



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

INTERNET COMO REALIDAD JURÍDICA. UN ESPECIAL ENFOQUE A LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, DATOS PERSONALES Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LA RED

Helar Niño-Córdova

Lima, Junio de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Programa Académico de Derecho

Niño, H. (2014). *Internet como realidad jurídica. Un especial enfoque a la protección de la propiedad intelectual, datos personales y la responsabilidad de los proveedores de servicios en la red*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA
Facultad de Derecho

INTERNET COMO REALIDAD JURÍDICA.
UN ESPECIAL ENFOQUE A LA PROTECCIÓN DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL, DATOS PERSONALES Y LA
RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE
SERVICIOS EN LA RED

Tesis que presenta el Bachiller Helar Sariff Niño Córdova para optar el

Título de Abogado, dirigida por el Dr. Luis Castillo Córdova.

PIURA, JULIO DE 2014

Para mis padres, quienes con su
paciencia, amor y apoyo contribuyeron
enormemente al desarrollo de esta
investigación.

ÍNDICE

Pág.

Introducción

Capítulo I: Internet y sus antecedentes	1
I.- Arpanet: Desarrollo de la nueva tecnología	1
II.- Un paso determinante: De Arpanet a Internet.....	6
III.- Afianzamiento comercial de internet.....	9
Capítulo II: Perspectiva jurídica de internet	11
I.- Enfoque preliminar.....	11
II.- Nuevo derecho, nueva regulación.....	15
III.- Problemas frecuentes en la red.....	19
A.- Los hackers.....	20
B.- E-mail o correo electrónico.....	21
Capítulo III: Privacidad y protección del usuario: Especial referencia a la protección de datos personales en la red	23
I.- sobre la constitucionalidad de la protección de datos personales....	23
II.- Privacidad del usuario.....	27
III.- Seguridad y defensa de los datos insertos en internet.....	30
A.- Internet y los riesgos que se presentan.....	33
B.- Los servicios de la red. implicancias en la protección de datos personales	36
B.1.- Las redes sociales.....	38
B.2.- Los buscadores.....	41
B.3.- La publicidad en internet. el uso de cookies.....	45
IV.- Las políticas de protección de datos personales.....	48

Capítulo IV: La propiedad intelectual y su necesaria protección frente a las actuaciones en la red	53
I.- Algunos alcances sobre la noción tradicional de la propiedad Intelectual	53
A.- facultades que se desprenden de la exclusividad	55
A.1.- derecho de reproducción	56
A.2.- derecho de distribución	56
A.3.- derecho de comunicación pública	57
B.- Límites a la exclusividad. La necesaria correspondencia entre la protección del autor y la del interés público	58
II.- Adecuación de una noción tradicional para poder contrarrestar las vulneraciones en la red	61
III.- La reproducción en la red	65
IV.- Protección de la obra mediante instrumentos que la red ofrece. medidas tecnológicas	68
V.- Sistemas de intercambio de información: Napster and Peer to Peer	70
A.- El usuario de los sistemas de intercambio de información. Conductas: Uploading y Donwloading	75
VI.- Protección y difusión de contenidos creados por usuarios en la red	77
A.- Los contenidos en las webs 2.0	77
B.- Los contenidos en los blogs	79
C.- Los contenidos en las redes sociales	80
VII.- Hacia un régimen jurídico de protección de la propiedad intelectual	83
Capítulo V: Responsabilidad de los agentes en la red	85
I.- Algunos alcances sobre la responsabilidad civil	85
A.- Principales aspectos de la responsabilidad extracontractual	86
II.- Los contenidos en la red	90
A.-Contenidos ilícitos y contenidos nocivos	91
B.- Contenidos propios y contenidos impropios	92
II.- Los agentes que intervienen en la red. Clases y funciones	93

A.- Los proveedores de servicios de redes.....	94
B.- Los proveedores de servicios de internet o proveedores de acceso a internet (Internet Service Provider/ Internet Access Provider)..	95
C.- Los proveedores de alojamiento: Hosting Service Provider y Caching Service Provider.....	96
D.- Proveedores de información (information provider).....	97
III.- Alcances generales de la responsabilidad de los agentes en la red..	98
IV.- Los proveedores de servicios en internet como intermediarios de contenido.....	102
V.- Determinación de la responsabilidad de los intermediarios.....	103
A.- Servicios de red y acceso a internet.....	104
B.- Servicio de Hosting y Caching.....	105
B.1.- Hosting.....	106
B.2.- Caching.....	109
C.- Proveedores de información.....	110
C.1.- Responsabilidad por los contenidos propios.....	111
C.2.- Responsabilidad por contenidos impropios.....	112
D.- La actividad de los motores de búsqueda.....	113
D.1.- Los buscadores como facilitadores de enlaces.....	116
Conclusiones.....	121
Bibliografía.....	129

INTRODUCCIÓN

El Derecho siempre ha estado íntimamente ligado a las circunstancias sociales y a los problemas coyunturales de determinada época; problemas que fueron la causa y la razón primordial para que se configuren nuevas instituciones jurídicas o se apliquen las ya existentes, que se adecuaban en cierta medida a esas realidades que venían surgiendo a lo largo de la historia. El desarrollo de la sociedad siempre ha venido acompañado de un desarrollo jurídico, ya sea con la dación de leyes, con la publicación de textos jurídicos o con el desarrollo de investigaciones que buscaban encontrar soluciones prácticas para los conflictos que iban apareciendo.

Hoy vivimos en una sociedad en la que la tecnología ocupa un papel preponderante en nuestras vidas; y que para muchas personas ha pasado a ser una necesidad básica. Internet es una de las manifestaciones tecnológicas que mayor protagonismo tiene, una herramienta muy útil y necesaria que nos ha solucionado muchos problemas y nos facilita la vida. Pero también esta tecnología ha creado nuevas interrogantes y ha presentado problemas de diversa índole en el ámbito jurídico, problemas que llevan al jurista a pensar seriamente en su estudio a profundidad. Muchas de las acciones en Internet han traído consigo vulneraciones a algunos derechos y han generado lagunas legales imposibles de cubrir con las instituciones ya tradicionales.

En sus inicios, Internet era considerado por muchos un ámbito negado para el Derecho, un campo tan especializado que pensar si quiera en regular las actuaciones de sus agentes parecía imposible. El desarrollo veloz de Internet y la implementación tanto tecnológica como instrumental, impedían un estudio jurídico detallado. La red, aquel lugar que se utiliza con frecuencia para hacer investigaciones, para descargar música o para otras actividades de ocio; se ha desarrollado tanto, al punto de

presentarse hoy como un ámbito “seguro”, rápido y efectivo para cometer algunos ilícitos, que no solo tienen lugar en un espacio determinado; sino que gracias a la nueva tecnología, superan las barreras territoriales para convertirse en riesgos ciberespaciales, que pueden desarrollarse en determinada nación y consumarse en un lugar o lugares distintos.

La participación en la red es masiva, pero no es restringida ni controlada. No existen monopolios, ni controles fronterizos que fiscalicen la entrada o salida de los agentes. Todo el mundo descarga, difunde y manipula información sin el mayor miedo a la sanción. La comisión de delitos incrementa mediante esta vía, las vulneraciones al derecho a la intimidad como al de propiedad intelectual son mayores y constantes. Internet nos hace sencilla la vida, pero en la misma medida también nos la complica; todos podemos ser víctimas de un *hacker* o de cualquier otro tipo de intromisión en nuestra vida mediante la red. Cada día participamos activamente en este ciberespacio y ya somos parte de ello, es por esa razón que el control se hace necesario, la protección indispensable y la regulación se convierte en una consecuencia útil y muy lógica.

Por ello, se plantea la necesidad de legislar sobre ciertas actividades que se desarrollan en Internet. La red no deja de ser una manifestación social, llena de complejidades y problemas, que exige una pronta regulación como todo aspecto social en el que interviene el hombre. Es lógico pensar y proponer la existencia de una rama que abarque estos temas o que por lo menos sienta las bases y los principios básicos de este ámbito. Sería tonto negar lo difícil de esta postura pues al ser el ciberespacio tan grande, las vulneraciones que se presentan son varias, donde se involucran objetos de estudios de muchas ramas del Derecho. La especialidad del ciberespacio y la particularidad de los conceptos técnicos que abarca, hace necesario un estudio que sienta esos principios básicos y fundamentales para el actuar de un agente en la red.

El desarrollo de esta investigación busca resaltar que la especialidad técnica de la red no es impedimento para que se fijen algunas pautas o reglas mínimas que guíen –pero que no condicionen- el actuar de los agentes que participan en la red, en pro de la protección de los derechos e intereses de la personas, que deben ser respetados tanto en el espacio físico como en el virtual. Para demostrarlo utilizaremos y confrontaremos las posiciones jurídicas como doctrinarias de especialistas en temas de la red y en temas jurídicos. Es importante conocer el funcionamiento de la red y sus particularidades técnicas para saber cuáles son las posibilidades de actuación de los sujetos, así como en qué medida y hasta qué punto es factible regular ciertas conductas.

La estructura de este trabajo cuenta con cinco capítulos, los cuales no abarcan a totalidad los diferentes y diversos problemas que se presentan en la red. Se ha tratado de estudiar jurídicamente los conflictos que se suscitan en tres aspectos importantes. Estos tres temas los consideramos importantes porque son los que más controversia y dudas generan al momento de delimitar las responsabilidades por las afectaciones que se presentan en Internet, ya sea porque un grupo de estudiosos consideran que no es necesario regular pues se aplica las normas tal como se hace en el mundo físico, o porque hay otro grupo de doctrinarios que consideran que sí es viable una regulación diferente pues el ámbito donde son concretizados los daños es especial y distinto. Estos tres temas son la protección de la propiedad intelectual, la protección de los datos personales que se encuentra en la red y la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet.

Es pertinente hablar de la protección de la propiedad intelectual pues es en la red donde las actuaciones contrarias a ley, que protege este tipo de propiedad, son cada vez mayores y más comunes. Esto se debe, también, a la tecnología digital que hoy existe y qué tan arraigada está. Esta se basa en la utilización de números (unos y ceros) para generar copias, con

la ventaja que el espacio que ocupan es mucho menor al que se utilizaba con la tecnología analógica; por lo tanto la posibilidad de alojar más información es lo que hace atractiva a esta tecnología. Sin duda alguna estos avances han beneficiado a los autores de muchas creaciones intelectuales, en tanto les ha permitido difundir sus obras y ampliar el ámbito de conocimiento y uso de las mismas. Pero esta situación también ha favorecido enormemente a las personas que realizan copias ilícitas de obras, las cuales son difundidas en Internet y en formatos digitales. Existen muchos contenidos en la red que son intercambiados, vendidos, cargados y descargados sin autorización del titular de los derechos, ocasionándole pérdidas enormes. Esta cantidad de información se encuentra al alcance de todos los usuarios, quienes hacen uso de ella pensando que es lo más normal, pero sin tener en consideración las violaciones de normas que acontecen. Esta situación será explicada en este trabajo; además, se hará referencia a la necesidad de realizar algunas adaptaciones a nuestra normativa, tal cual lo han hecho otros ordenamientos como el español, para poder controlar ciertos excesos en la red, más no para controlar el funcionamiento de la red.

