> establece: «Las condiciones aplicables específicamente a los usuarios de Facebook en Alemania están disponibles aquí», y remite a una página en alemán donde se recogen las condiciones específicas que se aplican a los usuarios de Facebook residentes en Alemania.

34. M. Vilasau Solana, «Privacidad, redes sociales y el factor humano», A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, Thomson Reuters Civitas, 2010, págs. 55-81.

35. Vid. M. Peguera Poch, «Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad», A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho...*, op. cit., págs. 355-380.

cho a la protección de datos personales- presenta especial interés con respecto a la posición de ciertos prestadores de servicios globales, como algunos de los principales proveedores de redes sociales y de motores de búsqueda. En realidad, la aplicación efectiva de la legislación de la UE (y de las normas nacionales de transposición) a estos prestadores para salvaguardar los derechos de los afectados europeos ha sido limitada. Ello a pesar de que millones de afectados cuyos datos son tratados por esas redes sociales tienen su residencia en la UE.³⁶ En relación con los prestadores de estos servicios establecidos o que tienen su origen en terceros estados, una adecuada delimitación del ámbito de aplicación de la legislación europea de protección de datos es de gran importancia para controlar los riesgos de que disfruten de una importante ventaja competitiva en la medida en que una deficiente aplicación de la normativa por parte de las autoridades competentes de los estados miembros de la UE a esos prestadores les permita proporcionar ese tipo de servicios a usuarios situados en la UE sin tener que introducir y aplicar las costosas exigencias y restrictivas prácticas que, para proteger a los afectados cuyos datos son objeto de tratamiento, impone la legislación europea.

La interpretación del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales (que tiene su reflejo en el artículo 2 de la Ley orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal), relativo a su ámbito de aplicación, ha sido fuente de intensa polémica en relación con las actividades desarrolladas a través de internet.³⁷ Las dudas al respecto se han visto favorecidas por las propias carencias del texto legal e incluso las diferencias entre las diversas versiones lingüísticas -en particular, en la versión inglesa el artículo 4.1.c. emplea el término potencialmente más restrictivo «equipment» donde la española dice «medios». Componente básico de esa polémica ha sido la idea de

que una interpretación muy amplia del criterio de los medios puede resultar en determinadas situaciones excesivo con respecto a ciertos responsables del tratamiento establecidos fuera de la UE. Ahora bien, más allá de esa preocupación, manifestada especialmente en relación con la eventual aplicación de la legislación europea en materia de *cookies* a prestadores de servicios que solo ocasionalmente interactúan con afectados en Europa, la realidad genera dudas acerca del alcance efectivo de la labor de supervisión que las autoridades de protección de datos europeas (de estados miembros de la UE) vienen desempeñando para velar por la aplicación de la legislación en la materia en relación con ciertos grandes prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para éstos, el tratamiento de datos personales constituye un activo fundamental determinante de su principal fuente de ingresos (la publicidad), al tiempo que el respeto a la legalidad por parte de tales prestadores resulta esencial para la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales de decenas de millones de afectados en el conjunto de la Unión Europea.

13. La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia mediante Auto de 27 de febrero de 2012³⁸ en relación con ciertas actividades del buscador Google pone de relieve las dudas que parecen existir en el actual marco normativo en relación con la aplicación de la legislación europea en materia de protección de datos a prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra fuera de la Unión Europea. Esta cuestión prejudicial puede ser ilustrativa de que una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la legislación europea también podría ser fuente de dificultades. Conforme al artículo 4 de la Directiva, simplificando, la legislación europea resulta aplicable cuando el tratamiento se realice en el marco de las actividades de un establecimiento del

36. De hecho, pese al carácter en principio bastante menos riguroso de la legislación de EE. UU. en materia de datos personales, cabe apreciar como las iniciativas de las autoridades estadounidenses parecen condicionar en mayor medida la evolución de las prácticas -también en el mercado europeo- de los principales operadores en la materia, ante las carencias de una efectiva aplicación de la legislación europea. A este respecto, cabe reseñar la propuesta de acuerdo de transacción entre la *Federal Trade Commission* (FTC) y Facebook de 29 de noviembre de 2011, consultado en <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129facebookagree.pdf>>. La propuesta tiene un singular valor como compromiso llamado a condicionar el abandono por Facebook de ciertas prácticas consideradas particularmente lesivas en materia de protección de datos. En este contexto reviste también especial interés el informe de auditoría en materia de protección de datos de Facebook Ireland Ltd. publicado el 21 de diciembre de 2011 por el comisario de protección de datos de Irlanda <<http://dataprotection.ie/viewdoc.aspx?m=f&fn=/documents/Facebook%20Report/final20report/report.pdf>>. El particular interés de este informe desde la perspectiva española y del conjunto de la UE se vincula con la circunstancia de que los usuarios de Facebook residentes en cualquier estado miembro de la UE al aceptar las condiciones de uso de Facebook quedan vinculados contractualmente con Facebook Ireland Ltd. y no con Facebook Inc. según esas condiciones

37. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., págs. 332-339.

38. Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 2012, procedimiento ordinario 725 /2010.

responsable en la UE o, en su defecto, cuando el responsable no establecido en la UE utilice en el tratamiento medios situados en territorio español.

El concepto de *establecimiento* en el marco del artículo 4 de la Directiva es un término muy amplio en el que -como señala la propia Audiencia- lo determinante es el ejercicio efectivo y real en el país en cuestión de una actividad mediante una instalación estable con independencia de la forma jurídica de esta, lo que puede ser muy relevante al valorar si la existencia de una filial dedicada a comercializar servicios básicos para la rentabilidad y viabilidad del servicio que presta la empresa matriz resulta determinante para apreciar que esta tiene un establecimiento en España a los efectos de la Directiva. Por otra parte, ha tendido a hacerse una interpretación amplia del criterio de la utilización de medios por las autoridades nacionales en materia de protección de datos, como recoge la práctica del llamado *grupo de trabajo* sobre protección de datos del artículo 29, que menciona el Auto.

Ciertamente tratándose de las actividades de un prestador de servicios que tiene decenas de millones de usuarios en la UE, que dirige sus servicios (entre otros) a los países de la UE, que ofrece espacios publicitarios específicamente dirigidos a anunciantes interesados en comercializar sus productos o servicios en países de la UE, que dispone de establecimientos en estados de la UE dedicados a la comercialización de servicios esenciales para la rentabilidad del buscador... parece razonable que quede sometido a la legislación de la UE en materia de datos personales (lo cual no implica pronunciarse en absoluto sobre el fondo del asunto). Cualquier otro resultado menoscabaría gravemente la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y constituiría una discriminación intolerable para los prestadores de servicios establecidos en la UE que favorecería la deslocalización de estos servicios a países con un marco menos estricto en materia de protección de datos (o incluso carentes de cualquier regulación en la materia).

14. Las dificultades asociadas a la referencia a la utilización de medios en la UE como criterio determinante de la aplicación de la legislación de la UE en materia de datos personales con respecto a las actividades de responsables establecidos en terceros estados ha llevado de cara al futuro

a prever una modificación de los criterios que delimitan el ámbito de aplicación de la legislación europea. En este sentido la Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)³⁹ prescinde del criterio de utilización de medios en la UE y opta por otro que cabe entender que clarifica la aplicación de la legislación sobre protección de datos de la UE a actividades de prestadores de servicios que carezcan de establecimiento en la UE pero tengan una presencia significativa en el mercado de la UE, al tiempo que trata de evitar la aplicación de la legislación de la UE a situaciones que no presentan una conexión suficiente con la UE.

En concreto, el artículo 3.2 de la Propuesta prevé que el Reglamento «se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, o b) el control de su conducta». El criterio propuesto se asimila al que inspira el alcance de los regímenes de protección en materia de contratos de consumo de los Reglamentos de Bruselas I y Roma I ya reseñados basado en que el comerciante dirija sus actividades al país del domicilio del consumidor.

15. Como novedad frente a la situación previa, la Propuesta no solo contempla la unificación de la legislación de la UE en la materia, en la medida en que se opta por sustituir el empleo de directivas por un reglamento, lo que va unido en la Propuesta a una distribución de competencias entre las agencias nacionales de control que puede plantear dificultades en particular desde la perspectiva de los afectados, en la medida en que se prevé que respecto de las actividades de responsables o encargados establecidos en varios estados miembros, la competencia para controlar sus actividades en todos los estados miembros es la autoridad de control del estado miembro en que esté situado el establecimiento principal del responsable o del encargado (art. 51.2).

Entre los riesgos de este planteamiento, se encuentra el que puede facilitar conductas estratégicas a la hora de fijar el establecimiento principal, en particular por parte de prestadores procedentes de terceros estados, habida

39. COM (2012) 11 final, de 25 de enero de 2012.

cuenta de las tradicionales diferencias entre las agencias de control de los estados miembros, si bien no cabe desconocer que la Propuesta prevé introducir normas unificadas sobre las funciones y poderes de esas agencias. La atribución de la competencia para conocer de eventuales reclamaciones en todo caso a la autoridad de control del establecimiento principal del responsable, si bien puede ser muy favorable para los intereses de este, podría suponer un importante menoscabo desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los afectados que residan en otros estados miembros y cuyas reclamaciones se refieran a tratamientos de datos en relación con servicios que han utilizado desde el estado miembro de su residencia.

De hecho, en relación con el ejercicio de acciones judiciales (típicamente por la vía civil) por parte del afectado frente al responsable o encargado del tratamiento, el artículo 75.2 de la Propuesta prevé que tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual con carácter alternativo a los de cualquier estado miembro en el que el responsable o el interesado tenga un establecimiento. Entre tales acciones se encuentran las que puede ejercitar el afectado para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia de una operación de tratamiento de datos ilegal conforme al artículo 77. La norma de competencia judicial prevista en el artículo 75.2 de la Propuesta resulta

muy favorable para la posición del interesado, que se vincula con la importancia de garantizar el acceso a la justicia en relación con la tutela de un derecho fundamental. Esta regla específica -de ser finalmente adoptada- sería de aplicación preferente al Reglamento Bruselas I de acuerdo con su artículo 67, si bien el criterio adoptado se muestra próximo al que resulta en el sistema del Reglamento Bruselas I de la interpretación hecha del mismo por el Tribunal de Justicia, especialmente en su sentencia *eDate Advertising*.⁴⁰

Por ello, teniendo en cuenta la importancia en el plano práctico para la protección efectiva de los derechos de los afectados de las reclamaciones ante las agencias nacionales de control, parece cuestionable la previsión del artículo 51.2 de la Propuesta en el sentido de atribuir la competencia al efecto con carácter general únicamente a la autoridad del estado miembro del establecimiento principal del responsable o encargado, lo que podría suponer un serio menoscabo para la posición de los afectados cuya residencia habitual se encuentre en otro estado miembro. Precisamente, la configuración de las normas de competencia en materia de protección de los consumidores así como el criterio adoptado en el artículo 75.2 de la Propuesta en relación con las acciones judiciales y la interpretación por el Tribunal de Justicia del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en relación con las violaciones de derechos de la personalidad en la mencionada sentencia *eDate Advertising* avalan esta idea.

Cita recomendada

De MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2012). «Entretenimiento en línea y protección de los consumidores». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 17-30. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-de-miguel/n15-de-miguel-es>>
 DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1616>
 ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

40. STJ de 25 de octubre de 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising*.

Acerca del autor

Pedro Alberto de Miguel Asensio
 pdmigue@der.ucm.es
 Catedrático de Derecho Internacional Privado
 Universidad Complutense de Madrid

Pedro Alberto de Miguel Asensio es catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid desde 2006. Es doctor en Derecho por la UCM y máster de Derecho (LL. M.) por la Universidad de Ámsterdam. Ha sido profesor visitante en la Harvard Law School (2005-2006) y es miembro del European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property y uno de los redactores de los European Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property. Es corelator del Committee on Intellectual Property and Private International Law de la International Law Association. Ha impartido cursos y conferencias en numerosas universidades españolas y de otros países, como Alemania (Universidad de Bayreuth, Max-Planck-Institute), Colombia, Estados Unidos, (Universidad de Harvard), Francia (Toulouse), Luxemburgo, Italia (Universidades de Pavía y Padua), Japón (Kyushu y Tokio) México, Panamá y Portugal (Universidad de Lisboa), especialmente en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales. Entre los libros de los que es autor cabe destacar *Derecho privado de Internet* (4.ª ed., 2011), *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, *Derecho del comercio electrónico*, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria* y *Contratos internacionales sobre propiedad industrial* (2.ª ed. 2000). Entre los libros de los que es coautor destacan *Derecho de los negocios internacionales* (3.ª ed., 2011) y *Derecho internacional privado (Textos y materiales)* (2.ª ed., 2012). Ha publicado asimismo más de un centenar de estudios en libros colectivos y en revistas especializadas en diversos países, incluyendo Alemania, Bélgica, España, EE. UU., Italia, Japón, Francia, México, Portugal y Reino Unido, que en su mayor parte están accesibles desde <http://pedrodemiguelasensio.com>.

Facultad de Derecho
 Universidad Complutense de Madrid
 Ciudad Universitaria
 28040 Madrid
<http://www.ucm.es/>

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

«Jardines vallados» y la *Stationers' Company 2.0*

Greg Lastowka

Profesor de Derecho

Universidad de Rutgers (EE. UU.)

Fecha de recepción: octubre de 2012

Fecha de aceptación: octubre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

El derecho de autor nació para regular el comercio de las obras impresas, no para proteger los intereses de los autores. El *Estatuto de Anne* vino a cambiar esta situación, confiriendo los derechos al autor, lo que creó la posibilidad de entablar negociaciones previas a la publicación. Hoy en día, este pacto se está rompiendo. En nuestra era de computación en la nube y de la Web 2.0, intermediarios no autores proporcionan plataformas que constituyen las herramientas para la autoría, la publicidad y la distribución comercial. En este nuevo ecosistema vemos un regreso al modelo de la *Stationers' Company*, donde las facultades legales sobre la producción de los autores se atribuye a los dueños de las tecnologías intermediarias. De este modo, el futuro del derecho de autor en el entorno digital parece cada vez más un retorno a su época histórica original, donde los autores juegan el papel de vasallos sometidos a los señores de las plataformas en que trabajan.

Palabras clave

web 2.0, contenido generado por el usuario

Tema

derechos de autor

Walled Gardens & the Stationers' Company 2.0

Abstract

Copyright law originated as a law designed to regulate the commerce of printing, not as a law designed to protect the interests of authors. The Statute of Anne changed this by vesting copyright with the author

and thereby creating the possibility of pre-publication negotiations. Today that bargain is being broken. In our era of cloud-computing and Web 2.0, non-author intermediaries provide platforms that constitute the tools of authorship, the tools of publicity, and the tools of commercial distribution. Within this new ecosystem, we are seeing a return to the model of the Stationers' Company, where legal power over authorial production is vested in the hands of the owners of intermediary technologies. The future of digital copyright thus increasingly resembles a return to its early history, as authors play the legal role of vassals beholden to the lords of the platforms where they labor.

Keywords

web 2.0, user-generated content

Topic

copyright

1. Introducción

1.1. Lecciones de la frontera virtual

Mi último libro, *Virtual Justice*, describe la intersección entre derecho y mundos virtuales como *World of Warcraft* y *Second Life* (Lastowka, 2010). El régimen jurídico de estas tecnologías puede parecer un tema muy específico, pero en realidad los mundos virtuales son como un pequeño charco que, cuando se observa desde el ángulo correcto, refleja un universo mucho más amplio. Aquí querría describir cómo la consideración del régimen jurídico de los mundos virtuales me llevó a sentir preocupación por el futuro de los derechos de autor. Si bien los mundos virtuales son tecnologías nuevas, el modo en que inciden en la configuración del derecho no es una novedad. En *Virtual Justice*, hacía una analogía entre los mundos virtuales y los castillos. Los castillos fueron nuevas tecnologías, disruptivas para la sociedad, que solucionaron algunos problemas sociales urgentes, crearon problemas nuevos, dieron lugar a nuevas formas de cultura y permitieron nuevas formas de autoridad (Janin, 2004). Originaron nuevos sistemas de derecho: nuevos tribunales, nuevas jurisdicciones, nuevas nociones de propiedad y nuevos tipos de relaciones jurídicas. Los castillos fueron también una tecnología que sus propietarios utilizaron para ofrecer una alternativa al sistema de gobierno existente. Las mismas cosas podrían decirse de los mundos virtuales.

Aunque en *Virtual Justice* traté muchos campos del derecho, evité un tema hasta el último capítulo: los derechos de autor. No lo hice así porque pensaba que no son importantes para los mundos virtuales, sino porque lo son demasiado. De hecho, cuando hablaba con juristas sobre mundos virtuales,

siempre había alguien que preguntaba: «¿los derechos de autor no proporcionan una respuesta a este problema?» ¿Pero, de qué modo podrían los derechos de autor «solucionar» el derecho virtual? El razonamiento era el siguiente: un mundo virtual es una obra creativa hecha con software. Los derechos de autor confieren a los autores el poder de controlar la disponibilidad de sus obras creativas. Así, del mismo modo en que una autora como J. K. Rowling tiene (en teoría) el control absoluto sobre los usos de sus narraciones, también el propietario de un mundo virtual debería tener el control absoluto de todo cuanto acontece en el entorno virtual. De este modo todos los problemas quedarían solucionados.

Este razonamiento nunca me convenció. Como especialista en derecho de autor, sabía que no se creó para ser un sistema de gobernanza. Así pues, en mi libro presenté los muchos problemas de los mundos virtuales a los que el derecho de autor no logra dar respuesta. Por ejemplo, si en un mundo virtual se calumnia a un avatar, el problema legal no lo soluciona el derecho de autor. De modo similar, si dos usuarios de un mundo virtual celebran un contrato hallándose en jurisdicciones diferentes, los derechos de autor no dan una respuesta a los correspondientes problemas de jurisdicción. Por último, si un pirata informático escribe un fragmento de código malicioso que roba moneda virtual de cuentas de jugadores y después vende esa moneda con fines lucrativos, el derecho de autor no se ocupa del daño causado a las víctimas del robo virtual o de las sanciones que recaen sobre el pirata informático por adquirir y vender bienes virtuales.

Lo cierto es que tenía tanto interés en centrarme en estos problemas que dediqué poco tiempo a hablar sobre el

derecho de autor en los mundos virtuales. Y, no obstante, como el narrador de *El corazón delator* de Poe, creo que mis esfuerzos por enterrar la intersección del derecho de autor con los mundos virtuales han hecho que esta intersección emerja con fuerza en mis pensamientos. Me doy cuenta de que quizás reaccioné de forma exagerada ante la «solución» ofrecida. ¿Podría ser el derecho de autor nuestro futuro sistema de gobernanza virtual?

1.2. El derecho de autor en los mundos virtuales

Si lo pensamos bien, el derecho de autor impregna de modo sorprendente todos los aspectos de los mundos virtuales. Consideremos por ejemplo, un acto social celebrado en un «jardín vallado» del mundo real. Si nadie está grabando la fiesta (algo poco probable en estos tiempos de omnipresentes teléfonos inteligentes), la misma no tendrá ninguna trascendencia desde el punto de vista del derecho de autor. Un jardín vallado –incluso un precioso jardín vallado– no está protegido por el derecho de autor, creo yo (Hunter, 2005). Ahora imaginemos un acto social celebrado en un jardín vallado en *Second Life*. Un «jardín» en *Second Life* es una producción sintetizada que incluye texturas en 2D, esculturas en 3D, sonidos, *scripts* informáticos y quizás otros elementos creativos. Todos estos elementos podrían estar sujetos a derechos de autor separados. Además, una vez unidos, estos elementos se presentan a los participantes mediante el software de servidor y cliente de *Second Life*, que está protegido por el derecho de autor y tiene que estar licenciado para que pueda instalarse legalmente en el ordenador del usuario.

Los propios participantes en la fiesta van vestidos de derecho de autor. Para construir su otro-yo social en *Second Life*, utilizan componentes protegidos por derechos de autor, con los que combinan su propia labor creativa para fabricar cuerpos protegidos por derechos de autor, que visten ropas protegidas por derechos de autor y se mueven mediante animaciones protegidas por derechos de autor.

Si durante el acto en el «jardín vallado» de *Second Life* los invitados se expresan –si charlan, dibujan, filosofan, mueven objetos–, esas contribuciones podrían quedar también dentro del ámbito de los derechos de autor. Si se proporcionan herramientas más sofisticadas (por ejemplo vídeo incrustado), como ocurre en *Second Life*, mayores pueden ser los problemas que se planteen desde el punto de vista del derecho de autor. Lo que descubrí en mi estudio de los mundos virtuales es que cuando uno junta a personas

en línea en un entorno rico en herramientas, el resultado es esencialmente una colonia de artistas. La gente charlará a través de la creación de cosas y se socializará colaborando en proyectos de autor (Benkler, 2006).

Y esta es la parte más curiosa de la historia de los derechos de autor: la mayoría de los contenidos protegidos creados por usuarios serán propiedad de la plataforma en la que los usuarios crean (o por lo menos esta tendrá una licencia). En algunos casos, las plataformas pueden incluso requerir que los usuarios les transfieran sus derechos de autor. Caí en la cuenta de esto hacia el final de *Virtual Justice*, lo que hizo que terminara el libro con la siguiente nota:

«Los mundos virtuales son a menudo creaciones ricas y complejas, por lo que su protección mediante los derechos de autor es bien merecida. Sin embargo, en el caso del usuario, el derecho de autor se percibe más frecuentemente como una fuente de riesgo que debe tratarse y utilizarse de modos que sirvan a los intereses de quienes monetizan las plataformas. Como campesinos que labran campos alrededor de un castillo medieval, los usuarios prestarán su trabajo y creatividad para generar el valor de la plataforma del mundo virtual, a menudo pagando por el privilegio de hacerlo.»

1.3. Ampliando el marco: contenido generado por el usuario

Por supuesto, los mundos virtuales no son los únicos sitios en los que la gente crea contenidos en línea. En muchas comunidades en línea de hoy en día vemos que tienen lugar exactamente las mismas formas de compartición, creación y entretenimiento. Tomemos, por ejemplo, todas las fotografías publicadas en Flickr. Recientemente, el fotógrafo holandés Erik Kessels creó una *instalación* en la que imprimió todas las fotos subidas a Flickr en un día. Los montones eran enormes. Observándolos, uno se da cuenta de la imposibilidad de ver toda la producción de Flickr en un día. Al parecer, en 2011 se publicaron seis mil millones de fotografías en Flickr. Y YouTube proclama con orgullo que cada minuto se suben 4.000 minutos de vídeo. Es imposible ver ni tan si quiera un uno por ciento del contenido que alberga YouTube.

Si estas estadísticas son abrumadoras, pensemos en todas las otras formas de contenido creado y compartido en línea: tuits de Twitter, blogs, recetas, imágenes divertidas de gatos, software de código abierto, música, creaciones de fans de

personajes de ficción, patrones de punto, remedios caseros, artículos de revistas jurídicas, o incluso simples páginas web. Y, por supuesto, está Facebook. Al parecer, tres mil millones de fotos nuevas se suben a Facebook cada mes, lo que lo convierte en más que un rival para Flickr. Facebook no es un mundo virtual tal como yo defino el término, pero ciertamente consiste en personas que tratan de socializar expresándose a sí mismas y entreteniéndose unas a otras con nuevos contenidos.