De igual modo, el uso de las aplicaciones y servicios que se ofrecen en Internet, permiten a los titulares de los mismos la captación de datos personales de los sujetos que los utilizan. Es importante tener en consideración esta situación por los riesgos que se desprenden; y como respuesta es necesario plantear las herramientas e instrumentos para evitar vulneraciones. La protección de los datos personales es de especial importancia, su calificación como derecho fundamental en la mayoría de países latinoamericanos es la mejor muestra de ello. El uso de los datos personales no está prohibido; sin embargo, no todo tipo de información puede ser tratada y manejada. La protección de estos datos está destinada a asegurar un uso correcto de la información personal, a fijar los derechos de los titulares de la información y los deberes de las personas que realizan su tratamiento. La protección de los datos

personales que se da fuera del mundo virtual es fuerte y necesaria, en Internet debe de intensificarse por la gran cantidad de información que se inserta y que es utilizada por los proveedores de servicios de manera incorrecta. Por ello, a partir del análisis de los conflictos más relevantes y de los dispositivos que la ley peruana de protección de datos personales nos ofrece, abordaremos el tema para tratar de sentar algunas respuestas a las controversias sobre este tema.

Como último punto se abordará el estudio de la actividad y función que desempeñan los proveedores de servicios de Internet; para que una vez que tengamos claro el papel que desempeñan, se determine si corresponde atribuirles responsabilidad por los daños que ocasionan los contenidos que son producidos por terceros, pero que aquellos contribuyen en la intermediación y difusión de esa información. Para ello, se ha revisado la más variada doctrina sobre el tema, la cual en su gran mayoría es española; esto porque los países latinoamericanos que han regulado algo acerca del tema han tomado como ejemplo lo legislado y fijado en Europa, y al parecer nuestro país el día que plantee una iniciativa legislativa se servirá de lo realizado en dichos países.

La intención de realizar una investigación de este tipo, es poder conocer las nociones más importantes y fundamentales de Internet, quizá no se abarcarán todas, pero sí las necesarias para tener en claro los temas que pretendemos explicar. Además, otro de los objetivos es difundir una idea muy estudiada en Europa y algunos países americanos como Estados Unidos; una postura que cada vez se hace más necesaria por el rápido desarrollo y avance que tiene el espacio donde se presentan los conflictos materia de este estudio. La regulación de algunas situaciones que se presentan en la red es la idea, planteamiento que cobra mucha fuerza por la gran cantidad de vulneraciones que se presentan y donde muchas de ellas quedan impunes por las características tan especiales del ciberespacio.

Internet nació como un espacio libre exento de control, esa es la naturaleza de su estructura; pensar en un control férreo de la red es caer en supuestos imposibles e inviables. Sin embargo, esta libertad de acción no es traba para regular algunas situaciones, para fijar sanciones para los que infrinjan una norma; pues la red al fin de cuentas es un medio más – especial- de los utilizados por las personas para realizar sus actividades comunes y diarias; para realizar negocios, compraventas, trabajos, etc. La regulación de ciertos aspectos no significa controlar el funcionamiento de la red, variar su estructura o fiscalizar cada uno de los ordenadores que se encuentran conectados. Esta regulación busca que los prestadores y usuarios cumplan con requisitos mínimos e indispensables para proteger derechos y evitar vulneraciones; que existan y se ofrezcan las garantías necesarias que busquen prevenir daños y que permitan la reparación – de ser posible- cuando el perjuicio ya tuvo lugar.

Son pocos los autores peruanos que han realizado estudios sobre el tema, la investigación sobre esta materia viene en creciente desarrollo, pero no llega a compararse al trabajo que han realizado otros países. La regulación y legislación sobre la actividad o situaciones que se dan en la red, se encuentra en el mismo camino. Existen normas que se enfocan en los particulares servicios de la red y que regulan situaciones en tanto se encuentran vinculados a otras normativas sobre temas en concreto. Es decir, la regulación que se ha venido dando sirve como complemento a otras normativas que regulan temas como protección al consumidor, Derecho penal, etc. Un claro ejemplo de ello es la Ley *antispam* que busca proteger al consumidor frente a la publicidad en línea que realizan algunas empresas. Pero también se ha regulado temas concretos de la red como el comercio electrónico, control de contenidos (pornografía infantil), etc. Sin embargo, no existe una ley marco que se ocupe de estos temas, lo cual sería factible y hasta necesario.

Cada uno de los temas recogidos en cada capítulo, pueden ser objeto de una investigación independiente, todos presentan particularidades y conflictos que pueden ser materia de grandes tratados. Lo que se explicará en las siguientes páginas son las nociones básicas para entender la problemática y la necesidad de regulación de ciertos aspectos. Así mismo, se hará un breve recorrido sobre el desarrollo histórico y tecnológico de la gran red, el cual ayudará al lector a entender porque ciertas situaciones en la red se manejan de determinada manera y cómo el derecho puede perfectamente acoplarse a esas singularidades.

CAPÍTULO I: INTERNET Y SUS ANTECEDENTES

I.- ARPANET: desarrollo de la nueva tecnología

Actualmente todo el mundo tiene alguna noción sobre los tópicos que Internet ofrece, cualquier persona podría dar una definición y una explicación detallada acerca de lo qué es y de la infinidad de maneras que existen para darle uso. No es necesario ser un erudito en el tema, ni haber estudiado alguna ingeniería especializada para poder dar respuesta a las preguntas sobre ¿qué es el internet? ¿Qué usos se le puede dar a esta herramienta? y a un sinnúmero de interrogantes que pueden surgir respecto a esta materia. Pues lo que hoy parece tan sencillo de definir y manejar no siempre se entendió tan fácil como hoy se hace; el desarrollo e implementación de esta tecnología costó años de profunda investigación, y sobre todo de desembolso de cantidades importantes de dinero. En la actualidad podemos hablar de Internet como una tecnología sin restricciones para su uso, al alcance de todos; se trata de un medio que favorece y enriquece la comunicación global¹. En sus inicios, catalogar de esta manera la “nueva tecnología” era impensado, teniendo cuenta cómo nació, para qué se hizo y lo más importante, quién ordenó su implementación.

Así pues, el origen y las bases de Internet se configuran y se desarrollan a finales de la década de los sesenta con la creación del proyecto Advanced Research Agency Network (ARPANET). Esta idea nace en las oficinas de la Advanced Research Projects Agency (ARPA), órgano que pertenece al Departamento de Defensa de los Estados Unidos; aquella

¹ Vid. CASTELLS, Manuel. “Internet, libertad y sociedad: Una perspectiva analítica”. En: *Polis, Revista de la Universidad bolivariana* [en línea]. 2003, Vol. 1, n. 4. [Consulta: 15-05-2012]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30500410>>.

institución se encargó de planificar y desarrollar el proyecto. ARPA fue la que patrocinó en su integridad la investigación con la finalidad de presentar un avance tecnológico y no quedar relegado por el exponencial desarrollo que venían presentando las demás potencias mundiales, en concreto Rusia.

Antes que el proyecto ARPANET viera la luz, ya muchos investigadores habían desarrollado e implementado una primitiva tecnología que básicamente seguía la misma línea que ARPA buscaba para su proyecto. El tema de las redes de ordenadores ya veía sus primeros aportes y fue en función a ellos que posteriormente se implementaría ARPANET. Esta idea que se iba consolidando cada vez más, se convierte en una de las causas por las que ARPA destinó fondos a los departamentos de informática de determinadas universidades para que estas se encarguen de la investigación y estructuración del proyecto.

Dentro de este marco coyuntural, empiezan a publicarse ideas que buscaban la ansiada conexión entre los ordenadores. En 1962, J.C.R. Licklider y Wesley Clarck, diseñaron lo que ellos denominaron la Red galáctica, la misma que permitía el acceso a información y programas desde cualquier punto o ubicación, no era más que un sistema de red interconectada de manera global². El desarrollo de esta investigación constituye un paso importante para concretar lo que años más tarde sería ARPANET.

Es en 1965 cuando se logró demostrar que era viable y posible lograr el intercambio de datos entre ordenadores mediante una línea telefónica de velocidad baja. Fueron los investigadores Lawrence Roberts y Thomas Merrill que llevaron a cabo esta comprobación, pero a pesar del gran avance que se dio, la utilización de la línea telefónica no era lo idóneo

² Vid. DE ANDRES BLASCO, Javier. "¿Qué es Internet?" En: GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.). *Principios de Derecho de Internet*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p 30.

para lograr la tan buscada conexión³. Lo planteando por Lawrence Roberts, se acercaba mucho más a lo que se pretendía llegar con ARPANET, la conexión entre ordenadores localizados en puntos diferentes para el intercambio de información y datos; por ello es que se implementa una red experimental entre ordenadores para trabajar en su conectividad y verificar el efectivo intercambio de esta información. Es Roberts quien luego fue contratado por ARPA para elaborar y sentar las bases del proyecto, lo que estableció así los medios y los procedimientos que se adoptarían para la ejecución del mismo.

ARPANET surge como tal en 1969; y el hecho que haya sido financiado por ARPA, una oficina del Departamento de Defensa de Estados Unidos, hizo que muchos ubiquen el proyecto dentro de un ámbito militar. Por ello se le atribuyó la característica de cerrado, restringido a fines únicamente militares. Muchos especialistas, conocedores del tema publicaron y escribieron mucho acerca de este proyecto; se plantearon ideas y teorías sobre cuál era la verdadera finalidad de su creación. Una de estas teorías, es la que consideró que el nacimiento del proyecto obedece a la necesidad de lograr una conexión entre los centros de investigación del departamento de Defensa con el único objetivo de proteger el sistema de comunicación americano ante un posible ataque nuclear⁴. Esta posición perdió veracidad rápidamente debido a que desde la manera como se ejecutaba el proyecto se deducía que el sistema de conexión de redes tenía vocación de ser abierto, de la estructura y diseño del mismo también se desprende dicha característica. Lo cierto es que no se puede señalar en concreto cuál fue el principal objetivo del proyecto.

En aquella época Estados Unidos y Rusia vivían una guerra tecnológica, una carrera por alcanzar la cúspide en ese campo; el impulso de este

³ *Ibid.*, p. 31.

⁴ *Vid.* CASTELLS, Manuel. "Internet, libertad y sociedad: Una perspectiva analítica". En: *Polis, Revista de la Universidad bolivariana* [en línea]. 2003, Vol. 1, n. 4. [Consulta: 15-05-2012]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30500410>>.

proyecto es visto por muchos como una respuesta a esa competencia que se vivía, la presencia del proyecto ARPANET se veía como un medio y como la senda adecuada para no quedar en el atraso tecnológico. Existe una versión que se considera como la más cierta, que sustenta que el proyecto estaba destinado a facilitar el intercambio de información entre estudiantes universitarios y permitirles el uso de ordenadores tan avanzados como costosos y que no estaban al alcance de todos, sino de cierto grupo reducido de centros e instituciones.

Después de largas horas de investigaciones por parte de las universidades y de las organizaciones financiadas por ARPA es que empieza a establecerse una idea concreta y específica respecto a la estructura del ARPANET. A partir de esta base ya sentada, muchas organizaciones empiezan a trabajar las ideas y a desarrollarlas cada vez más. Este proyecto es ofrecido a distintas compañías para que se encarguen del efectivo funcionamiento de las investigaciones ya realizadas. Grandes empresas dedicadas al estudio y diseño de ordenadores no sintieron interés por la implementación de la idea; tal es el caso de IBM que no quiso hacerse del proyecto por considerar poco segura y eficaz la viabilidad del ARPANET. Fue Bolt, Beranek and Newman (BBN) la empresa a la que se designó para sacar adelante el proyecto y lo concretase en un sistema efectivo, esta se encargaría de lograr la tan ansiada interconexión entre distintos ordenadores de manera funcional. BBN contaba con una cantidad de dinero significativa para la época que le ayudaría a cubrir los costos básicos al momento de ejecutar el proyecto; se le otorgó el plazo de un año para hacerlo y lograr efectivizar las investigaciones.

Lawrence Roberts continuó con su labor de diseño y estructura de la red, por este motivo decidió establecer contacto con diversas universidades americanas para que estas puedan implementar nuevas aplicaciones que

facilitarían el acceso a la red a los usuarios⁵. La tarea no fue sencilla, pues no todas las universidades accedieron a que se implemente el sistema dentro de sus centros de investigaciones, muchas se mostraron reacias frente a la propuesta. Fue gracias a la intervención de Leonard Kleinrock, amigo de Roberts, que la UCLA abrió las puertas al proyecto y esta institución se convirtió en el primer nodo ⁶ de ARPANET. Posteriormente se sumarían otras instituciones que también serían nodos de la nueva red; estos centros de investigación se encargarían de desarrollar e implementar la solución dada por BBN. Pero fue la UCLA la que daría un aporte mayor al origen de la red y sentaría el inicio de ARPANET, la que hoy conocemos como Internet.

La presencia de las universidades dentro de este proceso de desarrollo, fue lo que permitió en cierta medida, la apertura de la red. Los estudios e investigaciones posteriores (concretamente entre mediados de las década de los 70s e inicios de los 80s) hicieron posible la aplicación de la red a otros ámbitos, el acceso a la red se masificaba y las restricciones ya no eran las mismas que en los inicios; surgen nuevas aplicaciones e implementaciones de nuevos softwares que le darían a la red nuevos e interesantes usos. Es así que de manera rápida y gracias a la velocidad de los avances tecnológicos que ARPANET pasó a ser una red abierta, con la posibilidad de acceder para muchas personas; la idea de una red sin restricciones es lo que llega a configurar al modernamente llamado Internet.

⁵ Vid. DE ANDRES BLASCO, Javier. *¿Qué es... op. cit.*, p. 32.

⁶ Un nodo vendría a ser el punto de unión en el que confluyen varios ordenadores. La gran red está compuesta por un número importante de redes locales las cuales cuentan con un ordenador "central", como lo fue la UCLA en aquel entonces. Este servidor central de las pequeñas redes es un nodo, o sea un punto de intersección en el que pueden confluir y comunicarse la demás redes. Internet está compuesto por varios nodos, los cuales cumplen la función de enlace entre las llamadas redes locales para dar paso a una red mayor. Vid. PEÑA OCHOA, Paz. "¿Cómo funciona Internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos". *Guía para periodistas*. [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Como-funciona-internet-ebook.pdf>>.

II.- Un paso determinante: de ARPANET a INTERNET

La puesta en funcionamiento de ARPANET trajo consigo repercusiones importantes que incidirían en el desarrollo de la tecnología referente a la comunicación entre ordenadores. El cambio de algunas circunstancias y condiciones permitió que se trabajen en nuevas ideas. La baja de precio de los ordenadores fue importante en esta nueva etapa, muchas compañías y centros de investigación podían tener más de uno dentro de sus centrales, esto facilitó la implementación de sistema de red entre sus ordenadores. De la misma manera, la utilización de nuevos medios para realizar la conexión e implementar el proceso de comunicación hizo posible que se presenten nuevas opciones y ya no solo se dependa del uso de las líneas telefónicas. Las nuevas opciones consistían básicamente en paquetes de radio o las redes de acceso compartido en el medio, que otorgaron facilidad y velocidad respecto al intercambio de información a través de ordenadores.

El sistema que propugnaba ARPANET se centraba en la conexión entre ordenadores, era un intercambio de información y de datos de un ordenador a otro. Es gracias a las circunstancias mencionadas líneas arriba que el panorama cambió: la nueva tecnología permitió cubrir y solucionar algunos problemas que mostraba ARPANET, dar respuesta a algunas dudas que se presentaron. Esto hizo que se analice un posible replanteamiento de la estructura y protocolos respecto al intercambio de datos entre ordenadores. La presencia de cantidades importantes de ordenadores dentro de los centros informáticos de las empresas y universidades exigía no solo una conexión entre ordenadores, sino que ya era necesaria la conexión entre redes. Esto solo podría lograrse con la implementación de la nueva tecnología, teniendo en cuenta las necesidades que surgían. Era claro que ARPANET necesitaba unos

ajustes, adaptarse a las nuevas circunstancias, la consecuencia lógica era una reestructuración que responda a las exigencias del momento.

Este replanteamiento tiene como primer punto a desarrollar, el problema de cómo unificar todos los sistemas de red. Existían muchas maneras de realizar una conexión entre ordenadores, pero hasta el momento no existía el medio o forma para poder unirlos. Es bajo esta coyuntura que los nombres de Robert Kahn y Vinton Cerf pasaron a ser determinantes en la búsqueda de la solución. Son estos hombres los que desarrollaron la respuesta al problema: Kahn conocía muy bien el funcionamiento de los nodos y Cerf había sido parte de la implementación del protocolo anterior (NCP). Ambos idearían un nuevo protocolo de comunicación, que se ajuste a las exigencias de las nuevas tecnologías y de a las aplicaciones que aparecían cada día con un velocidad inesperada.

El desarrollo de redes que conectaban a operadores crecía cada vez más, pero precisamente ahí radicaba el problema que Kahn y Cerf buscaban solucionar. Entre estas redes que existían de manera aislada no había un elemento común, un elemento unificador que permitiera que estas redes se conecten. Este panorama cambió con el diseño del protocolo TCP, este estaba basado en un direccionamiento que consistía en dos elementos esenciales, uno que se encargaba de llevar los datos a la red y otra que identificaba al host dentro de esta red⁷. Este TCP se fue perfeccionando porque no lograba, en su totalidad, la unificación de las redes aisladas; y la implementación de nuevas redes de diversa naturaleza hacia necesario unos ajustes. Danny Cohen (investigador de la UCLA) propuso a Cerf una salida, esta consistiría en dividir al protocolo TCP en dos; una que sería TCP que estaría en el *host* y el otro el IP que estaría tanto en los nodos como en los *host*. Así se forma el protocolo TCP/IP, el IP sería obligatorio para todas las redes (en nodos y el *host*), este sería el elemento unificador y común de las redes que se buscaba; y

⁷ Vid. DE ANDRES BLASCO, Javier. *¿Qué es... op. cit.* pp. 41-44.

el TCP sería opcional, su utilización dependería de las aplicaciones que se quieran implementar.

Es este protocolo TCP/IP con el que ARPANET decidió trabajar, por lo que todos los ordenadores que estén conectados a esta red debían contar con este protocolo. Dicha orden implicaría un desplazamiento del desfasado NCP, este cambio se implementó el 1 de enero de 1983. El cambio de protocolo fue determinante, permitió que ARPANET se “desmilitarice”, así la antigua red quedó dividida en dos, Milnet destinada a la parte militar y ARPANET que sería una red separada y su funcionamiento se sustentaba en la utilización del TCP/IP, presentando al IP como elemento unificador.

Así pues, la presencia del protocolo TCP/IP y el desarrollo de nuevos medios técnicos permitió que la red, que crecía enormemente, pueda soportar las aplicaciones y los nuevos usos que se estaban concretando y desarrollando de manera eficaz. La actual red facilitaba la actuación de una cantidad importante de usuarios y agentes, los cuales podían interactuar de una manera rápida. Nuevos ámbitos eran explorados gracias a la red, este crecimiento se desplazó al plano social rápidamente, lo que permitió la entrada de nuevos factores y aspectos. De esta manera, pasó a tomarse en cuenta la regulación de algunos aspectos determinantes de la red, en cuanto a su uso e implementación.

Se reorganizó la ICCB⁸ para dar paso a la IAB, esta estructura autónoma⁹ que se dedicaría a estudiar una parte de la problemática que surgía en la red, se encargaría en adelante de sentar las bases de la configuración de la red. La presencia de fabricantes de ordenadores que implementaban el protocolo TCP/IP también fue crucial para llegar a lo que hoy se conoce como INTERNET. Esta transición se da entre los años de 1983 hasta

⁸ ICCB (Junta de control y configuración de Internet) que era un comité informal para coordinar y guiar el diseño de los protocolos y la arquitectura de Internet.

⁹ Es importante resaltar la autonomía de esta organización, esto porque la anterior organización dependía en cierta medida de ARPA.

1990, donde se deja de lado antigua ARPANET, para dar paso a una nueva red abierta y sin restricciones, esta red es la que hoy conocemos como INTERNET.

III.- Afianzamiento comercial de Internet

Era claro el destino del protocolo TCP/IP, su crecimiento progresivo auguraba buenos resultados y gracias a las ventajas que ofrecía, iba desplazando lentamente a sus competidores. En principio, solo un número reducido de investigadores e ingenieros se interesaban por el desempeño de este protocolo; pero por su crecimiento exponencial, muchas empresas (destinadas a la fabricación de ordenadores) empiezan a sentirse atraídos por sus resultados. Era necesario difundir más información acerca del protocolo, de sus beneficios y de su funcionamiento. Así, en 1985 un hombre llamado Dan Lynch en un trabajo conjunto con IAB, desarrollaron las primeras jornadas acerca del funcionamiento de este protocolo. Esto permitiría que los fabricantes de ordenadores pudieran tener una visión amplia acerca del desempeño del TCP/IP y en cierta medida estas jornadas fueron el medio más adecuado para dar a conocer el gran potencial de este protocolo.