¿Qué conclusiones sacamos de esto? Hasta ahora, parece que la ley no le presta demasiada atención. Las industrias tradicionales de derechos de autor tienen muy poco que ganar involucrándose en el fenómeno del contenido generado por los usuarios, y estas son las industrias que contratan abogados. La atención que se le presta es más bien negativa. Si algo hace la creatividad amateur es interferir en el modo en que la industria del entretenimiento se ve a sí misma. Críticos como Andrew Keen, Mark Helprin y muchos otros han advertido que la creciente ola de contenido generado por usuarios socava el estatus cultural y el modelo económico de los creadores profesionales (Keen, 2008; Helprin, 2009).

En el modelo de la industria de derechos de autor, el público consume el contenido vendido por quienes pagan a profesionales creativos. Así es como funciona hoy en día el derecho de autor. Sin embargo, el contenido generado por el usuario responde a un modelo diferente, ya que gran parte del mismo se produce sin expectativas de lucro. Este cambio es importante, ya que, si la atención del consumidor permanece constante, el contenido profesional pasará a desempeñar un papel menor en la cultura. El público se entretendrá a sí mismo. Incluso podría pagar para entretenerse a sí mismo. Y esto crea una oportunidad de negocio para las plataformas -mundos virtuales, Flickr, YouTube, Facebook y muchos, muchos otros- que proporcionan herramientas, albergan contenido, colocan anuncios, rastrean el comportamiento de los usuarios y buscan otras formas de monetizar su posición.

1.4. Contenido generado por el usuario y derecho de autor

Por el momento, voy a ser agnóstico acerca de la valencia normativa del contenido generado por el usuario. Algunos, como Andrew Keen, lo presentan como un apocalipsis cultural, mientras que otros lo anuncian como el nacimiento de una nueva era de cultura participativa, producida entre iguales, de muchos a muchos, remezclada, *prosumidora*, de

wikis libres y *crowdsourcing* (Benkler, 2006; Lessig, 2008; Shirky, 2010). Como han dicho voces más moderadas, se trata más bien de un poco de ambas cosas. No pretendo profundizar aquí sobre esta cuestión.

Lo que quiero apuntar es que este giro hacia una creatividad *amateur* es enormemente importante desde el punto de vista cultural. Desde una perspectiva económica, los contenidos generados por los usuarios tienen una gran relevancia en el conjunto agregado, aunque obviamente, la trascendencia económica de cada elemento considerado individualmente es muy escasa. La típica foto de Flickr, el típico vídeo de YouTube, el típico post de blog, o piel de *Second Life*, o mundo de *Minecraft*, no generan dinero en absoluto. Los abogados de derechos de autor no se harán ricos por lo pronto representando a creadores de UGC (contenido generado por el usuario). Si los abogados de derechos de autor no ven en estos trabajos un campo potencial para su actuación profesional, lo más probable es que tampoco vean mucho derecho de autor en los mismos.

Hoy, el dinero para aspectos legales relacionados con el derecho de autor en el ámbito digital se invierte en crear un nuevo conjunto de leyes contra la piratería en línea, no en nuevas leyes para los contenidos generados por los usuarios. El divorcio entre la tecnología digital y los medios de producción creativa está generando mucho más ruido que este extraño, nuevo y armonioso matrimonio. Pero me preocupa que al centrarnos exclusivamente en nuevas leyes para detener a la piratería, perdemos de vista algo vital en la transformación del derecho de autor. Esta vorágine emergente de creatividad humana es el verdadero genio de internet y la verdadera fuente de su valor económico. Todavía nos encontramos en las fases iniciales de la utilización de su potencia y características peculiares. El derecho debería prestar más atención al modo en que los derechos de autor -incluso estos derechos de autor «marginales»- están siendo afectados por el cambio.

2. ¿Dónde quedan los autores?

2.1. El propósito histórico de los derechos de autor

Como es sabido, el derecho de autor fue un régimen legal que respondía a una particular tecnología de reproducción. La primera respuesta, por lo menos en Inglaterra, permitió a una potente asociación comercial, la *Stationers' Company*

de Londres, ejercer un poder de monopolio sobre el «copy-right» (derecho de copia) que tenía poco que ver con el objetivo de proteger los derechos de autores creativos (Lowenstein, 2002; Patterson, 1968; Rose, 1993). El sistema contemporáneo de derechos de autor en el Reino Unido -y en Estados Unidos por posterior adopción- es un sistema que se originó a partir del *Estatuto de Anne*, que modificó ostensiblemente ese preexistente «derecho de copia» para crear un derecho para los autores, no para los editores.

Sin embargo, según algunos, la creación de la ley fue primordialmente una estrategia política de la *Stationers' Company* para perpetuar el monopolio del que había gozado antes. La historia es compleja y no está del todo clara, pero está comúnmente aceptado que los orígenes prácticos del derecho de autor en los sistemas inglés y americano tuvieron poco que ver con proporcionar compensaciones económicas por la creatividad. Y sin embargo, hoy declaramos sistemáticamente que el derecho de autor se está para compensar a los autores, no a los intermediarios.

¿Podría ser que la web 2.0 estuviera llevándonos hacia atrás en el tiempo? Me preocupa que pueda ser así. En lo que respecta a los mundos virtuales y otras plataformas, el derecho de autor parece estar convirtiéndose en una herramienta dirigida a los autores y diseñada para cosechar su trabajo. Esto es particularmente cierto con respecto a la creciente abundancia de creatividad amateur. Para ilustrarlo, quisiera hablar sobre cuatro casos que se encuentran en la intersección del contenido generado por el usuario y el derecho de autor. Los dos primeros casos -que son los que comento con detalle en el último capítulo de *Virtual Justice*- tratan sobre mundos virtuales.

Reconozco que se trata de casos singulares. Tres de los cuatro casos se refieren a compañías que discuten sobre la legalidad de determinados comportamientos de los usuarios, a pesar de que los usuarios no son parte en el procedimiento. Pero son casos que sugieren que las plataformas podrían estar creando un nuevo *status quo* legal en relación con el contenido generado por los usuarios; un *status quo* que debería preocuparnos.

2.2. *Marvel v. NCSOft*: El derecho de autor como límite a la creatividad

City of Heroes era un mundo virtual que, como sugiere el título, ofrecía a los jugadores la capacidad de convertirse en un superhéroe. Uno de los principales reclamos comerciales

era un conjunto de herramientas que permitía a los jugadores diseñar sus propios trajes de superhéroe. De hecho, algunas personas jugaban a *City of Heroes* sobre todo para utilizar esa herramienta de creación de personajes («Character Creation Engine»). Jugaban principalmente diseñando nuevos trajes y mostrándolos en concursos de moda en el mundo virtual. Pero el derecho de autor convirtió esta herramienta en un problema. Marvel Comics, la propietaria de la *Patrulla X* y de otros superhéroes protegidos por derechos de autor, sostenía que los usuarios creaban avatares que se parecían a personajes propiedad de Marvel. Así pues, Marvel demandó a los creadores del juego, NCSOft y Cryptic Studios, por permitir a los jugadores de *City of Heroes* crear superhéroes que infringían sus derechos.

Los demandados trataron de que se desestimara el caso, argumentando que de ninguna manera proporcionar herramientas creativas a los jugadores podía constituir una violación de los derechos de autor. Dicha petición de desestimación fue rechazada, y posteriormente las partes llegaron a un acuerdo de carácter reservado.

A primera vista, el caso *Marvel* podría parecer similar a otros en los que estaban implicadas plataformas, como Napster o YouTube, donde el demandado aloja material que infringe los derechos de autor. Quienes alojan contenido en línea se ven arrastrados con frecuencia a conflictos entre sus usuarios y los titulares de derechos de autor. En Estados Unidos, en la mayoría de casos pueden invocarse los «puertos seguros» de la *Digital Millennium Copyright Act* para evitar responsabilidad. Si el intermediario sigue los procedimientos establecidos y retira el contenido infractor en cuanto recibe la oportuna notificación, puede evitar incurrir en responsabilidad por infracción.

Sin embargo, el caso *City of Heroes* es algo diferente. Los demandados no solo albergaban el contenido que considerado infractor, sino que también proporcionaban las herramientas que los jugadores utilizaban para crear ese contenido. Y los jugadores no se limitaban a crear elementos inconexos que subían a los servidores de los demandados, sino que utilizaban el software altamente personalizado que estos les ofrecían para crear avatares que encajaban en el mundo de los demandados, y que otros jugadores veían en el contexto de ese mundo virtual.

El caso *Marvel v. NCSOft* ilustra varias cuestiones. Primero, podemos ver que hoy en día las plataformas en línea alojan

y hacen posibles ciertas formas de autoría por vías más complejas y sin precedentes. En efecto, aquí los jugadores-autores estaban claramente construyendo el valor de la plataforma de un modo novedoso. Segundo, es destacable que los avatares -algunos de los cuales Marvel afirmaba que infringían los derechos de autor- se creaban sin ninguna expectativa de comercialización. De hecho, según los términos de servicio del sitio web de los demandados, los derechos de autor sobre las creaciones de los jugadores pertenecían a los demandados, no a los jugadores. Tercero, el pleito de Marvel no solo amenazaba con evitar que los jugadores infringieran derechos de autor. También amenazaba con impedirles crear contenido no infractor.

Parece extraño pensar que los derechos de autor puedan utilizarse como un medio para mantener ciertas herramientas creativas fuera del alcance del público, pero esto es exactamente lo que el pleito de Marvel amenazaba con hacer, y quizá podría haberlo logrado si las partes no hubieran llegado a un acuerdo. ¿Quitar las herramientas creativas de las manos del público es una función propia del derecho de autor? Yo diría que no, y por tanto el caso *Marvel* es problemático como heraldo de la intersección entre derechos de autor contenido generado por los usuarios.

2.3. *MDY v. Blizzard Entertainment*: Los derechos de autor como gobernanza

Recientemente se litigó en California el caso *MDY v. Blizzard*, que trataba sobre la creatividad en otro mundo virtual: *World of Warcraft*. Michael Donnelly es un programador informático que escribió y vendió un programa llamado *Glider*. *Glider* funcionaba para automatizar actividades de avatares en *Warcraft*. Así, por ejemplo, si querías que tu avatar en el juego buscara metales preciosos en un paisaje, *Glider* automatizaba este proceso por ti, lo que te permitía dormir mientras tu avatar trabajaba sin parar.

Puesto que algunas tareas en *World of Warcraft*, como buscar metales preciosos, pueden ser tanto provechosas como aburridas, *Glider* se convirtió en un programa popular. La compañía de Donnelly ganó millones de dólares con las ventas. Seguramente un factor que contribuyó a este éxito fue que algunos de los beneficios de buscar metales preciosos y otras actividades repetitivas podían traducirse en beneficios en el mundo real. Así, los granjeros de videojuegos (que venden bienes virtuales por dinero real) constituían una parte importante -aunque ni mucho menos la totalidad- de los clientes de Donnelly.

Por varias razones, a Blizzard no le entusiasaban los granjeros de videojuegos ni la automatización de avatares. El principal razonamiento ofrecido por la compañía era que *Glider* arruinaba el entorno del juego a los jugadores. Así, Blizzard amenazó con demandar a Donnelly si no retiraba el software del mercado. Donnelly preventivamente presentó una demanda contra Blizzard, con la que quería conseguir una declaración de que su negocio era legal.

La reconvenición que Blizzard presentó contra Donnelly incluía dos alegaciones basadas en derechos de autor. Primero, Blizzard argumentaba que las acciones automatizadas (*botting*) que llevaban a cabo los jugadores con el software *Glider* constituían una violación de sus términos de servicio y de su acuerdo de licencia de usuario final. Seguía el argumento señalando que dado que los jugadores utilizaban el software del juego en virtud de una licencia de propiedad intelectual, esas violaciones contractuales podían dejar a los *botters* fuera de la licencia, dando lugar así a infracciones de derechos de autor. En definitiva, Blizzard quería utilizar el derecho de autor como un medio para especificar lo que los jugadores podían o no podían hacer al utilizar su software.

El segundo argumento de Blizzard basado en el derecho de autor era que el software *Glider*, al eludir la detección del software *antibotting* de Blizzard, garantizaba a los jugadores acceso a obras de Blizzard protegidas por derechos de autor. En efecto, Blizzard había intentado utilizar un programa de software -*Warden*- para detectar a los jugadores que utilizaban el software *Glider* y para evitar que accedieran al servicio de Blizzard. Sin embargo, Donnelly había conseguido reescribir el código de *Glider* para impedir la detección por parte del programa *Warden*.

Para formular su reclamación, Blizzard se apoyó en la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998, una ley que prohíbe la elusión de tecnologías de gestión de derechos digitales (DRM) para obtener acceso a obras protegidas por derechos de autor. Blizzard alegaba que vendiendo un programa de *botting* que eludía *Warden*, Donnelly había traficado con herramientas de elusión y violaba así la DMCA.

El tribunal del distrito falló a favor de Blizzard en las dos reclamaciones basadas en derechos de autor. En apelación, el Noveno Circuito revocó el fallo en cuanto a la primera de estas reclamaciones, señalando que la disposición contractual *antibotting* se dirigía a establecer reglas de juego y no había sido prevista por las partes como una restricción relacionada con los derechos de autor en el uso del soft-

ware. Sin embargo, confirmó la declaración de infracción con respecto a la elusión del software *antibotting Warden*. Esta breve descripción no hace justicia a las difíciles cuestiones del caso *MDY*, pero mi propósito aquí no es exponer la complejidad doctrinal de los derechos de autor y las licencias. Tan solo quería señalar el extraño modo en que el derecho de autor se aplicó en este caso. Se supone que el derecho de autor debe fomentar el desarrollo de nuevas creaciones y evitar que otros copien y utilicen dichas obras. En el caso *MDY*, los jugadores presuntamente infractores eran simplemente usuarios del software que actuaban de un modo que el propietario del mundo virtual no aprobaba. El objetivo del pleito era evitar la distribución y el uso de una pieza de software creativa que servía a las necesidades de un mercado y que no copiaba obras protegidas por derechos de autor.

En otras palabras, el caso *MDY* demuestra que quizás mi percepción sobre la naturaleza del derecho de autor era equivocada, y que en efecto el derecho de autor podría constituir un régimen de gobierno de la comunidad.

2.4. *Power Ventures*: El derecho de autor como «jardín vallado»

Mi tercer ejemplo es el pleito de Facebook contra *Power.com*, una compañía ya disuelta que en su momento ofrecía a sus usuarios la posibilidad de acceder a servicios de diversas redes sociales desde una única plataforma. Al efecto de agregar diferentes tipos de datos de usuarios en plataformas distintas, *Power.com* pedía a sus usuarios autorización para acceder a sus cuentas en varias plataformas.

Al principio *Power.com* intentó negociar con Facebook para obtener acceso a las cuentas de los usuarios, pero las negociaciones no fructificaron. Al final, Facebook trató de bloquear el acceso de *Power.com* a la plataforma más o menos del mismo modo en que Blizzard intentó bloquear el *Glider* de *MDY* para interactuar con *World of Warcraft*. Y del mismo modo en que *MDY* trató de eludir el bloqueo, *Power.com* desarrolló estrategias para eludir los intentos de bloqueo de Facebook. Como Blizzard, Facebook planteó reclamaciones contra *Power.com* basadas en los derechos de autor y en la DMCA.

Lo curioso del caso *Power.com* es que Facebook, a diferencia de Blizzard, se dedica principalmente a proporcionar una plataforma para usuarios que comparten información. Facebook no es un proveedor de contenidos, sino un conducto

para los contenidos. Hay muy poca autoría creativa apreciable en el sitio web de Facebook más allá de los contenidos añadidos por los usuarios. En su demanda, Facebook no fue capaz de especificar qué obra sujeta a derechos de autor había infringido *Power.com* accediendo a la plataforma. A pesar de ello, cuando *Power.com* solicitó la desestimación de la demanda, el tribunal se puso del lado de Facebook. Declaró que: «Facebook ostenta los derechos de autor sobre cualquiera de las páginas de su sistema, incluido el material que se halla en dichas páginas más allá del contenido del usuario, como gráficos, vídeos y archivos de sonido. Basta con que los demandados accedan a una página y copien su contenido para cometer una infracción de los derechos de autor.».

Además, el tribunal dio crédito a la alegación de Facebook de que sus propios usuarios habían violado los derechos de autor al autorizar a *Power.com* para acceder al sitio web de Facebook. Sostuvo el tribunal que si los hechos alegados por Facebook eran ciertos, «cuando un usuario de Facebook da acceso a *Power.com* al sitio web de Facebook, se crea una copia no autorizada de la página del perfil del usuario. La creación de una copia no autorizada mediante el uso del software de los demandados podría constituir una violación de los derechos de autor». Así pues, una vez más, se consideró que los usuarios de una plataforma -que son quienes de hecho crean el contenido valioso en la misma- eran potenciales infractores, en virtud de los derechos de autor que ostenta la plataforma. De nuevo, el derecho de autor se vuelve en contra de los usuarios que proporcionan el contenido que hace valiosa la plataforma.

2.5. *Turnitin*: Siervos de la copia

Mi último caso, *A.V. v. iParadigms* quizás no es tan extraño como los anteriores, ya que aquí los usuarios-creadores fueron los demandantes. Se supone que es así como debe funcionar el derecho de autor, esto es, que son los autores quienes deben enfrentarse a los eventuales infractores.

Sin embargo, lo que hacía este caso inusual era que el propietario de la plataforma, en este caso una compañía llamada *iParadigms*, argumentaba que tenía derecho a comercializar las obras protegidas sin necesidad de compensar a sus autores. Los autores habían dado autorización a *iParadigms* para ello. Eran estudiantes de instituto que redactaban trabajos escolares y a quienes la escuela les exigía que entregaran sus trabajos a la plataforma con ánimo de lucro de la demandada. La función de *Turnitin* recuerda el propósito de censura del sistema de derechos

de autor en el siglo XVII. Servía para comprobar que los trabajos no estaban copiados, y se añadían a la base de datos de Turnitin para detectar eventuales plagios futuros. Si los estudiantes no utilizaban el servicio de los demandados, obtenían un cero en sus trabajos, de modo que su éxito escolar estaba condicionado a la renuncia a sus derechos de autor. Para utilizar el servicio, se requería a los demandantes que se sometieran a los términos de servicio del sitio web Turnitin haciendo clic en botón «Acepto». Los estudiantes entregaban los trabajos, tal y como se les pedía, pero (ingeniosamente) incluían avisos («disclaimers») declarando que no consentían que sus trabajos se archivaran en la plataforma de los demandados. Aun así, los trabajos fueron incorporados a la base de datos comercial de los demandados.

Los estudiantes recurrieron, pues, al derecho de autor para su protección. No tuvieron éxito.

El tribunal declaró que el uso no autorizado del trabajo de los estudiantes no constituía violación de derechos de autor. Sostuvo que los términos contractuales de Turnitin impedían que su demanda pudiera prosperar, y ello a pesar de que a los estudiantes se les exigía que entregaran sus trabajos para aprobar, y a pesar de que eran menores y presumiblemente incapaces de celebrar un contrato de cesión de sus derechos de autor.

El tribunal entendió también que el uso de los trabajos de los estudiantes en un servicio de detección de plagio con ánimo de lucro era un «uso legítimo» (*fair use*) que escapaba del ámbito del control de los demandantes. Finalmente, consideró plausible la alegación de iParadigms, en el sentido de que, al acceder a sus servicios de un modo que excedía el ámbito del acuerdo de licencia, los estudiantes podrían haber violado la ley criminal federal.

Algunos autores vieron el caso Turnitin como una victoria para el *fair use* en el derecho de autor. Pero aquí tan solo quiero apuntar que, una vez más, una plataforma logró desposeer a unos creadores de sus derechos de propiedad intelectual, y se lucró con ello.

¿Adónde se dirige el derecho de autor?

2.6. Conclusión

Puede que cuatro casos no basten para indicar una tendencia. No obstante, mi preocupación es que los autores amateurs que utilizan plataformas de web 2.0 van a tener derechos de autoría insignificantes. Esto es un problema, o por lo menos debería serlo. Tras la era de la *Stationers' Company*, se suponía que el derecho de autor debía proteger a los autores y darles una nueva ventaja con respecto a los intermediarios de la información. Lo que vemos aparecer en la era de la web 2.0 se parece mucho más al sistema legal previo al Estatuto de Anne.

Quizás que el derecho de autor acabe siendo una regulación que beneficie principalmente a los editores, expensas de los autores. De hecho, tres de los casos vistos consiguieron excluir completamente del litigio al público creativo, al tiempo que los calificaba de infractores de derechos de autor. Si bien fue en los mundos virtuales donde primero detecté esta tendencia, parece que caracteriza a todas las plataformas que alojan creatividad popular.

En internet, parece que el derecho de autor pierde de vista al autor y se convierte en una ley de privilegio del intermediario. El futuro del derecho de autor bien podría ser el pasado.

Referencias:

AV ex rel. Vanderhuy v. iParadigms, LLC (2009). Decision of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, de 16 de abril, publicada en 562 F.3d 630.

BENKLER, Y. (2006). *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven, CT. Yale University Press.

Facebook v. Power Ventures (2009). Decision of the United States Court for the Northern District of California, de 11 de mayo. <http://scholar.google.com/scholar_case?case=2866781275432056322>

- HELPRIN, M. (2009). *Digital Barbarism: A Writer's Manifesto*. Harper Paperbacks.
- HUNTER, D. (2005). «Walled Gardens». *Washington & Lee Law Review*. Vol. 62, pág. 607.
- JANIN, H. (2004). *Medieval Justice: Cases and Laws in France, England, and Germany : 500-1500*. McFarland.
- KEEN, A. (2008). *The Cult of the Amateur: How blogs, MySpace, YouTube, and the rest of today's user-generated media are destroying our economy, our culture, and our values*. Crown Business.
- LASTOWKA, G. (2010). *Virtual Justice: The New Laws of Online Worlds*. New Haven, CT. Yale University Press.
- LESSIG, L. (2008). *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. The Penguin Press.
- LOEWENSTEIN, J. (2002). *The Author's Due: Printing and the Prehistory of Copyright*. University of Chicago Press.
- Marvel Enterprises v. NCsoft Corporation*(2005). Decision of the United States Court for the Central District of California, de 9 de marzo, publicada en 74 *United States Patent Quarterly* 1303.
- MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment*(2010). Decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, de 4 de diciembre, publicada en 629 F.3d 928.
- PATTERSON, L. R. (1968). *Copyright in Historical Perspective*. Vanderbilt University Press.
- ROSE, M. (1993). *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Harvard University Press.
- SHIRKY, C. (2010). *Cognitive Surplus: How Technology Makes Consumers into Collaborators*. Penguin.