Realizar estas jornadas resultó todo un éxito pues en años posteriores este proceso de información se vio alimentado por una cantidad interesante de ponencias, publicaciones y muchos congresos. Todo esto apuntaba al desarrollo de aplicaciones comerciales que podían implementarse en las redes que tenían como base el TCP/IP. En la medida de sus posibilidades, este protocolo se dio a conocer al mundo de los fabricantes de operadores y progresivamente se convertía en indispensable para el desarrollo de soluciones de aquellos. Ya todos conocían su funcionamiento y las ventajas que ofrecía, esto permitió que

los mismos fabricantes de ordenadores trabajasen en la búsqueda y en diseños de nuevas soluciones para la red, la mayoría de ellas apuntaban al plano comercial.

Este proceso de información tuvo un gran cierre con la realización del Primer Congreso de Interoperabilidad, que se llevó a cabo en el año de 1988. Durante este congreso, 50 empresas ofrecieron sus soluciones aplicables en la red, demostraron su funcionamiento ante la atenta mirada de una cantidad importante de ingenieros¹⁰. De esta manera culminó el proceso de información acerca del protocolo TCP/IP, muchos lo adoptaron y aportaron nuevas aplicaciones para su implementación en la red, la mayoría de estos aportes estaban destinados a desarrollar soluciones comerciales, este es el punto de quiebre para el despegue de Internet en un nuevo ámbito.

Además, el protocolo TCP/IP desplazaba, cada vez más, a sus competidores; poco a poco fue ganando su autonomía estando en ocasiones, arriba de los sistemas desarrollados por empresa como IBM (con su protocolo SNA), Digital (con Decnet) y a Xeros (con XNS). Dichas empresas, a pesar de brindar un sistema efectivo, no lograban imponerse al desarrollo del TCP/IP.

A fines de la década de los ochentas, nacen las primeras compañías que brindaban servicios en internet (Internet Service Provider-ISP), estas ofrecían servicios como el *e-mail* (básico dentro del desarrollo en la red, uno de los pilares en la red, considerado dentro de los primeros usos y servicios que se brindaban) además de otras aplicaciones. Lo cierto es que a estas alturas, la red era accesible para todos, no había restricciones. El comercio de tecnología, así como el desarrollo de publicidad dentro de la red fueron consecuencias de esa apertura de la red.

¹⁰ Vid. DE ANDRES BLASCO, Javier. *¿Qué es... op. cit.* p. 45.

CAPÍTULO II: PERSPECTIVA JURÍDICA DE INTERNET

I.- Enfoque preliminar

Una de las características principales del Derecho es que siempre responde a conductas sociales, las mismas que pueden estar sujetas a regulación y a tutela jurídica, ya sea por la calidad de los sujetos que intervienen, por la importancia de estas actuaciones en función al interés general o por la principal de todas las razones: proteger a la persona misma. Así pues, el Derecho estará ahí donde sea posible una vulneración o lesiones a la condición de persona, donde se pueda configurar algún perjuicio al bien común o interés general. Visto el Derecho como un producto del hombre y su desenvolvimiento social, siempre estará ligado a las circunstancias y a determinada coyuntura donde la persona es el eje central de la misma. Por ello el Derecho siempre tendrá una respuesta, aunque no sea inmediata, a las nacientes relaciones y conflictos que surjan, se presenta como instrumento para dar solución al problema.

Estas circunstancias sociales –y en concreto determinados sucesos– fueron la causa del nacimiento y configuración de nuevas ramas del Derecho. Si bien es cierto, algunas de ellas en un principio se les aplicaba el Derecho común¹¹, posteriormente a consecuencia de un estudio profundo y por lo tanto de una mayor especialización, es que empiezan a surgir nuevas ramas jurídicas, las mismas que contaban con características y particularidades especiales que las hacían diferentes al Derecho común; cada rama contaba con lo que se conoce como objeto de estudio.

¹¹ Entendido como el derecho aplicado de manera general. Hablamos del Derecho vigente en determinada época.

Así pues, Internet es una de esas manifestaciones sociales que el Derecho debería estudiar profundamente. En sus inicios esta era una red restringida donde el acceso estaba limitado a ciertas personas, destinado para fines específicos y donde se propugnaba una autorregulación o autogobierno por considerarlo un espacio aparte y distinto. Hoy, esta red ya no presenta restricciones ni limita a los usuarios, sino que ofrece las más variadas alternativas para acceder a ella, así como una infinidad de aplicaciones y herramientas. La gran red no es ahora un campo negado para el Derecho como se creía en sus inicios, ha calado de manera profunda en la sociedad y por ello es que en ella podemos encontrar muchas situaciones que perfectamente pueden encuadrarse dentro de alguna institución jurídica tradicional y otras que análogamente pueden interpretarse siguiendo figuras o supuestos ya regulados por alguna norma¹². Muchas cuestiones han sido planteadas acerca de la necesidad que exista una rama denominada Derecho de Internet, se han presentado variedad de posturas, muchas de ellas han sido contrarias y pocas son las que afirman esta necesaria aplicación.

Quienes consideran que no es relevante desarrollar esta rama, tienen como base principal la idea que en la red muchas de las situaciones que se presentan pueden ser abarcadas perfectamente por instituciones ya existentes en el Derecho, abordadas por ramas ya consolidadas y en su defecto por el Derecho en general. Otro de los argumentos que esgrimen estos estudiosos, es que esta situación puede ser solucionada con la dación de normas de sector en las cuales se desarrollen estos temas, presentando las soluciones para el caso en concreto, así por ejemplo una ley de telecomunicaciones puede hacer referencia a los conflictos entre proveedores e intermediarios en la red; o que se establezca dentro de la normativa general algunas disposiciones referentes al tema como sería la

¹² Vid. GARCÍA MEXÍA, Pablo. "El Derecho de Internet". En: GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.). *Principios de Derecho de Internet*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p 111.

responsabilidad que puede desprenderse de la actuación de los proveedores de Internet respecto a los usuarios, que puede ser vista desde el plano civil¹³. Estas son algunas de las salidas más comunes que se plantean a los problemas y conflictos que se presentan en la red, ninguna de ellas ve necesario el desarrollo de una rama especial, en la medida que instituciones como la propiedad intelectual, la intimidad y privacidad, o el derecho a la libre expresión pueden ser perfectamente estudiados y custodiados por ramas ya tradicionales del Derecho.

Internet presenta unas características especiales y particularidades propias, las mismas que hacen necesaria una visión distinta a la tradicional. Esta es la postura que adoptan los defensores de esta tesis, quienes afirman la necesidad de una rama que estudie de manera unitaria el fenómeno de Internet. Como afirma García Mexía: “ese *Derecho de Internet entraña la ventaja de permitir un análisis unitario del fenómeno de la Red desde el punto de vista del derecho, y a la inversa, la de hacer factible un examen del Derecho desde la perspectiva de la Red*”¹⁴. Este mismo autor plantea como solución armonizar ambas posturas, dejando al estudio del Derecho en general todo aquello que tenga que ver con instituciones tradicionales, en la medida que éstas sean adaptadas a las exigencias y particularidades de la red; pero corresponderá al Derecho de Internet la dación de normas respecto a las nuevas situaciones que han nacido con el desarrollo de la red, esto se hará en cooperación internacional por la extensión de Internet, es una red donde no hay fronteras delimitadas y por ende es necesaria cierta unificación de criterios para aplicarlos a este campo.

No es ninguna idea descabellada defender la postura de desarrollar un Derecho de Internet, un derecho con su doctrina y normativa correspondiente. No significa que todos los supuestos que se constituyan

¹³ Vid. DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidad y datos personales*. Madrid: Reus, 2004, p 90.

¹⁴ GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El derecho... op. cit.*, p. 118.

como vulneraciones en la red serán tratados por esta rama, pues como se mencionó anteriormente, Internet es un amplio campo, donde muchas situaciones estarán contempladas por las ya tradicionales instituciones; por ejemplo, todo lo relacionado con la propiedad intelectual. Pero es necesario tener en cuenta las particularidades que se presentan en la red, las nuevas situaciones que se producen y que surgen por la existencia de Internet; en este caso es donde entra a tallar el Derecho de Internet, y que se encargará de aplicar esos criterios unificados sirviéndose de la base del derecho general.

Internet no es una situación o un fenómeno propio de un determinado lugar, sino que se trata de algo global, donde personas de todo el mundo intercambian información y actúan sin tener en cuenta fronteras, nacionalidades, etc. Esto es lo primero que debe ser cubierto por el Derecho de Internet, una unificación de soluciones basada en la cooperación internacional para la dación de normativa que responda a los conflictos dados en la red, una normativa que sea aplicada de manera común, para evitar las contraposiciones con las soluciones adoptadas localmente. En la red los agentes interactúan entre sí sin importarles las nacionalidades, las distancias se acortan y es aquí donde surge el problema para determinar cuál es la normativa aplicable al caso en concreto; precisamente esto es tarea de la rama que se propone, unificar soluciones y dar una normativa de manera general, que con sus lógicos matices se implementará en cada país.

Lo que se plantea es una aplicación del derecho general a las situaciones tradicionales, con sus correspondientes adaptaciones a las exigencias y características de la red; y será el Derecho de Internet el que se encargará de tutelar y responder a esas nuevas cuestiones que surgen de la red misma, dando los criterios de interpretación y soluciones básicas a aquellos conflictos; una perspectiva jurídica de la red. Este Derecho abarcará temas como el acceso a la red o lo referente a los nombres de

dominio (cuestión que es muy recurrente en la actualidad), pero en la medida de sus posibilidades cubrirá todo lo referente al uso regular de la red. Pretender ensayar una definición es un tanto complejo pero no es imposible; García Mexía es uno de los pocos autores que han definido de manera certera el Derecho de Internet, nos dice que es una: *“rama jurídica que estudia el régimen de los soportes tecnológicos que hacen posible la conexión a la Red y la prestación y disfrute de sus servicios, así como los contenidos o servicios que la misma pueda incluir, ya como manifestación del Gobierno electrónico, ya como manifestación de la Economía digital”*¹⁵. Este autor en su definición hace referencia a los criterios más puntuales que el Derecho utilizará para su estudio, por ello tomamos su definición como una de las más adecuadas y acorde a lo que planteamos, hace referencia a dos ejes fundamentales de la rama, el Gobierno electrónico¹⁶ y la Economía digital; conceptos que abarcan todo los puntos que se han tocado líneas arriba.

II.- Nuevo derecho, nueva regulación

Antes se mencionó que la presencia de una nueva rama del Derecho ayudaría a resolver algunas dudas jurídicas sobre ciertas actuaciones que se realizan en la red. Así también, se planteó la necesidad de que el desarrollo del Derecho de Internet venga acompañado de una regulación eficaz, pero no abundante para poder cubrir los supuestos propios que se desprenden de la red. Esta dación de normas será mucho más técnica que en otros sectores, más precisa, en la medida que también se busca evitar las lagunas legales.

¹⁵ *Ibíd.*, p, 120.