Cita recomendada

LASTOWKA, Greg (2012). «'Jardines vallados' y la *Stationers' Company 2.0*». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 31-40. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]
 <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-lastowka/n15-lastowka-es>>
 DOI <http://10.7238/idp.v0i15.1643>
 ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

About the autor

Greg Lastowka
greglas@gmail.com
Rutgers School of Law
<http://www.camden.rutgers.edu/>

Greg Lastowka studies the intersection of intellectual property law and new technologies, with an emphasis on the laws of copyright and trademark and emergent Internet-based technologies. His past work has considered amateur digital creativity, the law of search engines, computer trespass and hacking, virtual worlds and video games, and authorial attribution interests. His current projects are listed on his personal site: <http://lastowka.rutgers.edu>

Rutgers School of Law
RUTGERS-CAMDEN
303 Cooper Street
Camden, NJ 08102-1519
United States

Monograph "Challenges and opportunities of online entertainment"

ARTICLE

Walled Gardens & the Stationers' Company 2.0

Greg Lastowka
 Rutgers School of Law

Submitted: October, 2012
 Accepted: October, 2012
 Published: November, 2012

Abstract

Copyright law originated as a law designed to regulate the commerce of printing, not as a law designed to protect the interests of authors. The Statute of Anne changed this by vesting copyright with the author and thereby creating the possibility of pre-publication negotiations. Today that bargain is being broken. In our era of cloud-computing and Web 2.0, non-author intermediaries provide platforms that constitute the tools of authorship, the tools of publicity, and the tools of commercial distribution. Within this new ecosystem, we are seeing a return to the model of the Stationers' Company, where legal power over authorial production is vested in the hands of the owners of intermediary technologies. The future of digital copyright thus increasingly resembles a return to its early history, as authors play the legal role of vassals beholden to the lords of the platforms where they labor.

Keywords

web 2.0, user-generated content

Topic

copyright

«Jardines vallados» y la Stationers' Company 2.0

Resumen

El derecho de autor nació para regular el comercio de las obras impresas, no para proteger los intereses de los autores. El Statute of Anne vino a cambiar esta situación, confiriendo los derechos al autor, lo que creó la posibilidad de entablar negociaciones previas a la publicación. Hoy en día, este pacto se

està rompiendo. En nuestra era de computación en la nube y de la Web 2.0, intermediarios no autores proporcionan plataformas que constituyen las herramientas para la autoría, la publicidad y la distribución comercial. En este nuevo ecosistema vemos un regreso al modelo de la Stationers' Company, donde las facultades legales sobre la producción de los autores se atribuye a los dueños de las tecnologías intermediarias. De este modo, el futuro del derecho de autor en el entorno digital parece cada vez más un retorno a su época histórica original, donde los autores juegan el papel de vasallos sometidos a los señores de las plataformas en que trabajan.

Palabras clave

web 2.0; contenido generado por el usuario

Tema

derechos de autor

1. Introduction

1.1. Lessons from the Virtual Frontier

My recent book *Virtual Justice* describes the intersection of law and virtual worlds such as *World of Warcraft* and *Second Life* (Lastowka, 2010). The law of these technologies may seem like a very specific subject, yet in fact virtual worlds are like a small puddle that, when viewed at the right angle, reflects a much broader universe. Here I want to describe how considering the law of virtual worlds led me to worry about the future of copyright law.

While virtual worlds are novel technologies, the way they are shaping law is not unprecedented. In *Virtual Justice*, I analogized virtual worlds to castles. Castles were new technologies that disrupted society, solved some pressing social problems, created new problems, led to new forms of culture, and enabled new forms of authority (Janin, 2004). Castles led to new systems of law: new courts, new jurisdictions, new notions of property, and new legal framings of relationships. Castles were also a technology used by their owners to offer an alternative to the existing system of government. The same things might be said of virtual worlds.

Although *Virtual Justice* touched on many fields of law, I avoided one topic until the last chapter: copyright. This was not because I thought copyright was unimportant to virtual worlds, but because it was too important. Indeed, whenever I talked with legal audiences about virtual worlds, it seemed someone always asked: "Doesn't copyright provide the answer to the problem you are discussing?" But how could

copyright "solve" virtual law? The thinking went like this: a virtual world is a creative work made of software. Copyright accords authors of creative works the power to control the disposition of their work. So, just as an author such as J. K. Rowling has (in theory) absolute control over the uses of her stories, so the owner of a virtual world should have absolute control over everything that occurs in the virtual environment. All problems are thusly solved.

That reasoning never sat well with me. As a copyright specialist, I knew that copyright was not created to be a system of governance. So, in my book, I front-loaded the many problems in virtual worlds that copyright fails to answer. For instance, if an avatar is defamed in a virtual world, copyright does not provide a solution to that legal problem. Similarly, if two users of a virtual world form a contract but are located in distant jurisdictions, copyright provides no answer to the jurisdictional problems in that situation. Finally, if a hacker writes a malicious piece of code that loots the virtual currency in player accounts and then sells that currency for a profit, copyright law does not address the harm done to the victims of the virtual theft or the tax consequences for the hacker of acquiring and selling virtual goods.

In truth, I was so eager to focus on all these problems that I spent precious little time talking about copyright in virtual worlds. Yet, like the narrator in Poe's "The Tell-Tale Heart," I feel my efforts to bury the intersection of copyright law and virtual worlds have now made that intersection loom large in my mind. I realize I may have overreacted to the tendered "solution"—perhaps copyright law is our future system of virtual governance?

1.2. Copyright law in virtual worlds

If you think about it, copyright law permeates all aspects of virtual worlds in amazing ways. Consider, if you will, a social event held in a real walled garden. As long as no one is recording the garden party (a dubious assumption in this age of ubiquitous smart phones), the party would have no copyright implications. A walled garden – even a very nice walled garden – is not subject to copyright protection, I would think (Hunter, 2005).

Now consider a social event held in a walled garden in *Second Life*. A *Second Life* garden is a synthetic production that includes 2D textures, 3D sculptures, animations, sounds, computer scripting, and perhaps other creative elements. All these elements might be subject to separate copyrights. Additionally, once they are merged together, these elements are presented to the attendees by the client and server software of *Second Life*, which is protected by copyright and must be licensed to be legally loaded onto a user's computer.

Attendees themselves are garbed in copyright. To construct their social selves in *Second Life*, they use copyright-protected components and merge their own creative labor with them to fabricate copyright-protected bodies adorned in copyright-protected clothing, moving via copyright-protected animations.

If, during the *Second Life* event, attendees express themselves in this walled garden – if they chat, draw, philosophize, move objects about – those contributions may also fall within the ambit of copyright. To the extent that more sophisticated tools (e.g. embedded video) are provided, as they are in *Second Life*, these may invoke even more concerns about copyright. What I found in my study of virtual worlds is that when one puts people together online in a tool-rich environment, the result is essentially an artist's colony. People will talk by making things and socialize by collaborating on authorial projects (Benkler, 2006).

And here's the curious part of the copyright story: most of the copyright-protected content created by users will be owned (or at least licensed) by the platform on which the users create. In some cases, platforms may even require the assignment of the user's copyright interest. This fact dawned on me toward the end of *Virtual Justice*, leading me to conclude the book on this note:

"Virtual worlds are often rich and complex artistic creations, so their protection under the aegis of copyright is certainly deserved. In the case of the user, however, copyright law is more often perceived as a source of risk that needs to be defused and harnessed in ways that serve the interests of those who are monetizing the platforms. Like peasants tilling fields around a medieval castle, users will lend their copyright labor and creativity in ways that build the value of the virtual world platform, often paying for the privilege to do so."

1.3. Broadening the frame: User-generated content

Of course, virtual worlds are hardly the only places where people create content online. In many online communities today, we see exactly the same sorts of sharing, creating, and entertaining taking place. For instance, take all the photography posted on Flickr. Recently, the Dutch photographer Erik Kessels created an installation in which he printed out all the photos uploaded in one day on Flickr. The piles were huge. Just seeing them, one realizes the impossibility of ever looking at a full day's output of Flickr. Apparently, as of 2011, six billion photographs had been posted to Flickr. Similarly, YouTube proudly proclaims that over 4,000 minutes of video are uploaded every minute. It is impossible for anyone to watch even one percent of the content YouTube is hosting.

While these statistics are mind-boggling, consider all the other forms of content created and shared online: Twitter tweets, blogs, recipes, lolcats, open-source software, music, fan fiction, knitting patterns, home remedies, law review articles, even simple web pages.

And, of course, there is Facebook. Apparently, three billion new photographs are uploaded to Facebook every month, making it more than a rival for Flickr. Facebook is not a virtual world as I define that term, but it certainly does consist of people trying to socialize by expressing themselves and entertaining each other with new content.

What do we make of this? So far, it seems the law pays very little attention. The traditional copyright industries have very little to gain from engaging with the phenomenon of user-generated content, and those are the industries that employ lawyers. To the extent attention is paid, it is largely negative. If it does nothing else, amateur creativity interferes with how the entertainment industry views itself.

Critics like Andrew Keen, Mark Helprin and many others have warned that the growing wave of user-generated content undermines the cultural status and economic model of professional creators (Keen, 2008; Helprin, 2009).

In the copyright industry model, the public consumes the content sold by those who pay creative professionals. This is how copyright law works today. However, the user-generated content model is different, since so much of it is produced without the expectation of profit. This shift is significant, because if consumer attention remains a constant, industrial copyright should anticipate a diminished role in culture. The audience will entertain itself. It may even pay to entertain itself. And this creates a business opportunity for the platforms - virtual worlds, Flickr, YouTube, Facebook, and many, many others - that provide tools, host content, insert advertisements, track user behaviors, and search for other ways to monetize their position.

1.4. User-generated content and copyright law

For the time being, I will remain agnostic about the normative valence of user-generated content. Some people, such as Andrew Keen, present it as a cultural apocalypse, while others herald it as the dawn of a new age of participatory, peer-produced, many-to-many, remix, prosumer, free wiki, crowdsourced culture (Benkler, 2006; Lessig, 2008; Shirky, 2010). As more moderate voices have explained, it's likely a little bit of both. I will not attempt to delve into that nuance here.

What I want to state is that this shift toward amateur creativity is incredibly important—culturally. Economically, user-generated content seems to be quite important in the aggregate, though obviously if we take the individual pieces we're seeing, each individual work seems economically very unimportant. The average Flickr photo, the average YouTube video, the average blog post or *Second Life* skin or *Minecraft* world, isn't making any money at all. Copyright lawyers are not going to get rich any day soon from representing UGC creators. If copyright lawyers don't see potential for lawyerly employment with regard to these works, the odds are they don't see much copyright law in these works either.

The legal money in digital copyright today is spent shaping a new set of laws for online piracy, not a new set of laws for user-generated content. The divorce between digital technology and the means of creative production is generating a lot more noise than this strange new and harmonious marriage. But I worry that when we focus exclusively on new laws

to stop piracy, we miss something vital about the shift in copyright. This emerging maelstrom of human creativity is the true genius of the Internet and the true source of its economic value. We're still in the very early stages of harnessing its power and peculiar characteristics. The law should be paying more attention to how copyrights - even these "marginal" copyrights - are being affected by the shift.

2. Whither authors?

2.1. The historic purpose of copyright

Copyright, as we all know, was a law that responded to a particular technology of reproduction. And the first response, in England at least, was one that enabled a powerful commercial guild, the London Stationers' Company, to exercise a monopoly power over "copy right" that had little to do with the goal of protecting the rights of creative authors (Lowenstein, 2002; Patterson, 1968; Rose, 1993). The contemporary system of copyright in the United Kingdom, and in the United States by later adoption, is a system that originated from the Statute of Anne, which ostensibly amended that pre-existing "copy right" to create a right for authors, not publishers.

However the law was created, according to some, it was primarily a political strategy by the Stationers' Company to perpetuate the monopoly that it had earlier enjoyed. The history is complex and not entirely clear, but it is commonly accepted that the practical origins of copyright law in the English and American systems had little to do with providing economic rewards for creativity. Nevertheless, we consistently declare today that the law of copyright is about rewarding authors, not intermediaries.

Could it be that Web 2.0 is turning back the clock? I worry that this might be the case. With respect to virtual worlds and other platforms, copyright seems to be transforming into a tool aimed at authors and designed to harvest their labor. This is particularly true with regard to the ever-growing cornucopia of amateur creativity. To illustrate this, I want to talk about four cases that sit at the intersection of user-generated content and copyright law. The first two of these cases - the two I discuss at greater length in the last chapter of *Virtual Justice* - involve virtual worlds.

These are, I admit, rather strange cases. Three out of the four involve companies fighting over the legality of user behaviors despite the fact that the users are not parties

to the litigation. But I think these cases do suggest that platforms may be in the process of forming of a new legal status quo with regard to user-generated content—a status quo we should find troubling.

2.2. *Marvel v. NCSoft*: Copyright as a limit on creativity

City of Heroes was a virtual world that offered players, as the title suggests, the ability to become a superhero. One of the game's main selling points was a tool set that allowed players to design their own superhero costumes. Indeed, some people played *City of Heroes* primarily to use this "Character Creation Engine." They played primarily by making new costumes and showing them off during fashion contests in the virtual world. But copyright law made this tool problematic. Marvel Comics, the owner of the X-men and other superhero intellectual properties, alleged that users were making avatars that resembled Marvel-owned characters. So Marvel sued the game creators, NCSoft and Cryptic Studios, for enabling *City of Heroes* players to create infringing superheroes.

The defendants attempted to dismiss the case, arguing that there was no way that providing creative tools to game players could constitute copyright infringement. However, the *Marvel* case survived that motion to dismiss, and the parties later entered into an undisclosed settlement.

The *Marvel* case might seem, at first glance, similar to other cases involving platforms, like Napster or YouTube, where a defendant is hosting material that infringes copyright law. Hosts of online content are regularly dragged into disputes between their users and copyright owners. In most cases in the United States, the safe harbor provision of the Digital Millennium Copyright Act can be invoked to avoid liability. If the intermediary follows proper procedures and removes the infringing content upon receiving notice, infringement liability can be avoided.

However, the *City of Heroes* case was somewhat different. The defendants did not just host the content claimed to be infringing. They provided the tools players used to create that content. And the players did not just create atomistic pieces of content that were uploaded to the servers of the defendants. They used the defendant's highly customized software to make avatars that were consistent with the defendant's world and which were viewed by other players within the context of the virtual world.

The *Marvel v. NCSoft* case illustrates several points. First, we can see that certain forms of authorship today can be enabled and hosted by online platforms in more complex and unprecedented ways—the player authors here were clearly building out the value of the platform in a novel way. Second, it is notable that the avatars created - some of which Marvel claimed infringed copyright law - were created without any expectation of commercialization. Indeed, according to the terms of service on the defendants' site, the copyright in the player creations was owned by the defendants, not the players. Third, Marvel's suit against the defendants did not just threaten to prevent players from creating copyright infringements. It also threatened to remove their ability to create non-infringing content.

It seems odd to think that copyright could be used as a means to keep certain creative tools out of the hands of the public, but that's exactly what Marvel's lawsuit threatened to do—and perhaps could have done if the case had not settled. Is removing creative tools from the hands of the public a proper function of copyright law? I would argue that it is not—the *Marvel* case is therefore problematic as a harbinger of copyright's intersection with user-generated content.

2.3. *MDY v. Blizzard Entertainment*: Copyright as governance

The *MDY v. Blizzard* case was recently litigated in California and it concerned creativity within another virtual world: *World of Warcraft*. Michael Donnelly is a computer programmer who wrote and sold a program called Glider. Glider functioned to automate avatar activities in *Warcraft*. So, for instance, if you wanted your avatar in the game to mine the landscape for precious metals, Glider would automate that process for you, allowing you to sleep while your avatar labored for hours on end.

Because some player tasks in *World of Warcraft*, like mining, can be both profitable and boring, Glider was a popular program. Donnelly's company actually made millions of dollars in sales. Surely a contributing factor for this success was that some of the profits of mining and other repetitive activities could be translated into real world profits. So those in the business of gold farming (selling virtual goods for real money) likely constituted a substantial portion - though certainly not all - of Donnelly's customers.

For a variety of reasons, Blizzard was not enthusiastic about commercial gold farming or avatar automation. The primary

rationale given by the company was that Glider ruined the environment of the game for players. So Blizzard threatened to sue Donnelly if he did not cease selling the software. Donnelly instead preemptively filed suit against Blizzard, seeking a declaration that his business was legal.

Among the counter-claims Blizzard brought against Donnelly were two copyright-based claims. First, Blizzard argued that when players engaged in "botting" with the Glider software, this was a violation of its terms of service and its end-user license agreement. It followed that because players used the game's software pursuant to a copyright license, these contractual breaches could put botters outside the scope of the license, hence triggering copyright infringements. Essentially, Blizzard was attempting to use copyright law as a means to specify what players could and could not do while using its software.

Blizzard's second copyright-based argument was that the Glider software, by evading the detection of Blizzard's anti-botting software, granted players access to the copyright-protected work of Blizzard. Blizzard had, in fact, attempted to use a piece of software, Warden, to detect those players who were using Glider software and to prevent them from accessing Blizzard's service. However, Donnelly had managed to rewrite Glider to avoid detection by the Warden program.

To make its claim, Blizzard relied on the 1998 Digital Millennium Copyright Act (the DMCA), a law that prohibits the circumvention of digital rights management technologies to obtain access to works protected by copyright. Blizzard claimed that by selling a botting program that evaded Warden, Donnelly had trafficked in circumvention tools in violation of the DMCA.

The district court ruled in favor of Blizzard on both copyright claims. On appeal, the Ninth Circuit reversed with regard to the first claim, explaining that the anti-botting contractual provision was directed at setting rules of game play and was not intended by the parties as a copyright-related restriction on use of the software. However, the Ninth Circuit upheld the infringement ruling with respect to the circumvention of the Warden anti-botting software.

This short description does not do justice to the difficult issues in *MDY*, but my purpose here is not to lay out the doctrinal complexity of copyright law and licensing. I simply want to point out the strange way that copyright law was

applied in this case. Copyright is supposed to encourage the development of new creative works and to prevent others from copying and performing those works. In the *MDY* case, the alleged player infringers were simply users of the software who acted in a manner the virtual world owner disfavored. The goal of the case was to prevent the distribution and use of a creative piece of software that served the needs of a market and which did not duplicate the copyright-protected work.

In other words, the *MDY* case shows that my instincts about the nature of copyright law may have been wrong. Copyright may indeed be a law of community governance.

2.4. Power Ventures: Copyright as walled garden

My third example concerns a lawsuit brought by Facebook against Power.com, a now-defunct company that at one time offered users a means to access various social networking services from a single platform. In order to aggregate various forms of user data across platforms, Power.com asked users to authorize it to access their accounts on various platforms.

Power.com initially sought to negotiate with Facebook to obtain access to user accounts, but the negotiations were unsuccessful. Ultimately, Facebook attempted to block Power.com's access to the platform in much in the same way that Blizzard attempted to block *MDY*'s Glider from interacting with *World of Warcraft*. And just as *MDY* sought to evade blocking, so Power.com developed strategies to evade Facebook's blocking efforts. Like Blizzard, Facebook brought claims under copyright law and the DMCA against Power.com.

What was curious about the Power.com case is that Facebook, unlike Blizzard, is primarily in the business of providing a platform for users who share information. Facebook is not a content provider, it is a conduit for content. There is very little visible authorial creativity on the Facebook website beyond the content added by users. In its complaint, Facebook failed to specify what work Power.com had infringed by accessing the platform. Despite this, when Power.com moved to dismiss Facebook's claims, the court sided with Facebook. It stated: "Facebook owns the copyright to any page within its system, including the material located on those pages besides user content, such as graphics, video and sound files. Defendants need only access and copy one page to commit copyright infringement."

Additionally, the court found credible Facebook's claim that its own users had violated its copyright by authorizing Power.com to access the Facebook site. It stated that if the facts alleged by Facebook were true, "When a Facebook user directs Power.com to access the Facebook website, an unauthorized copy of the user's profile page is created. The creation of that unauthorized copy through the use of Defendants' software may constitute copyright infringement." Thus, again, users of a platform - users who actually create the valuable content on the platform - were found to be potential infringers of copyright law by virtue of the copyright interest held by the platform. Copyright law was once again flipped against the users who provided the creativity that made the platform valuable.

2.5. Turnitin: Copysersfs

My last case, *A.V. v. iParadigms*, is perhaps slightly less strange than the prior cases in that the user-creators who were not present in the prior cases were the plaintiffs in this one. Copyright law is supposed to work this way-creators are supposed to pit themselves against putative infringers. What made this case unusual, however, was that the platform owner, in this case a company named iParadigms, argued that it had a right to commercialize copyright-protected works without needing to compensate the authors of those works. The authors had not volunteered to allow iParadigms to do this; they were students who wrote papers for their high-school classes and were required by their school to submit their work to the defendants' for-profit service. The function of Turnitin brings to mind the censorial goals of the copyright system in the 17th century: student papers were checked for plagiarism and then added to the Turnitin database to detect potential future plagiarism.

If the students failed to use the defendants' service, they would receive a zero grade for their paper assignments, so their educational success was conditioned on waiving their authorial rights. In order to use the service, the plaintiffs were required to submit to the terms of service of the Turnitin website by clicking an "I agree" button. The students submitted the papers, as they were required to do, but they (inventively) included "disclaimers" stating that they did not consent to the defendant platform's archiving of their works. Nevertheless, the works were added to the defendants' commercial database.

So the students turned to copyright law for protection. They lost.

The court found that the unauthorized use of the students work did not amount to copyright infringement. It found that Turnitin's contractual terms barred their lawsuit - despite the fact that the students were required to submit their papers in order to receive a passing grade, and despite the fact that the students were minors and presumably incapable of entering into a contractual assignment of their authorial interests.

The court also found that the use of the student papers in a for-profit plagiarism detection service was a "fair use" that fell outside the scope of the plaintiffs legal control. Finally, it found plausible the claim by iParadigms that, by accessing its services in a manner that exceeded the scope of the license agreement, the students might have violated federal criminal law.

Some commentators viewed the Turnitin case as a victory for fair use in copyright law. Here, though, I simply want to note how, once again, a platform successfully divested creators of their intellectual property rights, and profited by doing so.

Where is copyright law headed?

2.6. Conclusion

Four cases may not constitute a trend in the law. My concern, however, is that amateur authors using Web 2.0 platforms will have negligible authorial rights. This is a problem - or at least it should be. Copyright, after the era of the Stationers' Company, was supposed to be a law protecting authors and giving them new leverage against information intermediaries. What we are seeing emerge with respect to the Web 2.0 era is something much more like the copyright law that preceded the Statute of Anne.

Copyright may be becoming a law that primarily benefits publishers at the expense of the authors. Indeed, three of these cases managed to exclude the creative public from the litigation entirely, while at the same time framing them as copyright infringers. While I first spotted this trend in virtual worlds, it seems to characterize all platforms that host popular creativity.

Online, it seems copyright is losing sight of the author and transforming itself into a law of intermediary privilege. The future of copyright may well be the past.