¹⁶ *Vid.* GUTIÉRREZ GÓMEZ, María. “Hacia el gobierno Electrónico: Elementos para el desarrollo de una política Estatal”. En: Grupo de Estudios en Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones: Universidad de los Andes (Comp.). *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*. Colombia: Legis, 2003, pp, 24-63.

Para poder tener un sistema normativo fuerte es necesario una unificación internacional respecto a las cuestiones que surgen en la red, una armonización de criterios de interpretación como de regulación; esto por la naturaleza misma de Internet que es un fenómeno global y donde muchas de las conductas tienen implicancia mundial. A partir de esta unidad, cada país podrá desarrollar sus normas con las variaciones correspondientes, teniendo en cuenta la coyuntura en la que se encuentra y según sus posibilidades de implementación. Esta progresiva legislación será concreción de principios comunes de los países que celebren estos acuerdos.

La regulación puede destinarse a tutelar determinadas situaciones como a sancionar conductas específicas. En muchos países en el mundo, incluso en Latinoamérica, han venido presentándose leyes que buscan sancionar y delimitar conductas concretas de la red. Así, una de las primeras regulaciones que se ha dado es la que busca proteger los datos personales, el manejo y acceso a la información de carácter personal, por eso se crean regímenes cada vez más estrictos y rigurosos, en la medida que se busca proteger la privacidad de los agentes que interactúan en la red.

Uno de los sistemas más conocidos por su efectividad y rápida consolidación es el que se desarrolló en Europa. Su implementación trajo consigo resultados positivos logrando una verdadera protección de los derechos de la personalidad, este régimen servirá de base y modelo para otros países que posteriormente seguirían el ejemplo. En Europa la protección de datos personales tiene rango constitucional, su tratamiento es exhaustivo. Para poder tutelar este derecho se ha separado del derecho a la intimidad, esto para tener una regulación más efectiva adaptándola a las necesidades propias de la informática y del internet.

Este sistema¹⁷ es el que ha sido aplicado a países como Argentina, donde no tiene el mismo trato debido a que no se considera como derecho constitucional. En países como Perú y Colombia su consideración se encuentra en progresivo desarrollo.

El comercio electrónico es otro de los aspectos de la red que también viene siendo aceptado por muchos países, la mayoría de estudiosos del tema hablan de los aspectos positivos que conlleva el desarrollo de este tipo de comercio y del prometedor futuro que se le augura. Actualmente las estadísticas muestran altos índices de aceptación de esta forma de negociar, pero ésta es mayor en ciertos sectores, debido a la manera en que se regula y tutela esta conducta. En otra posición se encuentra un importante sector de empresas y usuarios, para los cuales esta forma de comercio no es la idónea, en la medida que no encuentran la protección y los controles necesarios para poder desarrollar la actividad de manera segura; existe un temor tanto de las empresas como de los mismos usuarios respecto a las consecuencias que conlleva un ejercicio irregular de esta actividad. Atendiendo a las palabras de Hernández Jiménez-Casquet: *“la incoherencia legal y la inseguridad jurídica representan una traba importante al desarrollo del comercio electrónico”*¹⁸. Es obvia la necesidad de una regulación, la misma que brindará respuestas ante los conflictos que se desprendan, nos ayudará a determinar las consecuencias jurídicas respecto a un actuar desleal. En resumen, una regulación otorga seguridad y por ende un crecimiento de este tipo de comercio.

España cuenta con una regulación sobre el comercio electrónico, se trata de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio

¹⁷ Vid. PALAZZI, Pablo A. “Comercio electrónico, transferencia internacional de datos personales y armonización de leyes en un mundo globalizado”. En: Grupo de Estudios en Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones: Universidad de los Andes (Comp.). *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*. Colombia: Legis, 2003, p 310.

¹⁸ HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, Fernando. “El marco jurídico del comercio y la contratación Electrónicos”. En: GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.). *Principios de Derecho de Internet*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p 429.

Electrónico (en adelante LSSICE)¹⁹, esta nace ante la desconfianza de muchos consumidores que interactuaban y realizaban sus negocios en la red; el sistema de pago no les daba la seguridad suficiente. El hecho de tener que ofrecer datos personales para realizar las compras y la recepción de publicidad no deseada, genera una incomodidad en muchos usuarios. La ley busca cubrir estas situaciones debido a que, a pesar que el número de personas que utilizan esta vía aumenta cada vez más, los problemas también van surgiendo en la medida que la actividad crece. Con este tipo de regulación lo que se busca es ir solucionando de manera progresiva aquellas situaciones, dar respuestas a los conflictos que plantean dichos problemas.

Como se puede apreciar, estas nuevas realidades que nacen por el desarrollo de Internet y la implementación de nuevos usos en la red necesitan de una regulación. Esto es necesario para poder dar respuesta a los conflictos que surgen y no dejar desprotegido al usuario que se vea perjudicado por estas conductas. De la misma manera, lo que también se busca es evitar el uso abusivo de la red por parte de muchos agentes, quienes acceden a ella para realizar o cometer una serie vulneraciones y afectaciones. La falta de regulación, en cierta medida lo que hace es amparar dichas actuaciones y dejar impune a estos sujetos que acceden a la red con la única finalidad de realizar actos irregulares. Muchas personas cometen ilícitos desde Internet por la facilidad que les permite el medio de llevarlos a cabo y la ventaja de no ser sancionados. Si bien es cierto que muchos países han iniciado un tratamiento riguroso sobre el tema, aún falta mucho para cubrir los aspectos más esenciales de la red de modo unitario. El desarrollo de un Derecho de Internet otorga esa unidad que necesita aquella regulación aislada. No basta emitir una serie de normas que regulen las conductas que se configuran en la red, sino

¹⁹ La LSSICE pretende regular los servicios de la sociedad de la información. Es decir, todo servicio que se presta, normalmente, de forma remunerada por vía electrónica y a petición del usuario de servicio.

que es necesario unos criterios y principios que sirvan como base para responder antes las posibles lagunas legales que se presenten. Esto es otra de las razones por la cual se hace vital la presencia de un nuevo Derecho.

III.- Problemas frecuentes en la red

Son muchos los problemas que se pueden generar en el ciberespacio. La complejidad de su estructura y la imposibilidad de un control y vigilancia a un cien por ciento convierten a la red en el medio “perfecto” para cometer ciertas actuaciones ilegales. Actualmente, Internet es utilizado para fines de diversos tipos. Su desmedido desarrollo también ha permitido un crecimiento exponencial en los medios de comunicación, ya que ofrece una variedad considerable de herramientas que los usuarios utilizan para expresar sus pensamientos, ideas y críticas. Ahora vivimos en una sociedad donde los famosos blogs y redes sociales (Twitter y Facebook) otorgan a los usuarios la posibilidad de expresarse. Esto ha generado en ellos la idea errónea que su derecho de expresión es absoluto, que puede anteponerse a la privacidad e intimidad de los perjudicados.

Producto de esta facilidad de comunicación que otorga la red son las innumerables afectaciones al derecho al honor que se cometen al momento de interactuar debido a la falta de control que tienen estos instrumentos de expresión, al mal manejo de los datos personales que los usuarios introducen cuando acceden a una cuenta de correo electrónico, alguna red social o página que facilita el comercio electrónico, o las estafas que son generadas por las páginas de apuestas.

Para muchos sociólogos y juristas, Internet no ha hecho más que incrementar la criminalidad. La especialidad y extensión de este medio ha facilitado a un número importante de personas y organizaciones un medio

efectivo para la comisión de una serie de crímenes en la red. Se ha configurado lo que muchos estudiosos llaman el *Global crime*²⁰, esta terminología alude a los ilícitos que se comenten en la red, ilícitos que por la naturaleza misma del ciberespacio tienen repercusiones globales. Las innumerables posibilidades de actuación en la red ya no se pueden ver solamente como soluciones e innovaciones que están puestas al servicio de la sociedad, sino que ahora muchas de ellas son utilizadas para generar conductas criminales.

Pues ante esta “criminalidad global” la respuesta más coherente es un control global, una normativa internacional que contemple estos supuestos, las sanciones y correspondientes soluciones. Así también se hace necesaria la presencia de organismos internacionales que se preocupen por la implementación, aplicación y cumplimiento de estas leyes. En los siguientes puntos se hará alusión a dos de los muchos problemas principales que se suscitan en la red; únicamente haremos referencia a estas actividades por ser las que más controversias y respuestas generan.

A.- Los *hackers*

Otras de las cuestiones que surgen en la red es la referente a los *hackers* o también llamados intrusos. Estas personas tienen como finalidad introducirse en la red y acceder a determinada información para manipularla, comercializarla o destruirla. Son considerados por muchas legislaciones como potenciales delincuentes. La actividad y el conocimiento de la red que tienen estos sujetos, hace que estén

²⁰ Vid. GUERRERO, María Fernanda. “La Ciberdelincuencia: La Ley Patriótica y los efectos globales en las regulaciones nacionales y en particular en el caso colombiano”. En: Grupo de Estudios en Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones: Universidad de los Andes (Comp.). *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*. Colombia: Legis, 2003, pp, 86-89.

sometidos a control y vigilancia. Los *hackers* pueden acceder a redes privadas como las que manejan determinados países a través de sus oficinas de defensa, o a las de grandes empresas o compañías. Estos sujetos pueden negociar posteriormente la información obtenida o difundirla sin ningún interés pecuniario de por medio. Este comportamiento los convierte, en algunas situaciones, en intermediarios de información obtenida de manera irregular y su actividad necesariamente sometida a control.

B.- *E-mail* o correo electrónico

El *e-mail* o correo electrónico es uno de los recursos más comunes utilizados en la red. Además fue uno de los primeros usos que ofrecía Internet en sus inicios. Esta herramienta ha facilitado la tarea de enviar mensajes de saludos, imágenes o postales acortando las distancias y reduciendo el tiempo. Lo que antes tenía que hacerse a través de las oficinas de correo, hoy puede hacerse desde la casa en cualquier momento y tan solo presionando la tecla de un ordenador.

Por medio de un *e-mail* podemos enviar cualquier tipo de información como por ejemplo documentos, fotos, cartas, libros virtuales, etc. Este medio otorga rapidez para el intercambio de información y por ello lo convierte en una herramienta esencial para el trabajo. Actualmente, muchas empresas y compañías han desarrollado dentro de sus centros de labores el uso del correo electrónico, se ha hecho indispensable para el giro del negocio. Lo mismo ha ocurrido con muchas instituciones educativas y entidades del Gobierno. En concreto el uso de este medio es individual: una persona determinada tiene una cuenta de correo a la que accede, ofrece sus datos para suscribirse y se le otorga un nombre de usuario y la contraseña elegida por él. Pero ahora son las empresas las que implementan sistemas de comunicación a través del correo

electrónico, crean las cuentas de correo y se las asignan a sus trabajadores; el acceso sigue siendo individual y se hace a través de las cuentas facilitadas por la empresa. Como se aprecia el uso del e-mail es indispensable en la actividad de las empresas.