References:

- AV ex rel. Vanderhuy v. iparadigms, LLC* (2009). Decision of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, delivered April 16, reported at 562 F.3d 630.
- BENKLER, Y. (2006). *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven, CT. Yale University Press.
- Facebook v. Power Ventures* (2009). Decision of the United States Court for the Northern District of California, delivered May 11. <http://scholar.google.com/scholar_case?case=2866781275432056322>
- HELPRIN, M. (2009). *Digital Barbarism: A Writer's Manifesto*. Harper Paperbacks.
- HUNTER, D. (2005). "Walled Gardens". *Washington & Lee Law Review*, Vol. 62, p. 607.
- JANIN, H. (2004). *Medieval Justice: Cases and Laws in France, England, and Germany : 500-1500*. McFarland.
- KEEN, A. (2008). *The Cult of the Amateur: How blogs, MySpace, YouTube, and the rest of today's user-generated media are destroying our economy, our culture, and our values*. Crown Business.
- LASTOWKA, G. (2010). *Virtual Justice: The New Laws of Online Worlds*. New Haven, CT. Yale University Press.
- LESSIG, L. (2008). *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. The Penguin Press.
- LOEWENSTEIN, J. (2002). *The Author's Due: Printing and the Prehistory of Copyright*. University of Chicago Press.
- Marvel Enterprises v. NCsoft Corporation* (2005). Decision of the United States Court for the Central District of California, delivered March 9, reported at 74 *United States Patent Quarterly* 1303.
- MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment* (2010). Decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, delivered December 4, reported at 629 F.3d 928.
- PATTERSON, L. R. (1968). *Copyright in Historical Perspective*. Vanderbilt University Press.
- ROSE, M. (1993). *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Harvard University Press.
- SHIRKY, C. (2010). *Cognitive Surplus: How Technology Makes Consumers into Collaborators*. Penguin.

Recommended citation

LASTOWKA, Greg (2012). "Walled Gardens & the Stationers' Company 2.0". In: "Challenges and opportunities of online entertainment" [online monograph]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. No. 15, pp. 41-49. UOC. [Accessed: dd/mm/yy]
 <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-lastowka/n15-lastowka-en>>
 DOI <http://10.7238/idp.v0i15.1643>
 ISSN 1699-8154



The texts published in this journal, unless otherwise indicated, are subject to a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 3.0 Spain licence. They may be copied, distributed and broadcast provided that the author, the journal and the institution that publishes them (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC) are cited. Derivative works are not permitted. The full licence can be consulted on <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.en>.

About the autor

Greg Lastowka
greglas@gmail.com
Rutgers School of Law
<http://www.camden.rutgers.edu/>

Greg Lastowka studies the intersection of intellectual property law and new technologies, with an emphasis on the laws of copyright and trademark and emergent Internet-based technologies. His past work has considered amateur digital creativity, the law of search engines, computer trespass and hacking, virtual worlds and video games, and authorial attribution interests. His current projects are listed on his personal site: <http://lastowka.rutgers.edu>

Rutgers School of Law
RUTGERS-CAMDEN
303 Cooper Street
Camden, NJ 08102-1519
United States

www.uoc.edu/idp

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (acreditado) de Derecho Administrativo

Fecha de presentación: octubre de 2012

Fecha de aceptación: noviembre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen:

El objeto central del presente trabajo es analizar la posición del regulador en materia de juego y, en concreto, analizar la evolución de dicha figura desde un modelo, primero, de monopolio hasta un modelo como el actual en el que conviven juego público y privado y regulaciones autonómicas y estatales.

Palabras clave

juego, regulación económica, reguladores, actividad de juego, distribución de competencias

Tema

competencias de las administraciones públicas en materia de juego

A study of the jurisdiction for regulation and control of gambling activities in

Abstract

The main aim of this article is to analyse the role of the regulator in gambling and, specifically, the evolution of this figure from, initially, a monopoly position to the current one where public and private, and national and regional regulations exist side by side.

Keywords

gambling, economic regulation, regulators, gambling activities, jurisdiction

Subject

Public administrations' jurisdiction over gambling

1. El regulador natural

Es bueno recordar, en un principio y con tal de sintetizar, que la CE no reconoce expresamente la competencia sobre el juego a ninguno de los poderes públicos que tienen en ella sus respectivos ámbitos competenciales.

A partir de aquí podemos aludir a la existencia de dos momentos, temporalmente diferenciables, en relación con la asunción de competencias en materia de juego.

1.1. El modelo esencialmente autonómico de desarrollo posconstitucional

Tal y como hemos dicho en el apartado anterior, la característica más notable del desarrollo posconstitucional es, claramente, una regulación autonómica ingente y, en gran parte, de contenido similar sobre el juego, en general (con la publicación de la correspondiente ley), y de cada una de las modalidades de juego. Esta regulación alcanza todos los aspectos que inciden en el desarrollo del juego, desde la configuración física de los locales, al material, y, claro está, a las autorizaciones de todo orden que debían obtenerse para el acceso a la actividad.

Este proceso culmina con el reconocimiento de que las comunidades autónomas son las competentes, incluso, para otorgar las autorizaciones en materia de juego electrónico cuando su ámbito de desarrollo-responsabilidad se centre en la respectiva comunidad autónoma.

Desde una perspectiva jurídica, el que las comunidades autónomas hayan hecho este enorme esfuerzo legislativo no puede ser, en modo alguno, reprochado, ya que se corresponde con la distribución de competencias constitucionalmente reflejada en los términos que anteriormente hemos indicado. Pero, desde una perspectiva no jurídica, el fraccionamiento del mercado en reglas y, sobre todo, en autorizaciones no favorece el desarrollo del negocio ni el

de los operadores en un mercado ciertamente limitado en su acceso, por el nivel de inversiones, por las exigencias de seguros de responsabilidad civil y, en general, por las dificultades de implantación.

Probablemente, este aspecto es el que hace que se produzca cierto corte en la explotación comercial. En el juego presencial, la asunción de competencias va ligada a políticas propias y a modelos de desarrollo que, con mayor o menor intensidad, son propios y reales en cada una de las comunidades autónomas. Frente a esto, y aunque algunas comunidades autónomas (Madrid y el País Vasco, por ejemplo) otorgaron algunas licencias para sus respectivos ámbitos competenciales en relación con el juego en línea y, específicamente, para las apuestas, el modelo de juego en línea parcelado por comunidades autónomas no resultó (en este momento inicial) atractivo, y eso contribuye a generar cierto clima de consenso social en relación con la necesidad de reconquistar el concepto estatal de juego y, en concreto, de autorización administrativa de ámbito estatal. El problema, desde luego, no es nuevo, y el Gobierno acaba de anunciar que entre los proyectos normativos que llevará a las Cortes Generales antes de diciembre de 2012 está un proyecto de ley de «unidad de mercado» que, realmente, apunta a la problemática que aquí se ha puesto de manifiesto de una forma clara: operadores o agentes económicos que actúan en un marco estatal y normativas diferenciadas y limitadas en su ámbito territorial.

Sea como sea, lo que se pone de relieve es que los agentes económicos y los propios reguladores percibieron que el fraccionamiento del mercado no ayudaba a su mejora, lo que realmente produjo un silencioso consenso que hizo pasar desapercibida la LJ y algunos de sus postulados más esenciales y que, en realidad, hubieran sido seriamente impugnados en otro momento y, probablemente, en otra actividad.

1.2. El retroceso del modelo: hacia un protagonismo estatal basado en los aspectos tecnológicos¹

Dada esta situación, podemos indicar que la LJ fue más allá de la intimación o el requerimiento que el Parlamento le había hecho en el momento de publicar la Ley de Servicios de la Información y que se centraba, en esencia, en la regulación del juego en soporte electrónico.² La nueva LJ va más allá porque no regula las condiciones «soporte» del juego *on-line* o, incluso, los aspectos ligados al contrato de juego y la forma de defensa de los consumidores en la materia. La regulación crea un concepto desconocido, como es el del juego de ámbito estatal.³

Desde una consideración no estrictamente jurídica, la norma responde al deseo de «recomponer» el mercado en cuestión y dar cobertura al juego estatal, que realmente se mantenía vigente con lo que ahora se ha venido a denominar actividad reservada *ex lege* y que, en realidad, suponía un operador público que actuara en un marco sin más regulación que la procedente de su propio régimen jurídico organizativo y sin posibilidad alguna de competencia en el ámbito privado, pues el mercado privado era un mercado fraccionado en el ámbito de la regulación de cada una de las comunidades

autónomas. A partir de aquí se construye un mercado que antes no existía en términos convencionales y que alcanza la posibilidad de operar en el conjunto del territorio estatal y, adicionalmente, la regulación de los aspectos esenciales del juego estatal, ya sea físico o electrónico.

Es evidente que la gran duda que aún subyace es si el fundamento real de la LJ tiene un asiento constitucional claro.⁴ Es cierto que, en el plano teórico, la cuestión del título competencial se parece mucho a la regulación del deporte, en la que el Estado tampoco tiene un título explícito ni claro para la configuración de un ámbito estatal de actuación más allá de la regulación de la actuación supraautonómica de la actividad y la confluencia de determinados títulos sectoriales que inciden en la materia desde una posición meramente circunstancial en términos que no son muy diferentes a los de cualquier otra actividad.⁵

En este punto podemos convenir en que se ha producido un giro en la posición del Tribunal Constitucional. En este sentido, la actividad supraautonómica no fue considerada por aquel como un título habilitante para la actuación del Estado. El ejemplo más claro de esta línea puede encontrarse en la STC 17 de febrero de 2005, cuando dice: «En este caso, limitaremos nuestro examen al último inciso del pre-

1. En relación con la regulación del juego en línea, puede verse: Andrés Alvez, R. (2011). «La regulación específica de los juegos on-line». En: *El juego on-line*. Navarra.
2. Sobre la materia, el trabajo pionero de Lalanda Fernández, C. (2006). «Los juegos de azar en internet. Aproximación jurídica desde la perspectiva del derecho español». En: Palomar Olmeda, A. (coord.). *Régimen del juego en España*. Navarra.
3. En relación con el fundamento constitucional de la norma puede verse el trabajo de Pomed Sánchez, L. (2012). «Fundamentos competenciales de la Ley estatal del juego». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid. Asimismo, puede verse nuestro trabajo: (2010). «El régimen de las apuestas deportivas: distribución de competencias y régimen de control y supervisión». En: Palomar Olmeda, A. (dir.). *Las apuestas deportivas*. Navarra.
4. El Tribunal Constitucional ha sido claramente errático en esta materia, ya que en la STC núm. 171/1998 (Pleno), de 23 julio Conflicto positivo de competencia núm. 506/1986y1637/1986(acum.).STC1998\171 afirmaba: «... lo que habremos de agregar, según nuestra STC 20/1988 (RTC 1988\20), que el hecho de que la CE no reconozca directamente al Estado competencia normativa para fijar el régimen jurídico (en aquel caso, de los colegios profesionales) no significa que aquel carezca de todo título habilitante para intervenir en esta materia, ni tampoco que el nivel o grado de competencia estatal sea solo el que resulte de los propios términos de cada uno de los Estatutos de Autonomía [...] y debe recordarse a este propósito que la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas deben merecer no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento [...] que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia» (STC 163/1994). No obstante, lo cierto es que nunca estuvo claro cuál era el ámbito real de actuación que le correspondía al Estado, salvo, claro está, las denominadas «materias conexas» (penal, seguridad, policía, procesal, actividad mercantil, etc.), que tienen una dinámica propia y que pueden contener especialidades para el ámbito del juego cuya determinación final corresponde al que asume la legislación conexas y no al poder público que asume la competencia en la ordenación general del juego como actividad.
5. Sobre esta cuestión, puede verse: Parejo Alfonso, L. (2000). «El deporte como materia, soporte y objeto de competencias estatales». En: Palomar, A. (dir.). *Cuestiones actuales del fútbol profesional*. RFEF: Madrid. Así como: Terol Gómez, R. (2007). «El deporte». En: Baño León, J. M. (dir.). *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Thomson Civitas: Navarra.

cepto (“transcurrido un año..., proceder a su aprobación”), puesto que el primer inciso ya fue enjuiciado en nuestra STC 194/2004 (RTC 2004, 194), F. 20, al examinar igual precepto de la Ley 41/1997 (RCL 1997, 2629), y declarado inconstitucional en parte, criterio que reiteramos de nuevo».

En cuanto al último inciso, le es de aplicación el canon de enjuiciamiento y los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 7 a 13 y 20 de la STC 194/2004 y procede, en concordancia con ello, acordar su inconstitucionalidad, pues, a mayor abundamiento, hemos reiterado que el Estado no puede sustituir a las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias propias: «la previsión final del art. 39.2 de una actuación subsidiaria del Gobierno, en caso de falta de propuesta de planes hidrológicos de cuenca, no puede alcanzar a las comunidades autónomas que sean competentes para formular dicha propuesta, ya que se trata de una forma de control sustitutivo que no ha sido previsto por la Constitución (RCL 1978, 2836) en las relaciones ordinarias entre el Estado y las comunidades autónomas (art. 153)» [STC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 20 d)]. En igual sentido, entre otras, STC 118/1996, de 27 de junio, F. 18.

La posición del Tribunal Constitucional sitúa así la labor de ordenación de la actividad supraautonómica en el terreno de las instituciones de cooperación y coordinación administrativa entre quienes tienen la auténtica competencia, sin que sea lícito entender que «aparece» una competencia adicional por parte del Estado.

Frente a esto, cuando recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver la cuestión relativa a la participación de las selecciones autonómicas en el ámbito de la actividad internacional ha dicho algo que claramente puede considerarse contradictorio cuando señala, en la STC de 18 de abril de 2012: «Así lo hemos mantenido recientemente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la adecuación a la Constitución de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que, con ocasión de pronunciarnos sobre la constitucionalidad del apartado segundo del art. 134 EAC relativo a la competencia autonómica sobre “Deporte y tiempo libre” (que prevé la participación de la Generalitat “en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del deporte”) por su posible colisión con las competencias

del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), dijimos que “la participación de la Generalitat en entidades y organismos europeos o, en general, internacionales que tengan por objeto el desarrollo del deporte”, no supone [...] el ejercicio de potestades que están reservadas al Estado (art. 149.1.3 CE), ni puede condicionar el libre y pleno ejercicio estatal de dicha competencia, correspondiendo al Estado regular su alcance y modalidades» (F. 80). En idéntico sentido nos pronunciamos respecto de la impugnación de la atribución a la Generalitat de Cataluña de la competencia sobre «la proyección internacional de la cultura catalana» [art. 127.1.d) EAC], que los recurrentes consideraban contraria a la doctrina de la STC 165/1994, de 26 de mayo, y reiteramos que «frente al reproche formulado al precepto estatutario, la incorporación expresa de cláusulas de salvaguardia de competencias estatales no es exigible en términos constitucionales. Y es que la competencia estatal en el ámbito de las “relaciones internacionales” (art. 149.1.3 CE), que ciertamente incluye, entre otros contenidos, el ejercicio del *ius contrahendi*, no impide que las comunidades autónomas realicen actividades en el exterior que sean proyección de sus competencias materiales, siempre que no perturben o condicionen la competencia estatal (STC 165/1994, FF. 3 a 6), lo que hemos corroborado precisamente en materia de cultura (STC 17/1991, de 31 de enero, F. 6)» (F. 73).

La aplicación de la doctrina expuesta en este caso demuestra que la invocación del título competencial de «relaciones internacionales» no resulta aplicable para resolver la controversia planteada, ni puede sustentar una pretendida invasión de competencias estatales (ni siquiera por alusión a política exterior como acción política del Gobierno) o el impedimento de su ejercicio, puesto que la actividad deportiva en su dimensión internacional no puede calificarse como materia propia de las «relaciones internacionales», en el sentido estricto en que ha sido definido por nuestra doctrina, independientemente de la mayor o menor dimensión simbólica o sociológica de las competiciones internacionales en las que participe el deporte español. La afirmación anterior no descarta que la dimensión internacional del deporte pueda tener una incidencia en la propia acción exterior del Estado, incidencia que, aun sin implicar el ejercicio de las actividades propias de las relaciones internacionales, justifique la intervención estatal en esta materia.⁶

6. Esta doctrina puede encontrarse, posteriormente, en la STC 110/2012, de 23 de mayo en relación con la Ley del Deporte de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Desde esta perspectiva, podríamos resumir la posición del Tribunal Constitucional indicando que, aunque se trate de actividades que, según la CE y los Estatutos de Autonomía, corresponden en exclusiva a las comunidades autónomas, cabe la posibilidad de que el Estado (aunque materialmente no tenga título atributivo de la competencia) formule una legislación estatal de carácter supraautonómico que desplace en dicho ámbito la regulación autonómica, por un lado, y, por otro, lo que era una apuesta clara en el caso de los parques nacionales, esto es, la articulación de la competencia supraautonómica por medio de fórmulas de colaboración, cooperación y coordinación.

Sea como sea, el precedente nos viene bien, porque el esquema teórico entre una y otra actividad es, realmente, idéntico y, por tanto, esto justifica una actuación del Estado que regule la actividad que se produce en su ámbito con respeto a la regulación que, específicamente, corresponde a las comunidades autónomas.

Este esquema acaba, claro está, presentando la problemática de la confluencia de poderes públicos sobre una misma materia que, según el ámbito sectorial en el que se produzca la confluencia, se resuelve sobre la base de la territorialidad del ámbito de acción. En materia de juego, la cuestión es un poco más compleja porque la aplicación del criterio de territorialidad no evita que la actividad material ni la organización de la actividad sea idéntica. Realmente en uno y otro ámbito el «hecho» sobre el que se juega es el mismo y, por tanto, lo único que diferencia la actividad es el estatus estatal o territorial del organizador y la existencia de un vínculo territorial contractual en la actividad autonómica.

El resultado a los efectos de lo que aquí analizamos es claro: pluralidad de actividad, convivencia compleja, supervisión y control difuso y, en general, un mercado con potenciales reguladores diferenciados y responsabilidades compartidas. En este punto y en la línea de evolución que venimos indicando es cierto que el mismo giro que se ha producido en la legislación se haya producido en el mercado y en sus operadores. En general, estos parecen haber optado por los títulos estatales para evitar el solapamiento de garantías y, sobre todo, para intentar proyectar su actividad (cuyos

resultados económicos no son aún mesurables) sobre un espectro lo más amplio posible.

2. El modelo de regulación previsto en la Ley del Juego de 2011⁷

En los términos a los que nos hemos referido anteriormente cabe indicar que el legislador de 2011 decide cambiar parcialmente la situación en relación con dos elementos: el juego estatal y el juego realizado sobre un soporte en línea. Respecto del primero cabe indicar que, al margen del tema del título competencial, lo que no estaba claro era el propio concepto, precisamente, porque las regulaciones, hasta el momento, eran de alcance territorial limitado. De esta forma la construcción a la que se ve abocada la LJ es, precisamente, a la de un marco general que denominamos «juego estatal» y que se proyecta, en esencia, sobre quien obtiene autorizaciones o títulos habilitantes expedidos por la AGE.

En relación con el segundo debe indicarse que su alcance es ciertamente limitado porque la regulación del soporte de una actividad no puede tener más alcance que el citado soporte y, por tanto, no admite que al hilo de este se establezca una regulación sustantiva.⁸ Sea como sea, lo que mínimamente demuestran ambas referencias es el alcance limitado (al menos en el plano teórico) de la reordenación del mercado que trata de llevar a cabo la LJ. Podría decirse en este punto que el marco constitucional no da para más y que realmente la propia LJ lo ha llevado (como venimos insistiendo) al límite. Es probable que esta afirmación este fundada, pero la perspectiva que aquí se plantea no es estrictamente de reparto constitucional, sino de conformación del mercado desde la perspectiva del operador de esta actividad económica y del usuario que decide participar en ella.

Con el alcance que se quiera y con sus limitaciones inherentes, podemos indicar que la LJ intentó llevar a cabo una modificación del sistema de ordenación del mercado transformando la gestión y supervisión directa de la Administración con la creación de un órgano de regulación del mercado rodeado de independencia respecto de aquella.

7. Sobre la necesidad de la nueva regulación puede verse el trabajo de Herraiz Serrano, O. (2012). «Oportunidad y necesidad de una nueva ley estatal del juego: antecedentes». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.
8. En relación con el ámbito objetivo de la LJ puede verse el trabajo de Lalanda Fernández, C. (2012). «Actividades de juego incluidas y excluidas. Prohibiciones objetivas». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

En la exposición de motivos de la LJ se encuentra la siguiente referencia en relación con la Administración del juego y, por tanto, con respecto al modelo de ejercicio de las competencias por la Administración estatal: «En el título V, la Administración del Juego, se establecen las competencias que corresponden al Ministerio de Economía y Hacienda en materia de juego. Se crea un órgano regulador, la Comisión Nacional del Juego, al que se le atribuyen todas las competencias necesarias para velar y asegurar la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego, así como el cumplimiento de la normativa vigente y de las condiciones establecidas para su explotación. Además, este órgano regulador único canalizará la demanda dimensionando la oferta de actividades de juego, evitando la explotación de las actividades de juego con fines fraudulentos y estableciendo el marco apropiado para proteger a los menores y prevenir el desarrollo de fenómenos de dependencia. Por último, se establece el Consejo de Políticas del Juego como el órgano de participación de las comunidades autónomas...».

Desde esta consideración podemos indicar que la señalada exposición de motivos no suministra una información clara sobre la necesidad de crear un regulador, ya que, de hecho, mantiene cierto reparto de competencias entre los propios órganos de la AGE y el regulador de nueva creación. Es cierto, sin embargo, que realmente se fijan los siguientes objetivos que pueden explicar el modelo de regulación o, al menos, servir de elemento interpretativo para el deslinde competencial entre la AGE y el regulador dotado de independencia funcional. Los objetivos, según la exposición de motivos, serían los siguientes:

- Asegurar la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego.
- Evitar las actividades de juego con fines fraudulentos.
- Prevenir el juego entre los menores y evitar los fenómenos de dependencia.

En realidad, estos mismos objetivos se reproducen literalmente en el propio articulado; el artículo 1.º de la LJ señala que: «El objeto de esta ley es la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal, con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conduc-

tas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía...».

Desde una perspectiva económica es, sin embargo, más compleja porque, en realidad y si somos sinceros, la LJ va más allá al establecer las reglas de participación en la actividad económica que el juego supone. Adelantemos que una de las características centrales de este mercado es la convivencia entre públicos y privados basada en las reglas de reparto *ex lege* de la actividad del juego. Así hay que entenderlo del artículo 9 de la LJ: «El ejercicio de las actividades no reservadas que son objeto de esta ley queda sometido a la previa obtención del correspondiente título habilitante, en los términos previstos en los artículos siguientes. De conformidad con esta ley son títulos habilitantes las licencias y autorizaciones de actividades de juego...».

Este precepto nos permite diferenciar entre quienes actúan en el mercado del juego como consecuencia de la reserva legal de funciones y quienes actúan en virtud de título habilitante. Como consecuencia de esto podemos indicar que el mercado del juego se caracteriza, por tanto, por una reserva de actividad a favor de quienes tradicionalmente venían realizando las actividades más conocidas del juego (lotería, cupón y quiniela, en esencia) que pasan a convivir en la parte no «reservada» con los privados que obtienen un título habilitante de carácter estatal. En algún momento se puede llegar a plantear la sostenibilidad de este modelo mixto y, especialmente, su compatibilidad con el marco de la competencia. La STJUE de 8 de septiembre de 2010 es contundente respecto a la admisibilidad de este «reparto del mercado» cuando señala que: «En estas circunstancias, el hecho de que distintos tipos de juegos de azar estén sujetos, unos, a un monopolio público, y otros, a un régimen de autorizaciones concedidas a operadores privados no puede, por sí solo, conducir a privar de su justificación, a la vista de los objetivos legítimos que persiguen, a las medidas que, como el monopolio público, parecen *prima facie* las más restrictivas y las más eficaces. En efecto, tal divergencia de regímenes jurídicos no puede, en sí misma, afectar a la aptitud de dicho monopolio público para alcanzar el objetivo de prevención de la incitación de los ciudadanos al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción a este para el que fue instituido...».⁹

9. En relación con los títulos habilitantes podemos remitirnos *in extenso* a nuestro trabajo: (2012). «Los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad del juego». En: Herraiz Serrano, O (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid. Asimismo, puede verse el trabajo de Andrés Alvez, R. (2012). «Análisis y comentarios a la primera convocatoria para obtener licencias para desarrollar el juego on-line en España». *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Núm. 34. Págs. 481 a 507.

El criterio fundamental de sometimiento a la norma estatal es la titularidad de la habilitación que se caracteriza por la emisión estatal y por la habilitación para la realización de la actividad en un ámbito, igualmente, estatal. Sin embargo, lo que nos interesa dejar apuntado en este momento es que una de las características de la LJ es fraccionar el mercado y establecer una reserva a favor de determinadas entidades públicas o parapúblicas en las que no es posible la incidencia desde la actividad convencional de juego. De ahí la diferencia entre ámbito sectorial reservado y títulos habilitantes, y la segmentación del ámbito en el que pueden operar unos y otros. Hemos indicado antes que sobre el modo en que se conforma la actividad reservada existe una determinación en la STJUE de 3 de junio de 2010 cuando señala: «En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos. No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, en general, especialmente el artículo 49 y, en particular, los principios de igualdad de trato, y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* y *Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08, Rec. p. I-0000, apartado 44, así como de 13 de abril de 2010 [JUR 2010, 103582], *Wall*, C-91/08, Rec. p. I-0000, apartado 33)...».¹⁰

España, en su LJ, ha considerado que la elusión de un sistema de este orden en el ámbito de las actividades reservadas se justificaba, en último término, por la naturaleza de las entidades adjudicatarias de la reserva y, en concreto, en su condición pública o parapública.¹¹ El criterio no deja de ser complejo en términos de derecho comunitario, aunque tenga más fundamento en la propia justificación que el Tribunal

Constitucional español ha hecho sobre la materia. En todo caso, la cuestión no es la naturaleza jurídica de la entidad, sino la propia conformación del mercado con públicos y privados. Los límites de las restricciones del mercado ya han sido analizados y, realmente, la justificación última no es, insistimos, la naturaleza jurídica de la entidad, sino el engarce de este modelo con algunos de los valores que justifican la utilización de la técnicas de restricción. Pues bien, llegados a este punto cabe indicar que la justificación que puede deducirse de la LJ y de su exposición de motivos no es suficientemente clara en la determinación de por qué el modelo permite el mejor control de la actividad del juego y el cumplimiento de los fines (estos sí plenamente engarzables en los que admite el derecho comunitario), y en este sentido podría haberse argumentado, por ejemplo, que el criterio de reparto del mercado se centra en el propio volumen de ventas y que este es el que justifica la mayor operatividad de las técnicas de control.

No es este, sin embargo, el esquema de la LJ que desconecta realmente la opción organizativa del mercado y las causas o fundamentos que derivan de la protección de valores superiores previstos en la propia LJ.

3. La función de regulación y sus actores

3.1. Las funciones y competencias que se retienen en manos de la Administración convencional

En esencia, podemos anticipar que la construcción de un nuevo modelo de administración del juego en el que la referencia central es la aparición de un regulador denominado Comisión Nacional del Juego (CNJ, en adelante) no puede interpretarse, sin embargo, como un desapoderamiento absoluto de las competencias por parte de la AGE que

10. En relación con el carácter territorial puede verse: Torralba Mendiola, E. (2012). «Prestadores extranjeros y aplicación extraterritorial de la Ley de Regulación del Juego. Problemas de derecho internacional privado». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

11. Este es, exactamente, el argumento que esgrimió el Gobierno portugués en la STJCE de 8 de septiembre de 2009 cuando señaló: «El Gobierno portugués afirma que la concesión de derechos exclusivos para la organización de juegos de azar en favor de la Santa Casa garantiza el funcionamiento de un sistema controlado y seguro. Por una parte, la larga existencia de la Santa Casa, que se extiende durante más de cinco siglos, demuestra la fiabilidad de este organismo. Por otra parte, el mismo Gobierno sostiene que la Santa Casa despliega su actividad estrictamente bajo su dependencia. La regulación jurídica de los juegos de azar, los estatutos de la Santa Casa y la implicación del Gobierno en la designación de los miembros de los órganos administrativos de esta permiten al Estado ejercer una potestad de tutela efectiva sobre la Santa Casa. Este régimen legal y estatutario proporciona al Estado suficientes garantías de que se respetan las normas adoptadas para preservar la limpieza de los juegos de azar organizados por la Santa Casa...».

mantiene algunas competencias expresamente indicadas en la LJ.

Dichas competencias figuran en el artículo 19 de la LJ e incluyen las relativas a la reglamentación del juego, la aprobación de los pliegos en los procedimientos concursionales, elaboración de las normas en materia de juego, autorización de la comercialización de las loterías, así como un conjunto de actuaciones en relación con la propuesta, el nombramiento y las demás vicisitudes de los miembros de la CNJ.

Debe indicarse que una de las cuestiones que se repite en la CNJ (como en otros reguladores) es la atribución final de la competencia sancionadora en las infracciones que puedan considerarse como muy graves a la Administración general, con limitación del órgano regulador a la función de propuesta de estas. Dicha cuestión que, desde luego, no es propia de la CNJ, sino que es consustancial al resto de los órganos de regulación, ha sido una de las causas que se han alegado en relación con la independencia real de la supervisión financiera. El juego de las competencias directamente atribuidas a la AGE y a la CNC (a las que nos referimos seguidamente) permite afirmar que el modelo proyectado de CNJ repite el de sustracción de la cúspide de la potestad sancionadora y su reserva a los órganos directos de la AGE. El modelo, por más que sea de aplicación común, no deja, sin embargo, de ser cuestionable en su fundamento y en la conformación general de las entidades reguladoras.

3.2. El pretendido regulador

Como tendremos ocasión de señalar en diversas ocasiones, una de las características centrales de la LJ es la de optar por la creación de un regulador independiente que administre el mercado complejo y segmentado que ella ha creado y que lo haga en condiciones que permitan visualizar nítidamente las diferencias entre el regulador y el operador que, por imperativo de la opción establecida, es, en una parte importante, un operador público o parapúblico.¹²

El problema actual podríamos identificarlo con cierta crisis del modelo de regulación. Como se indica, primero, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introdujo una modulación general muy centrada en su estructura y en el establecimiento de un proceso de homogeneización de la

estructura organizativa de los reguladores. Posteriormente y con el cambio de Gobierno, el problema es aún mayor y se entiende que la proliferación de reguladores resulta insostenible en términos económicos y, probablemente, de gestión, por lo que aboga por la refundición de todos ellos. Mientras tanto la vida, claro está, sigue, y esta continuación (especialmente relevante por lo que supone de punto de arranque de la actividad) se ha hecho sin que el modelo de gestión previsto llegue a visualizarse y, por tanto, haya sido suplido por la Administración convencional a la que una normativa transitoria otorgaba las competencias.

Pero no adelantemos más en relación con la situación actual y retomemos el hilo conductor, para analizar, en este momento, y con carácter prioritario, la propia configuración del modelo legalmente previsto, esto es, la creación de la CNJ.

A) Naturaleza

Desde la perspectiva de su naturaleza, es el artículo 20 LJ el que crea la CNJ, que: «tendrá por objeto velar por el adecuado funcionamiento del sector del juego y garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos en beneficio de los usuarios. Su finalidad es autorizar, supervisar, controlar y, en su caso, sancionar el desarrollo, la explotación y la comercialización de los juegos y demás actividades previstas en el ámbito de aplicación de esta ley». Esta función sitúa a la comisión en el marco de un regulador de mercado sectorial que trata de fomentar (y asegurar) la competencia en beneficio de los usuarios.

Adicionalmente y en lo que es una función menos económica y más de ordenación del mercado, el propio artículo 20 LJ establece: «Como principio rector, deberá velar por la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego, así como por el cumplimiento de la normativa vigente y de las condiciones establecidas para la explotación de las actividades de juego».

Finalmente le atribuye a la CNJ la competencia para canalizar: «la demanda dimensionando la oferta de actividades de juego, evitando la explotación de las actividades de juego con fines fraudulentos y estableciendo el marco apropiado para proteger a los menores desarrollando o impulsando las actuaciones, programas y actividades específicas para prevenir el desarrollo de fenómenos de dependencia».

12. En relación con esta puede verse García-Álvarez García, G. (2012). «La configuración de una Administración independiente: la Comisión Nacional del Juego». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

B) Régimen jurídico

En relación con su régimen jurídico, el propio artículo 20 de la LJ establece: «La Comisión Nacional del Juego se configura como un organismo regulador, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado». Asimismo el apartado 3 indica: «La Comisión Nacional del Juego es un organismo funcionalmente independiente de la Administración General del Estado, si bien se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, que asume el ejercicio de las funciones de coordinación entre la comisión y el ministerio». Es cierto que se trata de un órgano que no se ha llegado a crear realmente y que, como se analiza, queda subsumido en el Proyecto de ley de refundición de los reguladores, que se analiza seguidamente, por lo que carece de sentido insistir ahora en los aspectos organizativos, sobre todo si, como se verá, la opción final es su eliminación.

De esta forma podemos indicar que, en lo que es la referencia central de su régimen jurídico, la LJ opta por una clara publicación en los aspectos materiales, y sin perjuicio de las matizaciones que se hacen en relación con sus aspectos autoorganizativos, que, a estos efectos, no forman parte del análisis que realizamos.

C) Funciones

Sobre la base del enunciado general que acaba de establecerse, podemos ahora intentar un análisis de las competencias y funciones que le corresponden *ex lege* a la CNJ y que vienen recogidas en el artículo 21 LJ.

Podemos intentar hacer un resumen indicando que le corresponden funciones de ordenación técnica del juego estatal (regulación básica del juego, propuesta de nuevos procedimientos de autorización, autorizaciones de actividades de loterías sujetas a reserva, requisitos técnicos y funcionales del juego), junto con competencias de ordenación general del sector, control y supervisión (instrucciones, vigilancia, control e inspección y la persecución del juego no autorizado) y de homologación del material utilizable y protección del jugador.

D) El instrumento esencial para el ejercicio de la denominada competencia reguladora

El instrumento central en la conformación de las reglas de funcionamiento del mercado en cuestión se encuentra en lo

que dispone el artículo 23 LJ, que establece: «La Comisión Nacional del Juego podrá dictar aquellas disposiciones que exijan el desarrollo y la ejecución de las normas contenidas en esta ley, en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones lo habiliten de modo expreso para ello. Estas disposiciones se elaborarán por la propia Comisión Nacional del Juego, previos los informes técnicos y jurídicos oportunos de los servicios competentes de esta, y la consulta, en su caso, a las comunidades autónomas. Tales disposiciones serán aprobadas por el Consejo de la Comisión Nacional del Juego y no surtirán efecto hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil».

Se trata, claro está, de una capacidad reguladora que se sitúa en el marco del principio de legalidad y de jerarquía normativa, esto es, en el marco de lo que pueda establecer la ley y las disposiciones reglamentarias que las desarrollen. Su existencia es consustancial a la propia existencia de órganos reguladores que encuentran en ellas la capacidad de establecer reglas de funcionamiento concreto del respectivo mercado y que, especialmente, en el ámbito de la supervisión y la regulación de carácter financiero adquieren una relevancia notable.

Más allá de los límites generales de sometimiento al marco jurídico legal y reglamentario, la LJ contempla un límite específico en el ejercicio de la potestad concreta. De esta forma, cuando la reglamentación que pueda dictar afecte significativamente a la competencia, el apartado 2 del citado artículo 23 señala que la CNJ está obligada a solicitar informe previo al órgano competente en materia de defensa de la competencia.

Desde la perspectiva del régimen jurídico de estas disposiciones, el apartado 3 del artículo indicado señala: «Las disposiciones o resoluciones que dicte la Comisión Nacional del Juego en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren en esta ley pondrán fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas potestativamente en reposición de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o impugnarse directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción».

3.3. El Proyecto de ley de reagrupación de reguladores y la extinción del regulador independiente

En el momento actual se tramita en la Cortes Generales el Proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Se trata de una norma que refunde los órganos de regulación en torno a un único órgano que va a asumir algunas de las competencias (no todas, por tanto) de las autoridades que la regulaban.

La disposición adicional décima del proyecto establece: «La Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asumirá el objeto, funciones y competencias que la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego atribuye a la extinta Comisión Nacional del Juego».

De esta forma se aprecia que hay un cambio en la conformación del modelo: del regulador específico a la Administración centralizada.

Desde una perspectiva teórica, las formas y los instrumentos de regulación no pueden ser reprochados a priori ni pueden ser señalados como una única opción de carácter

inamovible. Lo que sí queda claro es que, precisamente, la transición a mercados abiertos cuando en los precedentes predominaba el monopolio (como es prácticamente el caso) es, justo, una de las causas de mayor justificación para la creación de órganos reguladores independientes. La seguridad que da al sector privado en la transición hacia la competencia y el mercado general son elementos centrales.

La opción de suprimir el regulador independiente coincide en el tiempo con algunas noticias sobre la utilización instrumental de la SLAE para contribuir a la financiación de alguno de los fondos que deben suplir las deficiencias del modelo de financiación de las Administraciones territoriales. Esta utilización instrumental permite afirmar que la independencia entre la regulación y la gestión de los diferentes agentes (marcadamente los públicos) dista mucho de mantenerse en el esquema de mercado para situarse en una actividad comercial al servicio del Estado.

Sin duda, estamos ante una opción lícita en el plano de las opciones organizativas, aunque demuestra que la concepción de mercado y de agentes económicos que actúan en este libremente queda limitada a aquel ámbito donde no se produce la presencia de los agentes con reserva.

Cita recomendada

PALOMAR OLMEDA, Alberto (2012). «Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España». En: « Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 50-60. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-palomar/n15-palomar-es>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1697>



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Acerca del autor

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo

alberto.palomar@uc3m.es

Es doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad Carlos III de Madrid; pertenece al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social y al de Magistrados. Es autor de diversas publicaciones –libros y artículos en revistas especializadas– en materia de juego.

Universidad Carlos III de Madrid

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Departamento de Derecho Público del Estado

C/ Madrid 126

28903 Getafe

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales.¹ Parte una

Antonio Troncoso Reigada

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz

Fecha de recepción: octubre de 2012

Fecha de aceptación: octubre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

El estudio analiza los tratamientos de datos personales que llevan a cabo las empresas que prestan servicios de red social, teniendo en cuenta el nuevo marco jurídico que supone la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales de la Unión Europea, que ha presentado en enero de 2012 la Comisión. El estudio analiza a quién le corresponde la responsabilidad del tratamiento y la aplicación de la excepción de las actividades personales o domésticas. Se abordan las dificultades para aplicar la Directiva 95/46/CE a las corporaciones internacionales que tienen su sede fuera de la Unión Europea y la regulación que en este punto hace la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales. Igualmente se analiza la información, el consentimiento del interesado para el tratamiento y para las cesiones, el principio de calidad en el servicio de red social, la conservación de la información, las medidas de seguridad y los derechos de las personas, en especial el derecho al olvido en internet a la luz de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales.

1. Este texto recoge mis intervenciones en el VIII Congreso Internet, Derecho y Política, organizado por la Universitat Oberta de Catalunya y dedicado a «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea», y en el Curso de Verano de la Universidad Complutense de Madrid-San Lorenzo de El Escorial sobre «Policía 3.0: Redes sociales en la nueva dimensión de la seguridad», organizado por la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, ambos celebrados en julio de 2012. Una primera reflexión sobre las redes sociales la realicé en la Conferencia Europea de Protección de Datos, celebrada en Edimburgo el 24 de abril de 2009, y en el Seminario «Privacidad del menor en las redes sociales», organizado por la Fundación Solventia y el Colegio de Abogados de Madrid en junio de 2009. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «Transparencia administrativa y protección de datos personales» -DER2012-39629- del Ministerio de Economía y Competitividad.

Palabras clave

redes sociales, derecho a la protección de datos personales, derecho a la privacidad, Reglamento general de protección de datos

Tema

social networking services, redes sociales

Social networks in light of the General Data Protection Regulation proposal. Part 1

Abstract

This paper examines how personal data is processed by companies offering social network services in the context of the new legal framework entailed in the EU's proposal for the General Data Protection Regulation presented by the European Commission in January 2012. The paper examines who is responsible for data processing and applying the exclusion of personal or domestic activities. An attempt is made to dissect the difficulties in applying Directive 95/46/CE to International Corporations based outside of the EU and how the proposal for the General Data Protection Regulation aims to regulate this matter. The data, the consent of interested parties for data processing and transfers, the principle of quality in social network services, data storage, security measures and the rights of individuals, in particular, the right to be forgotten on the Internet, are analysed in the context of the proposal for the General Data Protection Regulation.

Keywords

social networks, right to protection of personal data, right to privacy, General Data Protection Regulation

Subject

social networking services, social networks

1. El nuevo marco jurídico para los tratamientos de datos personales en los servicios de red social: la propuesta de un Reglamento general de protección de datos personales

La Comisión Europea ha aprobado el 25 de enero de 2012 una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre

circulación de estos datos.² La necesidad de un nuevo marco jurídico europeo es consecuencia de los profundos cambios que han experimentado las tecnologías de la información y la comunicación en los últimos años, que ha supuesto un incremento sin precedentes del intercambio de datos a gran escala, lo que obliga a dar respuesta a los riesgos significativos existentes en la era de internet, algo esencial en la Agenda Digital para Europa y en la Estrategia Europa 2020. El incremento de los tratamientos de datos personales derivado del proceso tecnológico -no sólo las redes sociales sino también el internet de las cosas, la videovigilancia, la

2. COM (2012) 10 final. Cfr. también la comunicación de la Comisión «La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI», COM (2012) 9 final. Cfr. más ampliamente sobre la cuestión A. Troncoso Reigada, «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2012, págs. 25-160.

biometría, la nanotecnología, la historia clínica electrónica en la nube, la identificación por radiofrecuencia (RFID), etc.- eleva el nivel de riesgo para la privacidad, por lo que este proceso debe ir acompañado de un fortalecimiento de las garantías de las personas. La propuesta de Reglamento sale al paso de este cambio tecnológico, dando a las personas más instrumentos para el control sobre su información personal. A ello hay que añadir la aprobación del Tratado de Lisboa, que refuerza la base jurídica en la Unión Europea para aprobar una normativa en virtud del reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la protección de datos personales es un elemento esencial para la construcción europea y para hacer viable la libre circulación de personas que tiene como presupuesto que los países europeos tengan un modelo de protección de datos personales homogéneo que permita el intercambio de información. Sin embargo, las divergencias en la protección de los datos personales en los Estados miembros son todavía demasiado grandes, consecuencia, por una parte, de una inadecuada transposición de la Directiva 95/46/CE por la propia legislación de los Estados miembros;³ y por otra, del margen de maniobra que dejaba la propia directiva como derecho derivado institucional y que contenía abundantes cláusulas abiertas (*open-ended principles*). Estas diferencias en la protección de los datos personales entre los Estados miembros han obstaculizado el mercado interior, han dificultado el ejercicio de actividades económicas a escala comunitaria y han falseado la competencia; además, la ausencia de protección equivalente afecta también a la eficacia del derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos europeos. La propuesta de un Reglamento general de protección de datos es, para la Comisión, un marco jurídico coherente y homogéneo de protección de datos que suprime las incongruencias entre los Estados miembros, reduce el margen de elección tanto de los legisladores nacionales como de las autoridades de control y facilita una política más integradora en la Unión Europea en este ámbito. De hecho, las diferencias en el nivel de protección de datos personales entre los Estados miembros afectan especialmente a las

empresas multinacionales como las que prestan servicios de redes sociales que operan en el ámbito europeo y que tienen que cumplir diferentes obligaciones en los Estados miembros, lo que impide desarrollar políticas paneuropeas sobre protección de datos y falsea la competencia -no existe tampoco una supervisión coherente y sanciones equivalentes en todo el territorio de la Unión.⁴ A ello se unen los problemas que plantea la protección de los datos personales en un mundo globalizado e interconectado donde usuarios y proveedores de servicios se encuentran frecuentemente en países y continentes distintos y donde no existen unos estándares internacionales en este ámbito. La propuesta de Reglamento permite una protección más efectiva de los ciudadanos europeos frente a los tratamientos de datos a escala internacional como los que se dan en el ámbito de las redes sociales, que puede lograrse mejor a nivel de la Unión. La aprobación de este reglamento derogará la actual Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y desplazará la normativa española de protección de datos personales, en especial, a la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos (LOPD), y a su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RPDP).

La propuesta de Reglamento aborda con precisión cuestiones como el ámbito de aplicación territorial y resuelve la problemática de jurisdicción y de ley aplicable que plantean las corporaciones internacionales que ofrecen servicios de tratamiento de datos -redes sociales virtuales, motores de búsqueda, servicios de computación en nube- y que tienen su sede fuera de la Unión Europea. Además introduce nuevas obligaciones del responsable del tratamiento como la evaluación de impacto, el nombramiento de un delegado de protección de datos, la conservación de la documentación o el cumplimiento de requisitos en materia de autorización y consulta previas. Regula con precisión la licitud de los tratamientos -se decanta por el consentimiento explícito-, la transparencia de la información y el derecho al olvido en internet -el deseo de «borrar el rastro en internet»-,

3. Recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2011, ha resuelto una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo de España y ha puesto en evidencia el incumplimiento de nuestro país en la transposición de la Directiva 95/46/CE, que no incluyó como supuesto de legitimación del tratamiento la satisfacción de un interés legítimo del responsable -art. 7.f)-, sino que impuso obligaciones adicionales -en especial, que los datos estuvieran contenidos en fuentes accesibles al público- y no estableció la necesaria ponderación con los derechos del interesado en cada supuesto de hecho. La resolución de la cuestión prejudicial ha llevado al Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 8 de febrero de 2012, a anular el artículo 10.2.b) del RPDP.
4. Basta comparar las diferencias en el ámbito de la supervisión entre la empresa española Tuenti y otras redes sociales.

hace recaer la responsabilidad de garantizarlo en quien haya publicado los datos personales y no en los buscadores, e incorpora límites al derecho a la protección de datos personales para garantizar la libertad de información y de expresión. Por último, fortalece a las autoridades de control, tanto en sus funciones como en la posibilidad de imponer importantes sanciones económicas, de manera que puedan ser eficaces en la supervisión y la aplicación de la protección de datos, al unificar su capacidad coercitiva y establecer mecanismos que faciliten la coherencia en la aplicación de la protección de datos personales en la Unión. Lógicamente, la aprobación de este reglamento general de protección de datos personales representa un nuevo régimen jurídico que debe ser respetado por los tratamientos de datos personales en los servicios de red social.