El problema surge cuando el usuario, “propietario de la cuenta” se excede en el uso de esta, cuando la información que contiene su correo electrónico resulta perjudicial y dañina para terceros. Es decir, ¿cómo se pueden controlar las lesiones que se desprende del contenido de un *e-mail*, si en principio la información materia de una comunicación electrónica es algo que incumbe únicamente al usuario, los datos que él transfiere o recibe son algo que encajan dentro de su ámbito personal, de su privacidad? ¿Qué pasa si el sujeto a través de este medio está cometiendo un ilícito? Si, por ejemplo, este usuario utiliza su *e-mail* para difundir imágenes pornográficas y lo hace porque es parte de una red de pornografía infantil; y para agravar la situación qué consecuencias tiene si lo hace desde una cuenta electrónica facilitada por la empresa en la cual él trabaja; ¿en qué medida la empresa puede controlar estos envíos? ¿A los proveedores del servicio, también se les puede atribuir responsabilidad? ²¹ Estas son cuestiones que serán resueltas en el desarrollo de este trabajo.

Otro aspecto fundamental es determinar a qué tipo de contenido puede denominársele privado, y por ende estar en cierta medida protegido. Delimitar las facultades de intervención por parte de las autoridades, saber si es viable el control por parte de las empresas que asignan cuentas a sus trabajadores. No hay duda que el contenido de los correos electrónicos es algo que incumbe a su “autor”, hay un ámbito de privacidad que se debe proteger. Precisamente por esta razón es necesario saber si pueden presentarse conflictos o vulneraciones de otros derechos, confirmar o descartar un choque de derechos.

²¹ Cfr. DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidad...op. cit.*, p. 94.

**CAPÍTULO III:
PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DEL USUARIO: ESPECIAL
REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA
RED**

I.- Sobre la Constitucionalidad de la protección de datos personales

Es notoria la importancia que en esta última década ha cobrado la recogida de datos y su posterior tratamiento, no porque se trate de una situación novedosa, sino porque actualmente –y como se ha venido señalando– las nuevas herramientas tecnológicas y la presencia de nuevos medios de intercambio de información permiten que la captación y tratamiento de datos resulte más fácil. Estos avances, de alguna manera, facilitan la labor de muchas instituciones públicas y privadas que desarrollan bases de datos para prestar servicios eficaces, pero a la vez este desarrollo también es causa de muchas vulneraciones que se ocasionan por un mal uso de estos datos personales.

Para empezar este análisis es necesario hacer referencia a la naturaleza constitucional de esta protección, la misma que para muchos autores, algunos años atrás, tenía sentido en la medida que lo que se busca amparar es el derecho que tiene toda persona a la vida privada o derecho a la intimidad personal (como es conocida en otros países). Así es como en un principio se justificaba esta protección, como se concebía la idea de proteger aquella información de las personas que estaba en manos de terceros, ya que el mal empleo de los mismos traería consigo una vulneración de esa esfera de privacidad a la cual tiene derecho todo ser humano. Hoy en día nadie discute su naturaleza, en las constituciones de los países más desarrollados - y en la de algunos otros llamados emergentes o en vías de desarrollo- se encuentra una mención a la protección de los datos personales.

Además, no sólo las dudas respecto a la naturaleza constitucional de esta protección se disiparon, sino que también actualmente se afirma su autonomía como un derecho distinto al de la vida privada, muchas legislaciones explícitamente así lo contemplan²². Esta reconocida autonomía no es fundamento para señalar una marcada separación y diferenciación del derecho a la vida privada, sino más bien expresa su vinculación entre uno y otro, tal cual lo señala Nelson Remolina Angarita: *“Si bien se trata de dos derechos autónomos no debe perderse de vista que el derecho de protección de datos sigue teniendo su vocación primigenia, mas no exclusiva, de tutelar la privacidad y que en determinadas circunstancias la vulneración de uno acarrea la transgresión del otro. El primero otorga ´facultades positivas de disposición y control´ de los datos personales, mientras que el segundo confiere ´facultades negativas de exclusión y terceros´ de la vida privada y familiar de una persona”*²³. Queda claro que no se puede hablar de una tajante separación, sigue existiendo una vinculación entre los núcleos esenciales de cada derecho. Es evidente que son autónomos y por ello es que en cualquier situación en la que se encuentre presente ambos derechos y donde ocurra la vulneración de uno de ellos, no significará la afectación del otro.

Actualmente este derecho ha cobrado mucha importancia, el creciente desarrollo tecnológico, en especial de softwares que permiten una

²² En Latinoamérica México y Panamá reconocen de manera expresa en sus constituciones el derecho a la protección de datos personales; el primer país lo contempla así en el artículo 16 de su carta magna, mientras que la constitución panameña lo recoge en su artículo 42. Con lo señalado no queremos decir que son estas las únicas constituciones que reconocen la protección de datos personales como un derecho fundamental, sino que en los demás países la situación es distinta, sus constituciones hacen mención y referencia al tema pero no lo señalan de manera explícita, es con su posterior desarrollo legislativo comunitario que se ha arribado a la conclusión del carácter de derecho fundamental de esta protección, tal es el caso de España.

²³ REMOLINA ANGARITA, Nelson. “Aproximación constitucional de la protección de datos personales en Latinoamérica”. En: *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* [en línea]. 2012, n. 1. [Consulta: 16-01-2013]. Disponible en: < http://www.redipd.org/noticias_todas/2013/tribuna/common/AproximacionconstitucionalProtecciondeDatosPersonalesenLatinoamerica.pdf>.

captación masiva de datos personales, ha puesto muy en boga la protección de estos datos. Dentro de este marco, es que las personas en su constante interactuar social y con la finalidad de pertenecer a esa gran masa social que es partícipe de esta desmedida globalización, realiza un intercambio permanente de datos ya sea con entidades públicas como privadas. Es así que estas instituciones se han preocupado en trabajar en grandes bancos de datos que permiten, en determinadas circunstancias, que la posibilidad de identificara una persona sea mayor. En palabras de Juan Carlos Cervantes Gómez: *“en este rubro el avance de la tecnología y la creación de enormes bancos de datos públicos y privados ha generado que un desconocido deje de serlo en cuestión de minutos, lo cual implica el beneficio de la interrelación económica política y social”*²⁴.

Como se resaltó al inicio de este apartado, el desarrollo informático permite a las instituciones una captación importante de datos y la vez esto hace posible que dichos organismos presten servicios más eficientes; así cuando la información sea solicitada por terceros, esta será brindada en cuestión de minutos. Hoy en día, la informática se encuentra presente en cada una de las operaciones que realizamos en nuestra sociedad, las personas necesariamente tienen que realizar algún trámite ante una entidad pública, son partícipes de operaciones comerciales en las que faciliten sus datos para la obtención del servicio. Esta situación hasta cierto punto es normal pero los problemas surgen cuando la captación de datos no se realiza con el consentimiento previo del titular; cuando, además, se obtienen para finalidades totalmente distintas a la que origino la captación de estos datos. Este manejo desautorizado de la información personal, sin lugar a dudas constituye una doble vulneración. La primera tiene que ver con la facultad de control que posee la persona respecto de

²⁴ CERVANTES GÓMEZ. Juan Carlos. “Protección de datos personales”. En: *Quórum legislativo. Revista de la cámara de Diputados de México* [en línea]. 2006, n. 86. [Consulta: 16-01-2014]. Disponible en: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/177909>>.

su información personal que se encuentra en manos de terceros, la segunda relacionada al uso de esos datos, lo que acarrea una afectación a la privacidad de la persona.

Esta protección de datos personales o derecho a la autodeterminación informativa –tal como se denomina en nuestro país y que se encuentra recogido en artículo 2.6 de nuestra constitución– otorga a la persona la facultad de control de esa información personal que se encuentra en manos de terceros (entidades públicas como privadas). Este control no solo hace referencia a una fase previa, es decir, que el titular tenga la potestad de autorizar la captación de datos y si es así, saber qué calidad de datos son los que se recogen; sino también a una fase posterior, la facultad de autorizar el suministro o distribución de esa información ya recogida. Este derecho además otorga la posibilidad de solicitar la confidencialidad o anonimato de aquellos datos que necesariamente tienen que estar en poder de terceros y que no pueden ser anulados. Además permite que el titular pueda solicitar la actualización y rectificación de aquellos datos. Todas estas facultades se encuentran recogidas en la ley peruana de protección de datos personales, en ella se detalla explícitamente los derechos del titular²⁵.

En párrafos anteriores se mencionó que este derecho cobra mayor significación en la medida que el intercambio de datos personales, hoy en día, es una constante. Todo lo explicado y señalado se ha estructurado en base al desarrollo de la informática y en especial de los programas que permiten elaborar bases de datos, pero es necesario resaltar que este intercambio de información también se presenta en otro campo donde, tal vez, el flujo de información sea mayor: Internet. En la gran red, millones

²⁵ La Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos personales, en su Título III reconoce los derechos del titular de datos personales, estableciendo los siguientes: el derecho a la información, derecho de acceso, derecho de actualización, inclusión, rectificación y suspensión, derecho a impedir suministro, derecho de oposición, derecho al tratamiento objetivo, derecho a la tutela y el derecho a ser indemnizado (del artículo 18 al 25).

de personas interactúan diariamente, las 24 horas del día, donde la actividad es constante y la captación de datos también, por ello es necesario prestar atención a las conductas que se realizan, revisar nuestra ley y determinar si le es aplicable. También es necesario que tenga en cuenta los medios técnicos para controlar este tratamiento de datos. Como vemos, es importante estudiar este campo, ya que los peligros y vulneraciones que se pueden generar por el mal uso de la información que se posee, pueden ser serios.

II.- Privacidad del usuario

El usuario es el protagonista de la red. Es por él y en torno a él que Internet se ha desarrollado hasta llegar a lo que es ahora, un sistema abierto en el que cualquier persona puede tener acceso a las aplicaciones, usos y espacios que se ofrecen en este particular medio. El usuario puede servirse de la red gracias al servicio que es prestado por un tercero, es este el que le da la posibilidad de usar y acceder a Internet. En la doctrina suelen denominarlo proveedor, este sujeto es una de las piezas claves dentro de las relaciones que pueden surgir en el ciberespacio. Así pues, en palabras de Víctor Drummond: *“Los usuarios tan sólo tienen acceso a Internet a través de ordenadores llamados servidores, propiedad de una empresa que presta determinados servicios y productos”*²⁶. Estas empresas que son propietarias de los servidores, son los proveedores, son ellos los que le facilitan al usuario el acceso a la red. Las cuestiones que surgen en torno a estas dos partes (proveedor y usuario) son diversas, pero la más relevante es la que hace referencia a la responsabilidad de estas empresas proveedoras frente a las actuaciones

²⁶ DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidad...op. cit.*, p. 90.

ilícitas y vulneraciones que se puedan presentar en la red y que tienen como autor al usuario.

Pareciera que el usuario se encuentra revestido de grandes poderes frente al proveedor, esto teniendo en consideración que muchas legislaciones le otorgan una protección rigurosa a los datos que el usuario pueda introducir en la red, pero esto no es más que el respeto por la privacidad de este sujeto. Si bien esta información puede ser parte de la esfera privada del usuario, esto no lo faculta a ampararse en la red y en el anonimato que esta le ofrece para cometer un sinnúmero de ilícitos, para utilizar medios como el correo electrónico o redes sociales que le permitan realizar algunas lesiones en la *web*.

Hablar de la privacidad del usuario, sin duda alguna implica hablar de una garantía que se le otorga a este sujeto, es una protección de la información que el sujeto mueve en la red. Muchos ordenamientos contemplan leyes que regulan esta situación, y muchos juristas toman como sustento de esta garantía algunas disposiciones constitucionales de sus países. Esta protección de la privacidad del usuario, es la que choca con el control y vigilancia que se pretende optimizar para evitar la comisión de ilícitos o afectaciones; y se pretende desplegar esa vigilancia desde la posición de los proveedores, que sean ellos los que realicen una fiscalización de lo que circula en la red a la que ellos facilitan el acceso.

Pero esa vigilancia que se pretende establecer, hasta cierto punto, es frenada por la garantía con la que cuenta el usuario. Los proveedores no pueden filtrar las comunicaciones de los usuarios de manera arbitraria o discrecional, ya que para poder ejercer un control sobre esa información necesariamente tendrán que acceder al contenido de los mensajes que se intercambian y transitan en el ciberespacio. Pero este acceso no se les permite porque el contenido es parte de la privacidad del usuario, de un ámbito reservado en el que solo pueden intervenir todo aquel que el usuario permita. Si bien esta posibilidad de control se les plantea a los

proveedores para evitar que se les impute responsabilidad por los hechos o los contenidos de dichos mensajes, en ningún caso esta vigilancia puede realizarse accediendo de manera libre a los mensajes de los usuarios, esto significa verificar el contenido y filtrar todo lo que se supone se configure como potencialmente ilícito. Así, las empresas proveedoras sabrían el contenido del mensaje mucho antes que el destinatario del mismo; esto significaría una vulneración de un ámbito al que le está negado la entrada y que corresponde únicamente al usuario.

Las anteriores consideraciones no significan que la solución está en ignorar lo que suceda y dejar que en la red se intercambie cualquier tipo de información, sin importar si el contenido es dañino, ilícito o que pueda ser utilizado para la comisión de otras conductas ofensivas. Si bien estas afirmaciones implican un riesgo, en la medida que el uso de la red por parte de algunos usuarios trae consigo consecuencias que afectan a terceros e incluso que son contrarios al bienestar general. Esto no es razón suficiente para permitir que los proveedores realicen un control del contenido de los mensajes, pues tenemos de por medio la privacidad del usuario. No se trata de jerarquizar derechos y anteponer el beneficio general ante el individual, la privacidad es un bien jurídico importante para el desarrollo de la personalidad, y este bien no puede verse afectado. A partir de este derecho es que se puede hablar de un bienestar general, en la medida que si no existe respeto por este bien individual, no tendría sentido hablar de una protección del bienestar general.

Lo que sí puede hacerse es que una vez que se configura el ilícito, el proveedor identifique al autor para que se dé la sanción correspondiente. Así también, si antes de la realización de la vulneración se tiene las pruebas suficientes que determinen que el sujeto está utilizando Internet para la consumación de una vulneración que afecte a terceros, el proveedor también podrá identificar al sujeto. Esta actuación debe estar previamente habilitada por un mandato judicial, tal cual lo afirma Víctor

Drummond: “*la identificación debe ser obtenida a través de la intervención del poder judicial. Aunque es cierto que en el ámbito de las nuevas tecnologías un mínimo retraso puede perjudicar una identificación, no se puede permitir una divulgación sin intervención judicial, pues se podría perjudicar la seguridad jurídica*”²⁷. Así pues, la garantía de protección de la privacidad del usuario en ningún momento es impedimento para realizar un control, pero este tiene que realizarse cuando se haya dado una efectiva vulneración a un derecho fundamental y para poder actuar es requisito indispensable estar habilitado por un mandato judicial.

III.- Seguridad y defensa de los datos insertos en Internet

Como se puede apreciar, Internet se ha desarrollado dentro de un proceso complejo, lleno de cambios e innovaciones tecnológicas. Así, podemos resaltar como parte determinante en este desarrollo, la presencia de nuevas aplicaciones y herramientas que la red brinda a los usuarios. Estas soluciones se han venido implementando en todo el proceso de crecimiento y explosión de Internet de manera veloz y exacta. Medios como las páginas *webs*, *e-mails* y redes sociales han sido parte importante de este crecimiento exponencial de la red. Estos cambios permiten que dentro del ciberespacio los agentes realicen un intercambio de información de manera constante, que sea una interacción con manejo de una gran cantidad de datos.

Al insertarse los datos a la *web*, estos formarán parte de la misma, entrarán en conocimiento y posesión de terceros. Así por ejemplo, cuando se realiza la suscripción a determinada red social la persona ofrece ciertos datos para poder tener una cuenta, esta información pasa a conocimiento y posesión de un tercero; este ofrecerá (debe hacerlo, o lo mínimo que se

²⁷ *Ibíd.*, p, 92.

exige es que el usuario tenga la diligencia debida de cerciorarse si se le ofrece protección y un correcto manejo de sus datos insertos) como correlato la protección debida de la información de la cual ahora es poseedor.

El manejo de una cantidad y variedad de datos debe ser controlado, en la medida que la utilización de los mismos puede ocasionar perjuicios a aquellas personas que insertaron esa información; pueden configurarse lesiones de todo tipo; la calidad de la información que se posee puede ser de tal magnitud que se vulneran derechos fundamentales de la persona. Precisamente para evitar ello, la red misma ofrece mecanismos que impiden dichos perjuicios, que también los podríamos denominar como controles internos. Estos mecanismos se establecen según niveles de seguridad y de acuerdo al tipo de información que se introduzca o se pretenda proteger. Los tenemos de todo tipo, desde la utilización de un nombre de usuario y contraseña, hasta la necesaria aplicación de un hardware para evitar un incorrecto tratamiento de esta información.

Muchas de las amenazas en las redes pueden venir de los propios usuarios (redes corporativas), son estos quienes irrumpen y se hacen del manejo de la información para usarla o destruirla. También existen amenazas externas (redes de empresas importantes o entidades gubernamentales) donde la información que se maneja, se busca conservarla con la mayor confidencialidad posible. Existen también técnicas como el cifrado de datos²⁸, que en cierta medida otorga un mayor grado de protección de la información vertida.

A pesar de estos controles internos, los perjuicios cada vez son mayores. Dentro de la red los agentes se mueven y actúan velozmente, esto hace que la implementación de seguridad interna se haga de manera continua; y es necesario que vaya a la par de la velocidad con la que trabajan los

²⁸ Vid. DE ANDRES BLASCO, Javier. *¿Qué es... op. cit.* p. 51. El cifrado consiste en la descomposición de los datos llevándolos a una fórmula matemática. Se pueden recuperar mediante el descifrado.

sujetos en Internet. Es así que la seguridad, hablando de controles internos, no será al cien por cien, debido a que siempre hay un margen que por muy pequeño que sea, es utilizado por los intrusos para hacerse de la información; por ello como bien afirma Javier de Andrés Blasco: “*Un sistema completamente seguro es aquel que se encuentra sin conexión a la red, apagado, desenchufado y metido dentro de una caja fuerte inexpugnable cuya combinación sólo conoce una persona que se murió el año pasado*”²⁹. Este autor, de una manera un tanto irónica, pretende dar a entender lo difícil que es impedir las intromisiones en la red, y que por más que se implementen medios de seguridad internos, estos no van a ser del todo eficaces para lograr parar la actuación de los intrusos.

Pero la seguridad no se reduce al interior de la red; externamente se pueden plantear algunos mecanismos que protejan o eviten las posibles lesiones y perjuicios que se puedan configurar en la red. Esto se puede hacer gracias al Derecho, a través de la regulación de algunos supuestos de hecho que puedan configurarse como actuaciones antijurídicas.

Internet se ha desarrollado de tal manera que los perjuicios que se cometen son de tal entidad, que en algunos casos pueden llegar a configurarse como delitos, en la medida que se originen ataques a bienes jurídicos especialmente valorados en un ordenamiento. Por ello es necesaria la intervención del Derecho para regular dichas relaciones y evitar las actuaciones que, a pesar de darse dentro de la red, son verdaderas afectaciones al bien común o a las buenas costumbres.

El ciberespacio ha dejado de ser un aspecto meramente técnico, ha trascendido; y las implicancias sociales que tienen son muchas. Este campo tecnológico que hace algunos años atrás, parecía negado para el Derecho, presenta muchas conductas que necesariamente deben estar reguladas y contempladas. La ley ahora es un medio de seguridad externo que la red necesita; se convierte en un instrumento adecuado

²⁹ *Ibíd.*, p. 73.

para frenar determinadas conductas que algunos agentes realizan, como el manejo de información que en la mayoría de los casos es privada.

A. Internet y los riesgos que se presentan

El creciente uso de aplicaciones y servicios que se ofrecen en la red, actualmente, se ha incrementado y ya es una necesidad para muchos. Estas herramientas se han vuelto indispensables no solo para los momentos de ocio, sino también son requeridas y utilizadas en el ámbito laboral. Las personas interactúan con mayor intensidad vía Internet que personalmente, realizan transacciones comerciales, operaciones laborales y civiles. Esto significa que para poder participar en la red y realizar estas actividades, es necesario que en ciertos casos, los usuarios ingresen datos que permitan identificarlos o diferenciarlos de los demás participantes de la red. Es por ello que los proveedores de estos servicios en red y los intermediarios tienen en su poder mucha información personal de los usuarios. Esta situación es razón suficiente para pensar en un control de estos agentes, en la posibilidad de aplicarles la ley pertinente de protección de datos e imponerles las sanciones correspondientes cuando hagan un mal uso de la información que tienen en su poder.

Además, es necesario tener en cuenta que estos proveedores de servicios no solo tienen la posibilidad de captar estos datos, sino que también son capaces de identificar a los usuarios, por las conductas y gustos en la red. Estos proveedores pueden saber cuáles son las páginas y sitios *web* que sus usuarios frecuentan, esto les permite elaborar perfiles de estas personas, datos suficientes para identificarlas. Muchos de los agentes prestadores de servicios ven en los perfiles que elaboran una posibilidad de lucro, pues ceden esta información a terceros, como por ejemplo a tiendas virtuales las que envían información a los usuarios, ofertas y promociones que resultan indeseables.