Las redes sociales, basadas en que los usuarios comparten información a veces muy sensible, suponen un reto a la privacidad personal e implican un cambio de paradigma.⁵ De hecho, nuevas realidades como las redes sociales suponen tales amenazas a la privacidad que ha llegado a afirmarse

que debemos resignarnos a no tener privacidad -*you already have zero privacy. Get over it*- o si tenemos privacidad es porque alguien tolera que la tengamos.⁶ De hecho, el propio concepto de red social conlleva una cierta renuncia de los usuarios a su privacidad.⁷ Las personas ponen en común aficiones, gustos y vivencias con la finalidad de facilitar el acceso a esta información por una red de contactos que incluye una mayoría de personas a las cuales no conocen. Las redes sociales son grandes fuentes de información no sólo sobre sus miembros sino sobre las personas que éstos conocen o han contactado alguna vez y suponen tratamientos masivos de datos personales, lo que representa un riesgo para la privacidad de la personas.⁸ La información publicada por un usuario en su página personal no sólo permite fácilmente establecer un perfil personal sino que incluye, en muchas ocasiones, datos sobre vida sexual, ideología, religión, que es una información considerada por la normativa como de especial protección. Toda esta información señala pautas de consumo y permite personalizar la publicidad -el principal objetivo de muchas bases de datos privadas-, y a su vez puede comercializarse esta información.⁹ Además, los perfiles

5. Cfr. J. L. Piñar Mañas y P. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009; P. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; e *Informática y protección de datos personales*, CEC, Madrid, 1993; M. Carrillo, *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Aranzadi, Navarra, 2003; A. Troncoso Reigada (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
6. La afirmación -del año 1999- es del presidente y cofundador de Sun Microsystems, Scott McNealy, y se encuentra en el comienzo del interesante trabajo de J. L. Piñar Mañas «¿Existe privacidad?», en *Protección de datos personales*, Alonso Editores, México, 2010.
7. La privacidad y la intimidad es un requisito necesario, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, para tener una mínima calidad de vida. Carecer de privacidad -que toda la información personal sea pública- afecta a la propia identidad y a la libertad ya que la actuación tiende a ajustarse a unas pautas previas esperadas. En otro momento hemos diferenciado los círculos de intimidad y privacidad. Cfr. «Transparencia administrativa y protección de datos personales», en A. Troncoso Reigada, *Transparencia administrativa y protección de datos personales*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 75-86.
8. Esta es una cuestión sobre la que se ha pronunciado la 30.ª Conferencia Internacional de Privacidad, celebrada en Estrasburgo en octubre de 2008, que aprobó la Resolución sobre protección de la privacidad en las redes sociales. Cfr. también el Memorandum de Roma, del Grupo de Trabajo Internacional de Berlín sobre protección de datos en las telecomunicaciones, de marzo de 2008 <http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_social_networks_en.pdf>. Cfr. especialmente el dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, sobre las redes sociales en línea, de 12 de junio de 2009, <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm>. La Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA) ha elaborado una lista de riesgos potenciales del uso de las redes sociales: «Security Issues and Recommendations for Online Social Networks», octubre de 2007, disponible en www.enisa.europa.eu. Esta preocupación también se ha trasladado a los medios de comunicación. Cfr. por ejemplo «¿Sabe Facebook demasiado sobre sus usuarios?», *El País.com*, 3-11-2008.
9. Aunque los usuarios de redes sociales utilicen un pseudónimo, existe por parte de las redes sociales un tratamiento de las direcciones IP, que han sido consideradas hasta ahora un dato de carácter personal. De hecho, la dirección IP es utilizada frecuentemente por los prestadores de servicios de estas redes sociales para segmentar la publicidad que se dirige a los distintos tipos de usuarios registrados. Cfr. C. Vela Sánchez-Merlo, «La privacidad de los datos en las redes sociales», *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 5, 2008, págs. 246-247. La dirección IP como dato de carácter personal ha sido ya analizado tempranamente en nuestro trabajo «La Administración electrónica», en J. L. Piñar Mañas (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 67-68. Recientemente, la propuesta de Reglamento general de protección de datos que ha presentado la Comisión precisa el concepto de dato personal como toda información relativa a un interesado y define interesado como toda persona física identificada, directa o indirecta, por medios que puedan ser utilizados razonablemente por el responsable o por cualquier otra persona física o jurídica, añadiendo elementos que no estaban en la Directiva 95/46/CE pero que ya habían sido expresamente admitidos por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 como la dirección IP o el identificador en línea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el derecho a la protección de los datos personales y el

de las redes sociales pueden ser archivados, lo que facilita la creación de bases de datos de personas con fines ilícitos.¹⁰ Todo ello obliga a repensar y a reforzar la normativa europea de protección de datos personales, como hace la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales que ha presentado la Comisión el 25 de enero de 2012, para que contemple y regule estas nuevas realidades que, si bien aportan principalmente oportunidades y ventajas, también conllevan la aparición de nuevos riesgos.

2. El responsable del tratamiento en el servicio de red social, la delimitación de las actividades personales o domésticas y el problema de aplicación de la Directiva 95/46/CE. La regulación de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales de las corporaciones que tienen su sede fuera de la Unión Europea

La normativa de protección de datos personales, a diferencia de la relativa al derecho a la intimidad, reconoce al ciudadano unos principios y derechos de protección de datos, y al mismo tiempo establece un conjunto de obligaciones al responsable

del tratamiento, de forma que permite al titular de los datos el control sobre su propia información personal sometida a tratamiento, también dentro de las redes sociales. No obstante, la propia naturaleza de internet -y de estas redes sociales-, que facilita las relaciones con personas de ámbitos geográficos muy alejados, plantea algunos interrogantes a la hora de determinar la aplicación de la Directiva 95/46/CE (art. 4) y de la LOPD (art. 2.1), teniendo en cuenta, además, que algunas redes sociales tienen su sede fuera de la Unión Europea.¹¹ Pues bien, los titulares de los servicios de redes sociales son responsables del tratamiento de datos personales y, si están establecidos en algún Estado miembro de la Unión Europea o utilizan medios de tratamiento ubicados en ella, deben cumplir la normativa europea -española si están establecidos en nuestro país- sobre protección de datos personales. Así, la Directiva 95/46/CE señala en el art. 4 que serán de aplicación las disposiciones nacionales que traspongan la Directiva a todo tratamiento de datos cuando el responsable no esté establecido en la Unión Europea pero recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios situados en el territorio de ese Estado, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito. Las redes sociales utilizan medios ubicados dentro de la Unión Europea, no sólo por la utilización de *cookies* o *banners*, sino porque la recogida de datos se produce en parte dentro de la Unión Europea.¹² Los proveedores del servicio de red social son

derecho a la vida privada (arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable -sentencia, de 9-11-2010, asunto *Volker und Markus Schecke y Eifert*, apdo. 52. El considerando 26 de la Directiva 95/46/CE y el considerando 23 y el art. 4.1) de la propuesta de Reglamento señalan que para determinar si una persona es identificable deben tenerse en cuenta todos los medios que razonablemente pudiera utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otro individuo para identificar a esa persona, en el sentido de lo expresado en el dictamen 4/2007 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre el concepto de datos personales, <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf>. Así, en relación con los identificadores en línea, el considerando 24 de la propuesta de Reglamento señala que «cuando utilizan servicios en línea, las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como las direcciones de los protocolos de internet o los identificadores de sesión almacenados en *cookies*. Ello puede dejar huellas que, combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas e identificarlas. De ello se deduce que los números de identificación, los datos de localización, los identificadores en línea u otros factores específicos *no necesariamente tienen que ser considerados datos de carácter personal en toda circunstancia*». A nuestro juicio, como hemos señalado en otro momento, las *cookies*, con independencia de la información almacenada en ellas, pueden vincularse con el usuario de un determinado dispositivo conectado a internet y permiten obtener el perfil del usuario. Si bien la dirección IP no siempre es estática sino que puede ser dinámica, además de que no identifica a un usuario sino un equipo -que puede ser de utilización compartida, por ejemplo en puntos de acceso público a internet o en un cibercafé- en muchas ocasiones es una «información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

10. Como señala el dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 -ya citado-, las redes sociales «generan la mayoría de sus ingresos con la publicidad que se difunde en las páginas web que los usuarios crean y a las que acceden. Los usuarios que publican en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a los publicitarios que desean difundir publicidad específica y basada en esta información».
11. Hay redes sociales como Facebook que están adheridas al puerto seguro, lo que significa que han asumido los principios y derechos de protección de datos personales presentes en la Directiva 95/46/CE.
12. Esta es la interpretación que a nuestro juicio debe darse al «Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en internet por sitios web establecidos fuera de la UE», del

responsables del tratamiento de datos porque han decidido la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento -art. 3.d) de la LOPD. Como ha señalado el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en el dictamen 5/2009, éstos «proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, así como todos los servicios “básicos” vinculados a la gestión de los usuarios (por ejemplo, el registro y la supresión de cuentas). Los proveedores de servicios de red social -SRS- determinan también la manera en que los datos de los usuarios pueden utilizarse con fines publicitarios o comerciales, incluida la publicidad proporcionada por terceros. Los proveedores de aplicaciones también pueden ser responsables del tratamiento de datos, si desarrollan aplicaciones que funcionan además de las de los SRS y que los usuarios deciden utilizar».

La propuesta de Reglamento general de protección de datos personales, que ha presentado recientemente la Comisión Europea, contiene una interesante regulación de su ámbito de aplicación territorial, con la finalidad de tratar de resolver la problemática de jurisdicción y de ley aplicable que plantean las corporaciones internacionales que no tienen su sede en la Unión Europea pero que ofrecen en

el territorio de la Unión servicios de tratamiento de datos como los servicios de redes sociales virtuales -u otros como los motores de búsqueda o los servicios de computación en nube-, y que había dado lugar recientemente a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional.¹³ Hay que destacar que la propuesta de Reglamento no esgrime para el ámbito de aplicación territorial el criterio -presente en el art. 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE- relativo al empleo de medios técnicos en los Estados de la Unión -que el responsable que tiene su sede fuera de la Unión Europea recurra para el tratamiento de datos personales a medios, automatizados o no, situados en los Estados de la Unión- sino que emplea «un factor de conexión más específico» que tiene en cuenta la necesaria «orientación hacia las personas». Para ello, se establece que el Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable no establecido en ella cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a esos interesados en la Unión y con el control de su conducta (art. 3.2), siguiendo en este punto el dictamen 8/2010, del Grupo de Trabajo del Artículo 29.¹⁴ Esta ampliación del ámbito de aplicación territorial

Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 30 de mayo de 2002, <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy>. El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el dictamen 5/2009, señala que las disposiciones de la Directiva relativas a la protección de datos se aplican en la mayoría de los casos a los proveedores de servicios de redes sociales, aunque su sede se encuentre fuera de la Unión Europea. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 remite a su dictamen previo sobre los motores de búsqueda, con el fin de obtener información complementaria sobre las cuestiones del establecimiento y la utilización de equipo como determinantes para la aplicabilidad de la Directiva relativa a la protección de datos y de las normas derivadas del tratamiento de las direcciones IP y la utilización de *cookies*.

13. El auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de marzo de 2012, planteó una cuestión prejudicial -también en relación con el derecho al olvido en internet-, en el marco de las resoluciones de tutela de derechos que la Agencia Española de Protección de Datos ha dictado frente a Google. Así, se pregunta si debe interpretarse que existe un establecimiento cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese Estado, o cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con esa empresa o cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria [aquí debería producirse una respuesta afirmativa a la luz del art. 3.2 de la propuesta de Reglamento]. También se pregunta si debe interpretarse el art. 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un «recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro» cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas webs ubicadas en servidores de ese Estado miembro o cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro [ambas respuestas serían afirmativas a la luz de los dictámenes 5/2009 y 8/2010, del Grupo del Artículo 29]. También se pregunta si puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet [existe una responsabilidad del buscador sobre sus propios tratamientos, como hemos señalado en «Transparencia administrativa», *loc. cit.*, págs. 101-112] y si puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas. Por último, en el caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señale que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva, se pregunta si debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea.
14. Cfr. dictamen 8/2010 sobre derecho aplicable elaborado por el Grupo de Trabajo de la Unión Europea del Artículo 29, que está accesible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_es.pdf>.

se complementa con la obligación de los responsables del tratamiento no establecidos en la Unión de designar un representante en ella, que actúe en lugar del responsable, al que puede dirigirse cualquier autoridad de control en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones, y que debe estar establecido en uno de los Estados miembros en que residan los interesados cuyos datos personales son objeto de tratamiento en el contexto de una oferta de bienes o servicios o cuyo comportamiento esté siendo controlado (arts. 4.14 y 25).¹⁵

La propuesta de Reglamento de la Comisión mejora la posición jurídica y las garantías de los ciudadanos europeos, teniendo en cuenta la naturaleza global de internet, basado en plataformas digitales que no se circunscriben a un solo territorio. De esta forma, se trata de poner fin a una práctica frecuente de las corporaciones internacionales, que alegan reiteradamente que no les es de aplicación el derecho europeo, con lo que niegan a sus usuarios europeos algunos

derechos que la normativa les garantiza y, además, obligan a los ciudadanos europeos a solicitar la tutela de sus derechos ante tribunales de justicia internacionales, principalmente el estadounidense, lo que genera una indudable indefensión. La propuesta de Reglamento -al igual que anteriormente lo hacía la Directiva y los dictámenes del Grupo de Trabajo del Artículo 29- obliga a los proveedores de servicios en internet como las redes sociales a someterse a la legislación europea de protección de datos personales, de forma que se pueda garantizar de manera efectiva los derechos de los ciudadanos europeos frente a las prácticas de estas empresas, sometiéndolas, además, a las competencias de control de las autoridades administrativas de protección de datos de los Estados de la Unión y de sus órganos jurisdiccionales -y no, por ejemplo, a los de EE.UU.¹⁶

Los usuarios de redes sociales tienen la consideración de afectados o interesados al ser las personas titulares de los datos que son objeto de tratamiento -art. 3.e) de la LOPD.¹⁷

15. No es aplicable la obligación de designar representante cuando el responsable esté establecido en un país con nivel adecuado de protección, cuando sea una empresa con menos de doscientos cincuenta trabajadores o un organismo público, o cuando el responsable ofrezca sólo ocasionalmente bienes o servicios a interesados residentes de la Unión. El carácter ocasional se desprende de analizar las actividades generales del responsable para determinar si la oferta de bienes y servicios a los interesados es accesoria a las actividades principales (considerando 64). En todo caso, hay que recordar que la Directiva 95/46/CE ya preveía que cuando el responsable no estuviera establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento medios situados en un país de la Unión Europea, deberá designar un representante en ese país (art. 4.2), lo que no siempre se cumplía.
16. Recientemente Google ha presentado una nueva política de privacidad, en la que prevé crear un perfil de datos del usuario utilizando todas las aplicaciones derivadas del buscador como redes sociales o programas de localización geográfica. La comisaria europea de Justicia, Viviane Reding, ha pedido a Google que deje en suspenso las nuevas normas de privacidad anunciadas porque no cumplen la legislación europea de protección de datos, y ha recordado, en línea con la propuesta de Reglamento, que las compañías internacionales que ofrecen sus servicios a los consumidores de la UE deben respetar las normas europeas de protección de datos. También las autoridades de control de privacidad de Asia-Pacífico -en concreto su Grupo de Trabajo Tecnológico TWG- han remitido un escrito a Google en el que manifiestan su preocupación por sus cambios en la política de privacidad y, en concreto, si se podrá combinar información suministrada por usuarios registrados en un servicio (como Gmail, YouTube o el motor de búsqueda de Google) con información de otros servicios, y también ha señalado la falta de plazos para la eliminación de la información cuando ha sido solicitada por el interesado.
17. La protección de los datos personales de los usuarios fallecidos -un problema que surge habitualmente en el ámbito de las redes sociales- ha sido analizado extensamente en otro momento. El art. 2.a) de la Directiva definía dato de carácter personal como toda información sobre una persona física identificada o identificable, sin aclarar si protegía o no la información relativa a fallecidos, algo que tampoco resuelve la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea. Hasta ahora, la mayoría de las leyes se aplican únicamente a las personas naturales o físicas, y se excluye expresamente a los fallecidos (*natural living persons or living individuals*). En España el Reglamento de protección de datos personales establece que no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas, sin perjuicio de que las personas vinculadas a aquellas puedan dirigirse a los responsables de los ficheros que contengan datos de aquellas personas con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente de la persona fallecida y solicitar, en su caso, la cancelación de los datos (art. 2.4). En la misma dirección, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen prevé las personas que pueden ejercer las acciones de protección del derecho a la intimidad de la persona fallecida y solicitar la cancelación de su perfil personal -la persona designada en testamento a tal efecto, los familiares directos o el Ministerio Fiscal (arts. 4 y 5).
Ha existido una evolución en la posición de las redes sociales sobre el mantenimiento de la publicación del perfil personal de una persona tras su muerte. Algunas redes sociales, desde un planteamiento patrimonialista de la propiedad intelectual de lo publicado en su plataforma, continuaban con la publicación del perfil personal de los fallecidos, lo mismo que ocurriría con los blogs escritos para ser difundidos y leídos por internet y que siguen publicados en la red. Inicialmente Facebook se negaba a cerrar los perfiles en internet de las personas fallecidas -esto ocurrió con el perfil del periodista William Bemister, a pesar de las reclamaciones de su hermana. Esta es una cuestión que en nuestro país se planteó con la continuidad de la publicación de los datos y conversaciones privadas de Marta del Castillo

Los usuarios de redes sociales incluyen en sus páginas personales datos de otras personas. En la mayoría de los casos son tratamientos que se encuentran excluidos del régimen de protección de datos personales al ser considerados «ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas» -art. 2.2.a) de la LOPD, una excepción también prevista en el art. 3.2 de la Directiva 95/46/CE- que va destinada a los datos personales que afecten a la esfera familiar y de amistad y que cubre aquellos tratamientos que no pretendan otra finalidad que las relaciones propias de estos ámbitos.¹⁸ La propuesta de Reglamento general de protección de datos también excluye de su ámbito de aplicación material los tratamientos de datos personales que lleve a cabo una persona física en el ejercicio de sus actividades exclusivamente personales o domésticas, y precisa con acierto «siempre que

no tengan un interés lucrativo» -art. 2.2.d).¹⁹ Esta cuestión tiene particular interés en el ámbito de las redes sociales, donde, si bien la mayoría de los tratamientos que llevan a cabo los usuarios afecta a la esfera familiar y de amistad -y se encuentran excluidos, por tanto, del ámbito material de aplicación de la normativa-, hay otros tratamientos desarrollados por los usuarios en los servicios de redes sociales que no pueden ser considerados de carácter «personal o doméstico» y que, por tanto, no se encuentran excluidos de la normativa de protección de datos.²⁰ Esto ocurriría, por ejemplo, cuando los usuarios utilizan el servicio de red social como una plataforma de colaboración con una empresa para una finalidad comercial²¹ o como un medio para desarrollar una finalidad de carácter político o social, que no son finalidades personales o domésticas.²² Igualmente, un número muy elevado de contactos por parte de un usuario implica

obtenidas de la red social Tuenti. En ese caso, Tuenti cerró, a petición de la Fiscalía, su perfil y el de alguno de los adolescentes relacionados con el suceso. En la actualidad las redes sociales cuentan con un protocolo relativo a los datos de personas fallecidas. Facebook establece en su política de privacidad el mantenimiento de las páginas del perfil de los fallecidos «de forma especial y conmemorativa durante un periodo de tiempo determinado, eliminando cierta información sensible» y permite el acceso a la página sólo a los amigos que ya estaban confirmados por el usuario en el momento de su muerte. Al mismo tiempo, Facebook ofrece también a los familiares cercanos la solicitud para cerrar completamente la cuenta del fallecido. Igualmente, Tuenti ofrece a los familiares y personas vinculadas a éste la posibilidad de notificar el fallecimiento de un usuario y solicitar la cancelación del perfil, con los requisitos de acreditación del fallecimiento y de la relación directa. El cierre de la cuenta supone el borrado automático de todos los datos, imágenes y cualquier tipo de información que apareciera del usuario. Por último, hay que señalar que existen redes sociales para fallecidos como Lifestrand, una especie de cementerio virtual con el fin de expresar las condolencias a los familiares, rendirles un homenaje y compartir recuerdos -fotos y vídeos-, que tratan de eternizar su recuerdo a través de internet. Incluso hay empresas que han desarrollado una aplicación para que tras el fallecimiento se publique un mensaje que se grabó con anterioridad.

18. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 15 de junio de 2006, ha establecido que se consideran ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas los datos que «afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efectos en estos ámbitos».
19. El considerando 15 de la propuesta pone como ejemplo de tratamientos personales o domésticos la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, sin ningún interés lucrativo y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Sin embargo precisa que esta exención no debe aplicarse a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar los datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.
20. El dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 precisa en qué circunstancias las actividades de un usuario de servicios de redes sociales no están cubiertas por la «exención doméstica». Una preocupación de este grupo de trabajo es la difusión y utilización de la información disponible en los servicios de redes sociales con fines secundarios, no buscados. Así, el dictamen 5/2009 señala que una tendencia creciente que se evidencia en los servicios de redes sociales es el paso de la web 2.0 para el ocio a la web 2.0 para la productividad y los servicios.
21. Así, muchas redes sociales especializadas son básicamente redes de profesionales, como LinkedIn, que quiere favorecer las relaciones entre profesionales, o Ryze.com, que hace conexiones de empresas para resolver sus necesidades. Hay que tener en cuenta que la normativa española no protege los datos de personas jurídicas ni los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas -cuando constan únicamente nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales-, ni los ficheros con datos relativos a empresarios individuales, cuando se haga referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros (art. 2 del RPDP). Así, la información de relaciones profesionales no forma parte nuclear de la privacidad de las personas. En ese sentido, las redes generalistas tienen un mayor nivel de riesgo ya que no sólo ofrecen información profesional sino también vivencias o aficiones. No obstante, no están excluidos de la LOPD los tratamientos de datos personales de potenciales clientes. MySpace, si bien es una red generalista, dispone de un grupo formado por artistas que la aprovechan para dar a conocer sus trabajos ante el público en general.
22. El hecho de que no se aplique al usuario la excepción de los tratamientos con fines personales o domésticos no significa que no sean de aplicación otras excepciones a los principios y derechos de protección de datos, como son las destinadas a aquellos tratamientos que suponen el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de información y de expresión, que en todo caso se encuentran limitados por

que no conoce a muchos de ellos -consecuencia de una aceptación indiscriminada de peticiones de amistad sin que exista una relación personal-;²³ por lo que no puede hablarse de datos que afecten a la esfera familiar y de amistad o de tratamientos personales o domésticos. Tampoco puede hablarse de un tratamiento «personal o doméstico» cuando el perfil y los contactos personales se encuentran abiertos para todos los usuarios de la red social o cuando la información personal puede ser indexada a través de motores de búsqueda fuera de la propia red. En estos supuestos, el usuario debe ser considerado responsable de tratamiento, y debe aplicársele el mismo régimen que en la publicación de datos personales en otras plataformas tecnológicas de manera abierta en internet. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en la sentencia *Lindqvist* que los tratamientos de datos personales que consistan en la publicación de datos de manera que éstos sean accesibles para una pluralidad de personas, aunque sean personales o domésticos y no tengan un interés lucrativo, estarían dentro del ámbito material de aplicación de la normativa de protección de datos.²⁴ De hecho, la interpretación limitada del concepto de tratamiento personal o doméstico es una consecuencia del principio *pro libertate*, que obliga a una interpretación restrictiva de los límites a un derecho fundamental, especialmente cuando afecta al contenido esencial del derecho y a los intereses jurídicos que le dan vida. Así, excluir estos tratamientos del derecho fundamental a la protección de datos personales afectaría a los intereses

jurídicos que dan vida a este derecho -especialmente de terceras personas-, y los dejarían sin protección (STC 11/1981). Este planteamiento es una exigencia del respeto a los derechos de las personas en las redes sociales. Así, no tendría sentido que no pueda aplicarse la normativa de protección de datos personales -y, por tanto, no esté vigente el derecho fundamental a la protección de la información personal- a tratamientos que suponen una cesión indiscriminada de datos -incluso sensibles- de terceras personas a un número muy amplio de usuarios de una red social, a todos los usuarios de esta sin restricciones de acceso o al público en general -a través de motores de búsqueda. Esta publicación de datos personales debe suponer que el usuario de la red social asume la responsabilidad del tratamiento -en relación con las personas cuyos datos y fotografías aparecen publicadas en su perfil-, lo que le obliga, en especial, al cumplimiento de los principios de información y consentimiento y al respeto a los derechos de los afectados que establece la LOPD, así como a la notificación del tratamiento a la Agencia Española -obligación ésta que desaparece en la propuesta de Reglamento y es sustituida por la documentación de los tratamientos. De hecho, el usuario, como más adelante señalaremos, es responsable no sólo ante la Agencia de Protección de Datos sino también tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal por las vulneraciones de los derechos de las personas que se deriven de la información incorporada por éste a la red social.

el derecho a la intimidad, como ha establecido el art. 9 de la Directiva 95/46/CE y los arts. 21.1.f) y 80 de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales -que regula los tratamientos efectuados exclusivamente con fines periodísticos y de expresión literaria o artística. Cfr. sobre esta cuestión nuestra «Introducción y presentación» a *An Approach to Data Protection in Europe*, Thomson-Civitas, APDCM, 2007, págs. 26-33, y, más recientemente, «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales», *loc. cit.*

23. Muchas decisiones en la era de internet -como abrir el nivel de acceso al perfil personal, aceptar una solicitud de amistad, publicar una fotografía en una red social, insertar un comentario en Twitter o contestar un correo electrónico- se toman, a nuestro juicio, en lo que Kahneman ha definido el sistema 1 -el pensamiento más intuitivo y rápido, que requiere un menor esfuerzo mental-, un comportamiento que generalmente incrementa la posibilidad de error y crea problemas a los usuarios. D. Kahneman, premio Nobel en Ciencias Económicas por sus trabajos sobre psicología económica, ha publicado *Thinking, Fast and Slow* -Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011, esp. págs. 19-107 y 408-419-, un estudio que cuestiona el modelo racional del juicio y la toma de decisiones. Kahneman ha explicado que existen dos sistemas que conducen a la manera en que pensamos. El sistema 1, que es rápido, intuitivo y emocional, y concluye rápidamente sin esperar a la conciencia racional; y el sistema 2, que es más lento, deliberativo y lógico.
24. Cfr. la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de noviembre de 2003, asunto *Lindqvist*, sobre la catequista sueca que publicó datos personales en internet. Cfr. E. Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 110-114; M. C. Guerrero Picó, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 356-361. También nosotros hemos señalado que la realización de fotografías de grupos de menores en centros educativos por parte de los padres puede considerarse un tratamiento personal o doméstico pero su publicación en internet en abierto supone un tratamiento que sale de la esfera personal y se constituye en una cesión indiscriminada de datos personales. La Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala que la protección de estos derechos «quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Cfr. nuestra «Introducción y presentación» a *Protección de datos personales para centros educativos públicos*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, pág. 55.

3. La información y el consentimiento del interesado para el tratamiento y para las cesiones a la luz de la propuesta de Reglamento general de protección de datos personales, el establecimiento de niveles de acceso y la inclusión de datos de otras personas en el propio perfil

El artículo 6 de la propuesta de Reglamento mantiene las condiciones de licitud de los tratamientos presentes en el artículo 7 de la Directiva y los especifica más en profundidad.²⁵ En especial, la propuesta fija las condiciones para que el consentimiento sea válido como fundamento jurídico del tratamiento lícito. El cambio más relevante se encuentra en el capítulo I -disposiciones generales-, y más concretamente en las definiciones donde desaparece la legitimidad del consentimiento tácito. El consentimiento es para la propuesta de Reglamento toda manifestación de voluntad no sólo libre, específica, informada sino también *explícita*, «mediante la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración, ya sea mediante una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Se trata, como señala la exposición de motivos, de «dotarse de una definición única y coherente que garantice que el interesado es consciente de que da su consentimiento y a qué lo da».²⁶ Por tanto, el consentimiento explícito para el tratamiento de datos personales será plenamente de aplicación a los servicios de redes sociales. Posiblemente, la mejora de las tecnologías de la comunicación ha facilitado la posibilidad de exigir el consentimiento explícito, algo que en el pasado podía ralentizar la relación jurídica en internet. Se establecen ahora algunos rasgos nuevos en relación con el consentimiento, que ya estaban señalados

por la doctrina y la jurisprudencia: que la carga de la prueba del consentimiento la tiene el responsable del tratamiento, que el consentimiento para el tratamiento debe ser distinguido de cualquier otra dación de consentimiento para otro asunto y que el consentimiento no es una base jurídica válida cuando existe un desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento. Como señala la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, a juicio de la Comisión, era necesaria una interpretación clara y uniforme del consentimiento válido en toda la Unión Europea que dé seguridad jurídica a los agentes económicos.

Por tanto, la recogida de datos personales por el proveedor del servicio de red social así como las posibles cesiones tienen que hacerse mediante el consentimiento libre, inequívoco, específico e informado del interesado -art. 3.h) de la LOPD-, así como explícito. Debe ser el usuario el que dé su consentimiento y establezca el nivel de acceso a su perfil personal -a sus amigos, a los amigos de sus amigos, a toda la red social o fuera de ella permitiendo la indexación por motores de búsqueda. Este consentimiento se ejerce habitualmente aceptando la política de privacidad establecida por defecto, una cuestión que después analizaremos.²⁷ El interesado, de esta forma, consiente el tratamiento de sus datos personales por el servicio de red social. Sin embargo, el interesado no consiente los tratamientos de sus datos que se llevan a cabo en las páginas personales de otros usuarios. El consentimiento es un derecho del usuario y una obligación del responsable de la red social como responsable del tratamiento; por tanto, no es una obligación legal del usuario, salvo que también sea responsable del tratamiento en los términos antes señalados²⁸ o salvo que la información revelada por el usuario afecte al derecho a la intimidad, honor y propia imagen de otras personas y supere los usos admitidos socialmente (art. 2.1 de la Ley orgánica 1/1982,

25. Así, los tratamientos de datos personales se consideran legítimos si existe consentimiento, relación contractual, obligación jurídica del derecho de la Unión o de la legislación del Estado, cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio de poder público y satisfacción del interés legítimo del responsable.

26. De esta forma, la propuesta de Reglamento es más garantista que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que señala que el consentimiento ha de prestarse de forma inequívoca (art. 8). Esto estaba en línea con la Directiva que consideraba únicamente como rasgos esenciales del consentimiento que fuera libre, específico e informado -art. 2.h)-, e inequívoco -art. 7.a). En cambio, el consentimiento expreso o explícito se requería únicamente para el tratamiento de categorías especiales de datos -art. 8.2.a) de la Directiva y art. 7 de la LOPD.

27. Existen distintas medidas que pueden implantar los servicios de redes sociales para limitar las injerencias en la privacidad de las personas. Así, la 30.^a Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad de Estrasburgo del año 2008 estableció que los servicios de red social deben tomar medidas eficaces para impedir el «spidering» y/o las descargas en masa de datos de perfil por parte de terceros.

28. La publicación excesiva de información de terceros -fotos- sin consentimiento de estos ha sido sancionada por la Agencia Española (procedimiento sancionador 000117/2008).

de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Hay que recordar de nuevo la distinción existente entre el proveedor del servicio de red social, que es el responsable del tratamiento, y el usuario ya que las cesiones que haga este último en un ámbito restringido pudieran entenderse como un tratamiento para fines personales, familiares o domésticos, que están excluidos de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD.²⁹ Un modelo ideal sería que los usuarios no cedieran datos de otras personas -por ejemplo, imágenes de grupo- sin su consentimiento. A este criterio tienen que ir encaminados todos los códigos de buenas prácticas y la concienciación de los usuarios. Sin embargo, muchas redes sociales permiten el tratamiento de datos de otras personas -por ejemplo, la fotografía o su etiquetado- sin este consentimiento. Hay que ser conscientes de que no siempre es fácil solicitar y obtener el consentimiento de todas las personas que aparecen en una fotografía. La publicación por parte de los usuarios de redes sociales de datos personales de terceros sin su consentimiento -por ejemplo, fotografías-, aunque sea entre amigos y para un círculo restringido, es una cuestión compleja desde el punto de vista del derecho a la intimidad y a la imagen. Parece razonable que la publicación para un número limitado de amigos y, por tanto, con el máximo grado de privacidad -y no para amigos de amigos, toda la red social y todo internet- pueda considerarse un uso admitido socialmente, que en este caso formaría parte de un tratamiento familiar o doméstico, lo

que significa que no se considera una intromisión ilegítima que deba ser perseguida -por otra parte, no sería posible hacerlo- y siempre que la información publicada no afecte a la intimidad de una persona. No obstante, la existencia de una oposición del interesado debería bastar para la supresión de esta información de esta comunidad restringida y es importante, por ello, que las redes sociales tengan canales de denuncia que lo permitan.³⁰

Como hemos señalado anteriormente, el usuario de los servicios de red social que no lleva a cabo tratamientos personales o domésticos -bien porque desarrolla una actividad comercial, empresarial o profesional a través de la red social, bien porque mantiene un número muy elevado de contactos, bien porque establece su perfil personal con datos de otras personas abierto a todos los usuarios de la red social o indexable a través de buscadores fuera de la red social- es el responsable del tratamiento de los datos de otras personas publicados en su perfil y está obligado por ello a cumplir los principios y derechos de protección de datos, en especial, el principio de consentimiento. Hemos analizado en otro momento las excepciones a algunos principios de protección de datos, especialmente el consentimiento, en los tratamientos de los datos personales efectuados exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, algo frecuente en el ámbito de las redes sociales, y la necesidad de conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión, una previsión

-
29. Los usuarios de redes sociales tratan en muchas ocasiones datos de personas que no son miembros de la red social y que no han dado su consentimiento. Lo esencial es que el propio servicio de red social como responsable del tratamiento no lleve a cabo un tratamiento de estos datos personales -por ejemplo, no cree perfiles de no miembros prerrellenados ni invite a no miembros a adherirse a la red. Este es el sentido que hay que darle a este apartado del dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29: «Muchos servicios de redes sociales permiten a los usuarios proporcionar datos sobre otras personas, como añadir un nombre a una imagen, evaluar a una persona, o poner una lista de “gente que he conocido/quiero conocer” en acontecimientos. Esta información puede identificar también a no miembros. Sin embargo, el tratamiento de este tipo de datos relativos a no miembros por el SRS sólo puede realizarse si se cumple uno de los criterios contemplados en el artículo 7 de la Directiva relativa a la protección de datos. Además, la creación de perfiles de no miembros prerrellenados mediante la agregación de datos proporcionados independientemente por usuarios de SRS, incluidos los datos afines deducidos de las listas de contactos en línea, no tiene ninguna base jurídica. Incluso aunque el SRS tuviese los medios para ponerse en contacto con el no usuario e informarle de la existencia de datos personales relativos a él, una posible invitación por correo electrónico para adherirse al servicio de red social con el fin de acceder a estos datos personales violaría la prohibición prevista en el artículo 13, apartado 4, de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, relativa al envío de mensajes electrónicos no solicitados con fines de comercialización directa».
30. El dictamen 5/2009 plantea la implementación de herramientas que mejoren el consentimiento entre los usuarios miembros de la red social. Se habla así de la «introducción de herramientas de gestión de etiquetas de la información en los sitios de redes sociales, en particular, creando espacios en un perfil personal para indicar la presencia de un nombre de usuario en imágenes o vídeos con etiqueta que estén a la espera del consentimiento del usuario en cuestión, o fijando plazos de expiración para las etiquetas que no hayan recibido el consentimiento de la persona señalada». Así, por ejemplo, Tuenti ofrece a sus usuarios en las «condiciones de uso» mecanismos técnicos para el borrado de una foto, para quitar una «etiqueta» que marca una fotografía que identifica a un usuario y para su denuncia. Además, informa de que los usuarios no están autorizados a subir fotografías sin haber obtenido el oportuno consentimiento de las personas que en ellas pudieran aparecer.

que se encuentra en los arts. 80 y 21.1.f) de la propuesta de Reglamento y en el art. 9 de la Directiva.³¹ Además, el art. 7.f) de la Directiva 95/46/CE -que se mantiene en el art. 6.1.f) de la propuesta de Reglamento- permite el tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado cuando concurren dos requisitos acumulativos: que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado, lo que exige una ponderación que dependerá de las circunstancias concretas en cada caso. Este precepto tiene efecto directo, como ha recordado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 24 de noviembre de 2011.³² El tratamiento de datos de otras personas sin consentimiento previsto en el art. 7.f) de la Directiva podría encontrar su justificación en la satisfacción de un interés legítimo si el número de contactos es reducido o el acceso al perfil personal está restringido -estaríamos hablando, además, en este caso, de un usuario que lleva a cabo un tratamiento personal o doméstico y no de un responsable de tratamiento. Sin embargo, cuando el usuario se convierte en responsable del tratamiento por tener un muy elevado número de contactos personales o un perfil abierto, el tratamiento de datos de otras personas sin su consentimiento en su perfil personal difícilmente podría justificarse en la satisfacción de un interés legítimo de éste y no superaría el *balance test* que obliga a llevar a cabo una ponderación, valorando la posible prevalencia de los derechos y libertades de los interesados. A nuestro juicio, la cláusula del equilibrio de intereses que prevé el art. 6.1.f) de la propuesta de Reglamento -y el art. 7.f) de la Directiva- puede justificar la ausencia del consentimiento del interesado para los tratamientos de datos personales o la cesión de datos a un concreto cesionario en la actividad económica o de prospección comercial -especialmente cuando estos datos consten en fuentes accesibles al público, como señalaba la legislación española, porque implica una menor gravedad de la injerencia, sin perjuicio de no poder excluir los tratamientos sin consentimiento de otros datos que no figuren en fuentes accesibles al público. Sin embargo, la inclusión de datos de otras personas en un perfil personal con un número muy elevado de contactos o abierto a todos los

usuarios de red social sin restricciones de acceso o al público en general a través de motores de búsqueda implica una publicación de datos personales que en muchas ocasiones no permite identificar al cesionario y, por tanto, supone una cesión indiscriminada de datos -incluso sensibles- donde el interesado pierde el control de su información personal.

Los proveedores de redes sociales no pueden tratar datos de ideología, religión o creencias de los usuarios sin el consentimiento expreso y escrito de éstos y con expresa advertencia del derecho a no prestarlo (arts. 7.1 y 2 de la LOPD). Los datos de raza, salud o vida sexual de los usuarios no pueden ser objeto de tratamiento por el servicio de red social sin el consentimiento expreso del usuario (art. 7.3 de la LOPD). Además, los formularios de inscripción en la red social deben señalar expresamente que esta información es voluntaria. La LOPD prohíbe expresamente los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual (art. 7.4), lo que debe ser tenido en cuenta por las empresas proveedoras de estos servicios a la hora de configurar la organización de grupos. Estamos hablando, de nuevo, de las obligaciones del responsable del tratamiento y, por tanto, de los derechos del usuario. Lógicamente, estos criterios son de aplicación al usuario que es al mismo tiempo responsable del tratamiento -en los supuestos antes señalados-, de forma que éste, por ejemplo, no puede publicar datos sensibles de otras personas en abierto en internet sin los mismos requisitos de consentimiento antes señalados. Si bien la legislación de protección de datos personales no se aplica a los tratamientos personales, familiares o doméstico, la obligación que tiene toda persona -no sólo el responsable del tratamiento- de respetar el derecho a la intimidad de los demás y las eventuales responsabilidades penales o civiles al margen del derecho fundamental a la protección de datos personales que pueden derivarse de su incumplimiento obligan a los usuarios a ser especialmente cautos y a respetar en este caso el principio de consentimiento. Así, hay que recordar que los datos de ideología, afiliación sindical, religión o creencias, raza, salud o vida sexual afectan a la esfera más íntima de una persona por lo que su revelación en una red social -aunque sea a un círculo restringido que

31. Esta cuestión la hemos abordado en «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales», *loc. cit.*

32. El Tribunal de Justicia ha recordado que el art. 7.f) es una disposición suficientemente precisa y establece una obligación incondicional, por lo que concurren los requisitos de la jurisprudencia -sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Simmenthal*, 1978- para atribuirle un efecto directo, de forma que puede ser invocado directamente por un particular y aplicado por los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque no exista transposición.

no haga del usuario un responsable del tratamiento- puede suponer igualmente la vulneración del derecho a la intimidad de la persona. Por tanto, si como criterio general un usuario no debería revelar información de otras personas sin su consentimiento, esto dispone de un especial refrendo normativo cuando hablamos de datos especialmente protegidos. En todo caso, hay que recordar que una excepción a la prohibición de tratamiento de categorías especiales de datos es que el interesado los haya hecho manifiestamente públicos -art. 9.2.e) de la propuesta de Reglamento, que también se encuentra en el art. 8.2.e) de la Directiva 95/46/CE.

La mayoría de las redes sociales anima a los usuarios a que inviten a sumarse a la red social a sus contactos personales. Así, en el momento de la inscripción, los usuarios son invitados a enviar un correo electrónico a sus contactos en su agenda de direcciones electrónicas. La Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, exige como regla general el consentimiento del interesado para la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas. Si bien existe una invitación por parte de la red social que es la responsable del tratamiento, estamos hablando en este caso de una comunicación personal por lo que no es de aplicación la prohibición de utilizar el correo electrónico con fines de comercialización directa, siempre que se cumplan una serie de requisitos.³³ En todo caso, la inclusión de estos contactos dentro de la red social sólo puede hacerse con su consentimiento. Igualmente, las redes sociales tienen un servicio de notificación de novedades en el propio perfil o en el de sus contactos cuando, por ejemplo, alguien ha agregado su perfil a la lista de contactos de otra persona, se le invita a participar en un grupo o alguien ha etiquetado su foto. La incorporación a este servicio de notificación debe hacerse también con el consentimiento del interesado.

Es especialmente importante el cumplimiento del principio de información (art. 5 de la LOPD),³⁴ de forma que el titular de los datos debe ser previamente informado: en primer lugar, de la existencia de un fichero y de un tratamiento con sus datos personales -hay que informar, por tanto, de la recogida de *cookies*-, de todas las finalidades del tratamiento -debe informarse si los datos de los perfiles van a ser empleados con fines distintos de la participación en la red, como, por ejemplo, para fines publicitarios o de marketing- y de los cesionarios o destinatarios de la información -debe informarse de los niveles de acceso y de las categorías, qué tipo de datos van a ser cedidos y la finalidad, si se va a hacer publicidad de los distintos perfiles, si la información puede ser indexada por cualquier buscador o si se prevén transferencias a países no miembros de la Unión Europea que no ofrecen el mismo nivel de protección-;³⁵ en segundo lugar, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta -las redes sociales incentivan a través de impresos la incorporación del mayor número de datos posibles pero no informan de qué casillas son necesarias para la incorporación a la red social y cuáles son opcionales-; en tercer lugar, de las consecuencias de la obtención de los datos y de la negativa a suministrarlos; en cuarto lugar, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y en quinto lugar, de la identidad y dirección postal y electrónica del responsable del fichero y del servicio para el ejercicio de los derechos antes señalados -es muy importante que los proveedores de servicios de redes sociales informen a los usuarios de su identidad.³⁶ Es necesario que se lea y se acepte expresamente la política de privacidad antes de la publicación del perfil con datos personales en la red social. Así, no debe ser posible la introducción de ningún dato sin que el afectado haya dado su consentimiento expreso, en el que acepte los términos y condiciones de la política de privacidad de la red social. Sin embargo, no todas las redes sociales cumplen la normativa de protección de datos

33. Para que estas invitaciones que hacen los usuarios cumplan la excepción de las comunicaciones personales, el dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 señala que el servicio de red social debe cumplir los siguientes criterios: no incentivar al remitente ni al destinatario; el proveedor no debe seleccionar a los destinatarios; la identidad del remitente debe mencionarse claramente; y el remitente debe conocer todo el contenido del mensaje que se enviará en su nombre.
34. Estas exigencias son aplicables para las redes sociales sometidas a la LOPD ya que las obligaciones de información de la Directiva son más flexibles.
35. El dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 incide en la importancia de que se informe de la utilización de los datos con fines de comercialización directa; de la posible distribución de datos a categorías específicas de terceros; de una reseña de los perfiles -su creación y sus principales fuentes de datos- y de la utilización de datos sensibles.
36. Cfr. el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 «Recomendación sobre determinados requisitos mínimos para la recogida en línea de datos personales en la Unión Europea», aprobado el 17 de mayo de 2001. Este documento señala que la no mención de los destinatarios equivale al compromiso de no comunicar información personal. Cfr. también el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29: «Privacidad en Internet: enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea», adoptado el 21 de noviembre de 2000.

personales en este punto. La política de privacidad no está destacada suficientemente en las páginas de inicio y en las fases de registro.³⁷ No existe un conocimiento de quién posee mis datos, para qué finalidad; tampoco se informa de los derechos del afectado ni se conocen de manera completa las posibles cesiones y el almacenamiento de *cookies*.³⁸ Existe una apariencia de consentimiento pero el incumplimiento del principio de información implica que no existe un consentimiento informado.³⁹

La propuesta de Reglamento general de protección de datos personales introduce el principio de transparencia -que los datos serán tratados de manera transparente en

relación con el interesado del art. 5.a)-, lo que tiene consecuencias para los servicios de redes sociales en relación con la información al interesado y, como señalaremos más adelante, con el derecho de acceso. Así, la información al interesado debe incluir no sólo los fines del tratamiento sino también el interés legítimo del responsable; debe contener, además, información sobre el plazo dentro del cual se conservarán los datos personales, la fuente de la que proceden los datos -esto ya estaba en la LOPD-, el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control y, en su caso, la intención del responsable de efectuar una transferencia internacional y el nivel de protección del tercer país.

Cita recomendada

TRONCOSO REIGADA, Antonio (2012). «Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 61-75. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-troncoso/n15-troncoso-es>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1646>

ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

37. Muy pocas personas leen la política de privacidad -donde se señala la explotación de la información por intereses económicos-, especialmente los jóvenes. Hay que destacar que los *digital natives* son objeto de un interés específico por las compañías de publicidad.
38. Cfr. el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos sobre buscadores de Internet, de 1 de diciembre de 2007, accesible en la web de la Agencia.
39. Algunos de los criterios relativos a la protección de datos personales en la Administración electrónica son también trasladables a las redes sociales. Cfr. nuestro trabajo «La Administración electrónica y la protección de datos personales», *loc. cit.*

Sobre el autor

Antonio Troncoso Reigada
antonio.troncosoreigada@uca.es
Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz

Es profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Cádiz. Ha sido director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de 2001 a 2010, habiendo sido designado para un segundo mandato por unanimidad de todos los grupos políticos y centrales sindicales. Ha tenido el primer Premio Nacional de terminación de estudios universitarios y el premio extraordinario de licenciatura en la Universidad Complutense (1991). Es doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia con la calificación *summa cum laude*. Ha obtenido el premio Nicolás Pérez Serrano a la mejor de tesis doctoral de derecho público del año 1993. Ha recibido el Premio Nacional de investigación del Ministerio de Justicia 2010 por el tratado *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Es miembro del Consejo Consultivo de la Agencia Española de Protección de Datos en representación del Consejo de Universidades. Ha sido también director general de Calidad de los Servicios y del Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid en el gobierno de Ruiz Gallardón; director del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, y secretario general de la Universidad de Cádiz.

Facultad de Derecho.
Universidad de Cádiz
Avda. de la Universidad s/n
Campus de la Asunción, 111405 JEREZ.

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Relato del Congreso IDP 2012

Ignacio Alamillo

Abogado, CISA, CISM, ITIL

Fecha de presentación: octubre de 2012

Fecha de aceptación: octubre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

Este artículo contiene el relato del VIII Congreso Internet, Derecho y Política, organizado por la Universitat Oberta de Catalunya y celebrado en las instalaciones del CosmoCaixa en Barcelona los días 9 y 10 de julio de 2012.

El Congreso, con la temática del entretenimiento en línea como hilo conductor, contó con tres ponencias principales, dos mesas de debate y la presentación de veintiocho comunicaciones, agrupadas en cuatro grandes dominios: propiedad intelectual, comercio electrónico y juego en línea, gobierno y políticas regulatorias, y privacidad.

Las intervenciones del Congreso, de gran diversidad, han puesto de manifiesto una transformación importante del modelo de relaciones en internet, que afecta al sustrato sociológico en el que se basó el diseño de normas como la propiedad intelectual, la formalización contractual de las relaciones de consumo y la protección de datos personales y otros derechos fundamentales, de modo que se puede anticipar la necesidad de una mayor y mejor regulación, realista y equilibrada: más armonizada dentro de la Unión Europea, y mejor coordinada con la legislación de Estados Unidos, sin renunciar a los principios y derechos constitucionales de nuestra tradición.

Palabras clave

propiedad intelectual, comercio electrónico, juego en línea, gobierno electrónico, privacidad, redes sociales, computación en la nube

Tema

derecho

Proceedings of the IDP 2012 Conference

Abstract:

This paper presents the proceedings of the 8th International Conference on Internet, Law and Politics organized by the Open University of Catalonia and held at CosmoCaixa in Barcelona from 9-10 July 2012.

The conference, under the theme of online entertainment, featured three keynote speakers, two round tables and the presentation of 28 papers covering four broad fields: intellectual property, e-commerce and online gaming, government and regulatory policies, and privacy.

The very diverse contributions at the conference highlighted an important change in the model of relationships on the web that affects the underlying social fabric that forms the basis for the design of regulations on intellectual property, consumer contracts and the protection of personal data and other fundamental rights. Such a scenario may require more and better regulation that is more realistic and balanced entailing increased accord within the EU and better coordination with US legislation, without abandoning the principles and constitutional rights of European legal tradition.

Keywords

intellectual property; e-commerce; online gaming; e-government; privacy; social networks; cloud computing

Subject

law

El 8.º Congreso Internet, Derecho y Política, organizado por la Universitat Oberta de Catalunya y celebrado en las instalaciones del CosmoCaixa en Barcelona los días 9 y 10 de julio de 2012, trató asuntos relacionados con el entretenimiento en línea.

El congreso contó con tres ponencias principales, dos mesas de debate y la presentación de veintiocho comunicaciones, agrupadas en cuatro grandes bloques, recogidos en las actas correspondientes: propiedad intelectual, comercio electrónico y juego en línea, gobierno y políticas regulatorias, y privacidad.

Los retos jurídicos relacionados con la proyección de la persona en la red es un tema muy complejo. Estamos ante un fenómeno de transformación de las instituciones jurídicas, frecuentemente diseñadas sobre las limitaciones inherentes al espacio y el tiempo.

En efecto, el inicio de la vida digital de los ciudadanos, incluida la actividad lúdica y de negocio, obliga a transportar al ciberespacio reglas que podían resultar más o menos operativas en las relaciones entabladas en el mundo físico,

pero que no resuelven de forma satisfactoria sus correlativos digitales, y que afectan potencialmente a los derechos de los ciudadanos y condicionan la adopción de nuevos modelos relacionales y, en su caso, de negocio.

La ponencia del profesor Greg Lastowka, de la Universidad Rutgers, trató, en este sentido, no solo de las limitaciones observadas en el intento de aplicación de las reglas de propiedad intelectual al modelo clásico de negocio que relaciona a autores y editores profesionales con los consumidores de contenidos en internet, sino de las dificultades y retos adicionales que plantean los contenidos generados por los propios usuarios, que, como es sabido, conforman la base de la denominada Web 2.0: mundos virtuales, plataformas de entretenimiento en línea, servicios de red social. Estos elementos permiten, a todos por igual, crear y difundir contenidos digitales, pero, en algunos casos, hay dudas acerca del régimen de propiedad y monetización correspondientes.

El profesor Lastowka trazó un interesante paralelismo entre los siervos de la gleba y los señores de los castillos para explicar que los usuarios se agrupan alrededor de las plataformas de la Web 2.0, a las que contribuyen con su

creatividad, incluso pagando por ello, con su privacidad o con dinero, a cambio del privilegio de pertenecer al territorio virtual de la comunidad.

En opinión del profesor Lastowka, la actual legislación de propiedad intelectual coadyuva a la protección de las plataformas, en detrimento de los usuarios-productores, que pueden quedar desprotegidos en cuanto a sus propios contenidos e intereses. De ello se desprende la necesidad de fomentar la portabilidad de contenidos entre plataformas, así como de evitar la creación de situaciones anticompetitivas basadas en un excesivo poder de las plataformas y, en concreto, del uso de la legislación de propiedad intelectual para blindar sus contenidos y servicios más allá de lo razonable.

Sin embargo, concluyó el profesor Lastowka, la solución no pasa por un ataque a las plataformas, sino por reconocer nuevos derechos a los usuarios: crear opciones de retorno económico a los creadores, exigir derechos de acceso y portabilidad, regular el justo uso de los contenidos mediante cláusulas contractuales o considerar nuevas opciones de derecho moral de autor.

La ponencia de Fred von Lohmann, consejero jefe de propiedad intelectual de Google, trató, en una aproximación diferente, de las limitaciones de la actual legislación de propiedad intelectual como instrumento de política industrial.

Para Von Lohmann, la legislación vigente no ofrece una respuesta satisfactoria a los nuevos creadores en internet, un espacio donde la copia resulta imprescindible para las relaciones digitales, debido a la propia arquitectura técnica de los protocolos de comunicaciones electrónicas.

Si cada acto de difusión personal, cada mensaje remitido y cada operación técnica resulta encuadrable en la estricta legislación de propiedad intelectual, como así sucede, entonces la propia legislación actúa como barrera para la innovación en los servicios electrónicos, por lo cual se debería reformar dicha legislación para tratar, además de los derechos de los creadores, fórmulas equilibradas que permitan la aparición y el desarrollo de nuevos servicios, útiles y demandados por la ciudadanía.

El ponente apuntó la necesidad de apostar por una interpretación flexible de las excepciones y limitaciones legales, para cubrir nuevas situaciones como la indización, el acceso ubicuo a los contenidos (*space shifting*), la copia efímera o

la remezcla de contenidos, en el camino iniciado por algunas legislaciones pioneras, como la canadiense. Asimismo, el establecimiento de reglas de puerto seguro, aunque más propias del comercio electrónico que de la legislación de propiedad intelectual, supone una reducción importante de la complejidad, lo cual facilita la prestación de los servicios.

En definitiva, el enfoque de la legislación de propiedad intelectual ha de desplazarse hacia, o al menos complementarse con, una visión de política industrial que permita la aparición y el empleo de servicios innovadores, basada en la flexibilidad.

También se debatieron en el marco de las comunicaciones presentadas en el congreso algunas de las cuestiones relevantes en relación con los retos de la propiedad intelectual apuntadas inicialmente, incluidos los problemas de interpretación jurídica en diferentes jurisdicciones europeas (Casarosa), o limitaciones derivadas del principio de territorialidad (Bonadio), o fallos en el principio de equivalencia funcional en relación con servicios basados en la Nube (Kerremans, Bertoni & Montagnani).

En relación con el dominio específico del comercio electrónico y el juego en línea, se trataron cuestiones controvertidas, incluidas las visiones críticas sobre el impacto de la directiva sobre los derechos de los consumidores en el comercio electrónico (Bednarz), sobre la justificación legal a las prohibiciones o restricciones al juego en línea (Carran) y sobre los mecanismos de control contractual en las plataformas de entretenimiento en línea (Rubí Puig). Asimismo, se presentaron algunos riesgos específicos de los espacios virtuales, como en el caso del blanqueo de capitales (Mallada Fernández) o el SPAM social (Vázquez Ruano).

Por lo que se refiere al dominio del ejercicio de los derechos fundamentales en internet, se presentaron comunicaciones centradas en el uso de la tecnología para el refuerzo del principio democrático en el proceso legislativo (Simón Castellano) o de participación y liberación de información pública (Nadal Sánchez & De la Cueva González-Cotera).

En otro orden de cosas, se discutió sobre la normativa de conservación de datos en relación con las infracciones de propiedad intelectual, desde una perspectiva constitucional (Torres Díaz) y a la luz de la reciente jurisprudencia europea (González Fuster). Asimismo, se presentó la potencial ineficiencia de algunas aproximaciones legales, como la de la denominada «Ley Sinde» (García Álvarez *et alii*).

El primer día se cerró con una mesa redonda dedicada a los nuevos modelos de negocio en la distribución de contenidos en línea.

La segunda jornada del congreso se inició con la intervención del profesor Pedro A. de Miguel Asensio, de la Universidad Complutense de Madrid, centrada en el entretenimiento en línea y la protección de los consumidores. El profesor De Miguel Asensio realizó una detallada exposición de los diferentes regímenes legales aplicables en la Unión Europea, a partir de la aclaración inicial del concepto de consumidor.

El profesor De Miguel Asensio presentó críticamente los diferentes mecanismos de protección, incluidas las obligaciones de información contenidas en la normativa de comercio electrónico y venta a distancia; el derecho de desistimiento; la posible consideración de algunas cláusulas como abusivas, en el marco de la regulación de las condiciones generales; las acciones en materia de competencia desleal, publicidad ilícita o infracciones de marca; la protección de datos personales; o las acciones civiles derivadas de las intromisiones a la intimidad, el honor y otros derechos personales.

A partir de la presentación de estos mecanismos, el profesor De Miguel Asensio puso de relieve la existencia de diferentes estándares de protección, y la problemática que, en general, supone para los consumidores europeos la aplicación generalizada de la legislación de origen de los principales operadores globales, en general establecidos en Estados Unidos. A pesar de esto, realmente se aprecia un problema de efectividad en el cumplimiento de la sobreprotectora legislación europea, así como cierta desventaja competitiva de los prestadores radicados en la Unión Europea.

A continuación de esta presentación, se discutieron diversas comunicaciones relativas a la privacidad y el comercio electrónico, y se abordaron temas de gran actualidad, como las dificultades en el tratamiento de los dispositivos de trazabilidad en la reciente legislación europea (Kosta), los límites jurídicos y deontológicos de las nuevas formas de publicidad altamente personalizada en la web social (Martínez Pastor & Muñoz Saldaña), la protección de colectivos vulnerables, como las personas mayores (Gómez-Juárez Sidera & De Miguel Molina), o el intercambio internacional de datos de pasajeros por actores públicos en el contexto de la lucha antiterrorista, que plantea problemas de desbalance y falta de proporcionalidad (Blasi Casagran).

Posteriormente se trató de forma específica la cuestión, ya tratada en la anterior edición del congreso, del derecho al olvido, y se identificaron las principales cuestiones legales y conceptuales de este derecho emergente (Lindsay, Palacios González); por otro lado, se destacó su conexión con la dignidad humana de las personas cuya identidad ha sido divulgada por el Estado como forma de control social (Mitrou).

En el bloque del gobierno y las políticas regulatorias, se discutió sobre la necesidad de disponer de principios rectores para el cumplimiento efectivo del derecho de autor en línea (McDiarmid & Sohn), acerca de las posibles invasiones a la privacidad en la lucha contra dichas infracciones (Németh) o de la oportunidad que puede representar la adopción de políticas de ciberseguridad para revitalizar la privacidad (Porcedda). También se presentaron diversas experiencias de uso de las TIC para el incremento de la democracia (Galindo) y sobre la correulación de internet, campo en el que se destacó la necesidad de sustentarla en la sociedad civil y los derechos humanos para que sea aceptable (Marsden).

Finalmente, tuvo lugar una mesa redonda dedicada a la privacidad en la red, con tres reputados profesores expertos en protección de datos, que tienen o han tenido responsabilidades directivas en autoridades supervisoras de datos personales, y con la directora del Departamento Legal de Google.

Como conclusiones generales del Congreso IDP 2012, podemos afirmar que estamos en un momento importante de cambio: la adopción masiva y popular de las diferentes tecnologías de la web social ha supuesto una transformación importante del modelo relacional, lo que ha afectado al sustrato sociológico en el que se basó el diseño de normas como la propiedad intelectual, la formalización contractual de las relaciones de consumo y la protección de datos personales y otros derechos fundamentales.

Hoy podemos hablar, sin duda, de la existencia de una sociedad virtual en la que las personas experimentan una vida digital; una sociedad que es diferente y difícilmente homologable con su correlato físico. Estamos en un contexto en que los principios –hoy clásicos– del comercio electrónico, como el principio de equivalencia funcional, o de intervención mínima, o relocalización territorial, dejan de ofrecer cumplida respuesta a algunos de los problemas generados.

En consecuencia, y como se puso de manifiesto a lo largo de este fructuoso congreso, podemos anticipar la necesidad de una mayor y mejor regulación, realista y equilibrada: una regulación más armonizada dentro de la Unión Europea, y mejor coordinada con la legislación de Estados Unidos, sin renunciar a los principios y derechos constitucionales de nuestra tradición.

Más armonización y coordinación internacional, como en el caso de los *safe harbors*, ha de suponer la adopción de un enfoque regulatorio más flexible, enfocado en las infracciones y no en las tecnologías, y asumir una mayor madurez de los ciudadanos digitales, pero también evitar los peligros de una orientación excesivamente economicista que supedita a

los ciudadanos al dominio de las plataformas en un entorno de oligopolio, más que previsible hoy en día.

Como *checks and balances* se anticipa más transparencia, más participación e información pública, y un refuerzo de los derechos fundamentales de los usuarios, irrenunciables desde la óptica constitucional, y, en particular, de la protección de datos personales, quizá lo más importante en la sociedad digital.

En definitiva, y acogiendo la metáfora del profesor Lastowka, no hacerlo así puede convertirnos en siervos del señor del castillo; eso sí, en el espacio digital.

Bibliografía

Nota: Todas las referencias citadas en este artículo corresponden a comunicaciones presentadas al Congreso IDP 2010, que se pueden consultar en:

CERRILLO MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I. [et al.] (coords.) (2012). «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea». *Actas del VIII Congreso Internacional, Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona 9-10 Julio, 2012. Barcelona: UOC-Huygens Editorial.

CERRILLO MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I. [et al.] (coords.) (2012). "Challenges and Opportunities of Online Entertainment". *Proceedings of the 8th International Conference on Internet, Law & Politics*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona 9-10 July, 2012. Barcelona: UOC-Huygens Editorial.

Cita recomendada

ALAMILLO, Ignacio (2012). «Relato del Congreso IDP 2012». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 76-81. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-alamillo/n15-alamillo-es>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1633>

ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Ignacio Alamillo Domingo
Abogado, CISA, CISM, ITIL y director de Astrea
nacho@astrea.cat

Licenciado en Derecho; Diploma de Estudios Avanzados; investigador del Grupo de Investigación de Gobernanza del Riesgo de la UAB, CISA, CISM, ITIL-F; director de Astrea La Infopista Jurídica SL.

Astrea La Infopista Jurídica S.L.
Avda. Sant Jordi, 5-9,
1r. 1a. Bis, 43201, Reus

Novedades legislativas

Jordi García Albero

Profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política

Normativa estatal

Ley 7/2012, de 29 de octubre, de **modificación** de la **normativa tributaria** y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la **intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude** (BOE 261, 30/10/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/10/30/pdfs/BOE-A-2012-13416.pdf>

Real decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de **desarrollo de la Ley 58/2003**, de 17 de diciembre, **general tributaria**, a la **normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua**, se establecen obligaciones de **información sobre bienes y derechos situados en el extranjero** y se **modifica** el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por el **Real decreto 1794/2008, de 3 de noviembre** (BOE 283, 24/11/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/24/pdfs/BOE-A-2012-14452.pdf>

Orden IET/2531/2012, de 23 de noviembre, por la que se regula la **obligatoriedad de comunicarse a través de medios electrónicos con la entidad pública empresarial Red.es** en los **procedimientos de licitación** o concesión de ayudas cuyo objeto esté relacionado con las tecnologías de la información y las comunicaciones (BOE 286, 28/11/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14554.pdf>

Legislación, documentos y actos preparatorios comunitarios

Reglamento de ejecución (UE) n.º 815/2012 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n.º 904/2010 del Consejo en lo que atañe a los **regímenes especiales de los sujetos pasivos no establecidos que presten servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión o electrónicos a personas que no tengan la condición de sujetos pasivos** (DOUE L249, 14/09/2012).
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:249:0003:0010:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – **Informática de alto rendimiento: el lugar de Europa en una carrera mundial**» [COM(2012) 45 final] (DOUE C 299/148, 4/10/2012).
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:299:0148:0152:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Programa de Justicia para el periodo 2014 a 2020» [COM(2011) 759 final – 2011/0369 (COD)] (DOUE C 299, 04/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:299:0103:0107:ES:PDF>

Reglamento (UE) n.º 967/2012 del Consejo, de 9 de octubre de 2012, por el que se modifica el Reglamento de ejecución (UE) n.º 282/2011 en lo que atañe a los **regímenes especiales de los sujetos pasivos no establecidos que presten servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión o por vía electrónica a personas que no tengan la condición de sujetos pasivos** (DOUE L 290, 20/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:290:0001:0007:ES:PDF>

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 326, 26/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0391:0407:ES:PDF>

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre **ciertos usos autorizados de las obras huérfanas** (texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 299, 27/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Uso responsable de las redes sociales y prevención de trastornos asociados» (dictamen de iniciativa) (2012/C 351/07) (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0031:0035:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro verde – Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por internet o pagos móviles» [COM(2011) 941 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0052:0056:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia europea en favor de una internet más adecuada para los niños» [COM(2012) 196 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0068:0072:ES:PDF>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior» [COM(2012) 238 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0073:0076:ES:PDF>

Reglamento (UE) n.º 1083/2012 de la Comisión, de 19 de noviembre de 2012, por el que se **aplica el Reglamento (CE) n.º 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información** (texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 321, 20/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:321:0033:0051:ES:PDF>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1686>

Novetats legislatives

Jordi García Albero

Professor dels Estudis de Dret i Ciència Política

Normativa estatal

Llei 7/2012, de 29 d'octubre, de **modificació** de la **normativa tributària** i pressupostària i d'adequació de la normativa financera per a la **intensificació de les actuacions en la prevenció i lluita contra el frau** (BOE 261, 30/10/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/10/30/pdfs/boe-a-2012-13416.pdf>

Reial decret 1558/2012, de 15 de novembre, pel qual s'adapten les normes de **desenvolupament de la Llei 58/2003**, de 17 de desembre, **general tributària**, a la **normativa comunitària i internacional en matèria d'assistència mútua**, s'estableixen obligacions d'**informació sobre béns i drets situats a l'estranger** i es **modifica** el reglament de procediments amistosos en matèria d'imposició directa, aprovat pel **Reial decret 1794/2008, de 3 de novembre** (BOE 283, 24/11/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/24/pdfs/boe-a-2012-14452.pdf>

Ordre IET/2531/2012, de 23 de novembre, per la qual es regula l'**obligatorietat de comunicar-se per mitjans electrònics amb l'entitat pública empresarial Red.es** en els **procediments de licitació** o concessió d'ajudes l'objecte de les quals estigui relacionat amb les tecnologies de la informació i les comunicacions (BOE 286, 28/11/2012).
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/boe-a-2012-14554.pdf>

Legislació, documents i actes preparatoris comunitaris

Reglament d'execució (UE) núm. 815/2012 de la Comissió, de 13 de setembre de 2012, pel qual s'estableixen les disposicions d'aplicació del Reglament (UE) núm. 904/2010 del Consell en el que es refereix als **règims especials dels subjectes passius no establerts que prestin serveis de telecomunicacions, de radiodifusió i televisió o electrònics a persones que no tinguin la condició de subjectes passius** (DOUE L249, 14/09/2012).
<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:L:2012:249:0003:0010:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre la «Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions – **Informàtica d'alt rendiment: el lloc d'Europa en una carrera mundial»** [COM(2012) 45 final] (DOUE C 299/148, 4/10/2012).
<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:299:0148:0152:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre la «Proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell, pel qual s'estableix el Programa de Justícia per al període 2014 a 2020» [COM(2011) 759 final – 2011/0369 (COD)] (DOUE C 299, 04/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:299:0103:0107:ÉS:PDF>

Reglament (UE) núm. 967/2012 del Consell, de 9 d'octubre de 2012, pel qual es modifica el Reglament d'execució (UE) núm. 282/2011 en el que es refereix als **règims especials dels subjectes passius no establerts que prestin serveis de telecomunicacions, de radiodifusió i televisió o per via electrònica a persones que no tinguin la condició de subjectes passius** (DOUE L 290, 20/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:L:2012:290:0001:0007:ÉS:PDF>

Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea (DOUE C 326, 26/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:326:0391:0407:ÉS:PDF>

Directiva 2012/28/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2012, sobre **certs usos autoritzats de les obres òrfenes** (text pertinent a l'efecte de l'EEE) (DOUE L 299, 27/10/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:L:2012:299:0005:0012:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el tema «Ús responsable de les xarxes socials i prevenció de trastorns associats» (dictamen d'iniciativa) (2012/C 351/07) (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:351:0031:0035:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el «Llibre verd – Cap a un mercat europeu integrat de pagaments mitjançant targeta, pagaments per internet o pagaments mòbils» [COM(2011) 941 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:351:0052:0056:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre la «Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions – Estratègia europea en favor d'una internet més adequada per als infants» [COM(2012) 196 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:351:0068:0072:ÉS:PDF>

Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre la «Proposta de reglament del Parlament Europeu i del Consell, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques en el mercat interior» [COM(2012) 238 final] (DOUE C 351, 15/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:C:2012:351:0073:0076:ÉS:PDF>

Reglament (UE) núm. 1083/2012 de la Comissió, de 19 de novembre de 2012, pel qual s'aplica el **Reglament (CE) núm. 808/2004 del Parlament Europeu i del Consell, relatiu a estadístiques comunitàries de la societat de la informació** (text pertinent a l'efecte de l'EEE) (DOUE L 321, 20/11/2012).

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:L:2012:321:0033:0051:ÉS:PDF>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1686>