Cuando se accede a la gran red no tenemos conocimiento de la cantidad de datos que ingresamos. Muchas veces por evitarnos la “engorrosa” tarea de leer las políticas de privacidad, aceptamos los términos y condiciones sin ni si quiera preocuparnos si esta información será administrada correctamente, o sin fijarnos si autorizamos la cesión a terceros de los datos ingresados. Así en palabras de Herminia Campuzano Tomé: *“la mayoría de los usuarios no es consciente de la cantidad de información privada que de forma inadvertida e involuntaria está revelando a terceros al hacer uso de Internet. Cada vez que visita un sitio web, se suministra de forma rutinaria una información que puede ser archivada por el administrador o proveedor de sitio; a este no le resulta difícil averiguar la dirección de internet de la máquina desde la que se está operando, la dirección de correo electrónico del usuario, que páginas lee y cuántas no le interesan, cuántas páginas ha visitado, así como el sistema operativo y el navegador utilizado”*³⁰. Como vemos, este poder de disposición con el que cuentan los proveedores es grande, la tecnología les permite que el solo comportamiento de un usuario les facilite su identificación, lo que constituye un riesgo enorme; y además que pueden generarse serias vulneraciones a la privacidad de las personas si no se ejerce control alguno.

De lo expuesto, resulta claro que Internet es un medio efectivo para la obtención de información, un entorno que favorece la actuación de determinados agentes para el recogimiento de datos. El ciberespacio es un mundo totalmente distinto, muchas actuaciones se realizan de manera simultánea y la velocidad es tal que resultan “invisibles”. Los usuarios pueden encontrar innumerables servicios en la red y pueden acceder a ellos de manera sencilla y rápida. Es en este proceso de oferta, demanda y utilización de servicios en línea, donde se realiza este gran intercambio de información. Este flujo de datos, que incrementa cada vez que un

³⁰ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 68.

usuario accede a la red, sucede en la mayoría de los casos sin el consentimiento de los titulares, muchas personas hacen uso de aplicaciones y herramientas en Internet sin saber que dicho comportamiento significa un peligro para ellos.

Del mismo modo, debemos tener en cuenta que los riesgos no solo radican en la posibilidad de obtener información, sino que la difusión de datos también es mayor por las características técnicas de la red. Esta información circula en el ciberespacio y no solo en manos de los proveedores de servicios, sino también en las de un usuario común y corriente, que posteriormente podría usarla para cometer ilícitos. Además, la gran mayoría de páginas *web*, servicios o aplicaciones que están en la red muchas veces ofrecen políticas de privacidad poco claras con terminología demasiado técnica que hace imposible el entendimiento para el usuario promedio, lo cual impide que estos tengan un conocimiento acerca de la información que brindan.

Es cierto que la rapidez con la que se mueve la información en la red nos hace pensar en la imposibilidad de identificar a una persona, pero esto no es absoluto, la misma tecnología permite a los proveedores de servicio hacerlo, a pesar de que ese usuario no haya introducido un nombre o dirección electrónica. Por ejemplo, solamente basta contar con ciertos datos de la actividad del usuario para poder identificarlo. Como vemos son innumerables los riesgos que se presentan en Internet y es necesario que se proteja la información que circula en la gran red, por ello es posible calificar esta información como datos personales y por ende aplicarle la ley pertinente, con la finalidad de evitar vulneraciones a la privacidad de las personas que hagan uso de los servicios en la red. Es factible la aplicación de la ley de datos personales a ciertas actividades en la red, tal cual se explicará en los siguientes puntos de este capítulo.

B.- Los servicios de la red. Implicancias en la Protección de datos personales

En el apartado anterior señalamos que en Internet se ofrecen una gran cantidad de servicios, los mismos que son usados por miles de personas a nivel mundial. También se dijo que esta situación hace que los usuarios inserten muchos datos para poder usar dichas aplicaciones y a la vez esta información circula en toda la red, puede ser captada por cualquier sujeto. Son los proveedores de estos servicios los que tienen en su poder dicha información, que pueden tratarse de datos concretos como direcciones electrónicas, números de documentos de identidad, etc. Pero como lo explicamos, un proveedor de servicio también es capaz de identificar a una persona en la medida que puede conocer su comportamiento en la *web*, sus preferencias o las páginas que visitan y, a partir de ello, elaborar un perfil que permita identificarlo.

Como vemos, a partir de la actuación que los usuarios realizan en la red podríamos identificarlo –incluso con cierta exactitud–, conocer información relevante sobre estas personas como, por ejemplo, su nombre, direcciones electrónicas y hasta el ordenador en el que se realizó la conexión y acceso a Internet. Esta situación nos demuestra que es factible hablar de la aplicación de la ley de datos personales a esta realidad ya que los conceptos y la información de la que hablamos encaja perfectamente en la definición y ámbito de aplicación de la ley peruana. Pero es necesario hacer referencia a los dispositivos de dicha normativa y algunas definiciones que nos deja la doctrina, sobre datos personales para determinar la efectiva aplicación de la mencionada ley.

La ley de protección de datos personales N°29733, en su artículo 2° inciso 4 plantea una definición y nos dice que son datos personales “*Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados*”. A su vez, la misma ley en el artículo 3° donde nos habla de su

ámbito de aplicación hace una particular referencia y nos dice que: “*Son objeto de especial protección los datos sensibles*”; pero, ¿Qué entendemos por datos sensibles?, esta respuesta la encontramos en el inciso 5 del artículo 2° el cual nos dice que son aquellos “*Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar a un titular, datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opciones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; en información relacionada la salud o a la vida sexual*”. Tomando como punto de partida lo señalado en la ley, nos podemos dar cuenta que mucha de la información que circula en la red –incluso la elaboración de perfiles por parte de los proveedores– tiene la calidad de datos personales; y muchos de ellos podrían ser considerados como datos sensibles. Entonces, es necesario que se preste especial atención a la captación de datos que se realiza mediante estos servicios.

Pareciera que esta información mínima, “aislada” como la califica Víctor Drummond³¹, no podría significar peligro alguno. Efectivamente así sucede, pero es necesario tener en cuenta la manera como son recogidos estos datos, su tratamiento y la finalidad. Estos datos cobran importancia cuando hacen posible la identificación de una persona, cuando forma parte de una base de datos que permita elaborar perfiles de una persona. Estas bases de datos se generan en la red, circulan en la misma y muchas veces son cedidos sin consentimiento del titular a terceros; por ello es necesario prestar especial atención al ciberespacio.

Tanto en el ciberespacio como fuera de él, el tratamiento de datos personales³² no se encuentra prohibido. La dación de normativa sobre

³¹ Vid. DRUMMOND, Víctor. *Internet privacidad...* op. Cit. p. 55

³² El artículo 2°, inciso 17 de la Ley 29733 nos da un alcance sobre lo que debemos entender por tratamiento de datos personales y nos dice que es *cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o*

esta materia busca que se haga un correcto uso de esta información, respetando los derechos fundamentales de las personas, teniendo como eje principal el derecho de autodeterminación informativa, derecho que – como ya lo dijimos al inicio de este capítulo– faculta al titular de una información que se encuentra en manos de tercero, a controlar el uso y suministro de la misma. Como vemos, lo que se pretende con estas regulaciones es proteger uno de los aspectos más importantes de la persona, la privacidad. No se protege la información por sí sola, sino evitar vulneraciones en la privacidad de las personas por un mal uso de su información, impedir que los datos sean recogidos para una finalidad distinta a la que originó su captación.

A continuación señalaremos los principales servicios que se ofrecen en la red, las implicancias de los mismos respecto a los datos personales, cómo es que se realiza el proceso de captación y los posibles riesgos que se generan. El estudio en los siguientes apartados se basará en tres de los principales servicios que encontramos Internet, no solo por la cantidad de usuarios, sino también por la significación económica que tienen.

B.1.- Las redes sociales

Hoy, uno de los servicios más usados en Internet es las redes sociales. Estas se han constituido en un importante medio de difusión de ideas, entretenimiento, publicidad y sobre todo de información. Páginas como Facebook o Twitter permiten la difusión de imágenes, textos y música a gran escala, y la posibilidad de que esta información llegue a terceros es ampliamente sorprendente. Además, estos servicios son un medio de difusión de publicidad altamente efectivo, por ello los proveedores prestan más atención a este aspecto en la medida que dicha actividad significa una gran retribución económica.

cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales.

Para acceder al uso de este servicio, las personas deben seguir un procedimiento de registro, donde tendrán que ingresar algunos datos como direcciones electrónicas, nombres y apellidos, fechas de nacimiento y sexo; posteriormente al momento de configurar su perfil, el usuario podrá ir ingresando otros datos secundarios, como sus preferencias musicales, deportivas, etc. Como vemos, la información que se ingresa al momento del registro, puede calificarse como un dato personal, en la medida que es suficiente para identificar a una persona³³. Por lo tanto, es necesario prestar especial atención al comportamiento de los proveedores de estos servicios, que se verifique si los datos que se encuentran en su poder son utilizados para la finalidad que origino su captación y no otra distinta.

Claramente vemos la necesidad que hasta cierto punto exista un control por parte de la autoridad pertinente –en el Perú es la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales– una vigilancia en amparo de la ley y los derechos fundamentales, en este caso el de expresión e información. Lo importante es que se verifique que se cumple con los dispositivos, derechos y obligaciones que se encuentran contemplados en la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante LPDP). Los proveedores de estos servicios manejan grandes bases de datos, las mismas que podrían negociarse o cederse a empresas que practican el comercio electrónico para ofrecer sus servicios, contraviniendo así a la ley.

La mayoría de redes sociales ofrecen en sus páginas medidas de protección, “configuraciones de privacidad” que permiten al usuario limitar la difusión de su información personal, de los contenidos que publica y de sus actualizaciones a un grupo reducido, al que ellos elijan. Esta es una de las formas de seguridad que se manejan; los agentes, en este caso los proveedores, ofrecen medidas técnicas, grados de protección y restricción de información que los mismos usuarios manejan y serán ellos los que

³³ Artículo 2º inciso 4 de la Ley 29733.

decidirán de qué manera resguardan sus datos, los que consentirán si es factible la utilización de su información para fines distintos. Este sistema se le conoce como el de autorregulación, donde no hay intervención ni fiscalización, donde es el usuario es el que elige las medidas de protección que le ofrece el servicio y será el único responsable del manejo de sus datos. El sistema de la autorregulación es el que se sigue en países como Estados Unidos, donde para muchos ha tenido cierto éxito, pero a pesar que el usuario sea el que decide el destino de su información, si es necesario un control mínimo. Por ejemplo, que los proveedores ofrezcan políticas de privacidad claras, seguridad eficiente, explicación detallada de las ventajas y desventajas por el uso de estas restricciones, etc.

Además de la utilización de los datos personales que se ingresan, el uso de las redes sociales presenta otros riesgos. Muchos de los usuarios en sus perfiles suelen compartir información personal, algunas imágenes y muchas veces hasta su ubicación exacta. Pero ¿qué sucede cuando la información afecta a terceros que no tienen un perfil y que no han prestado su consentimiento para la publicación? ¿la difusión de datos personales por usuarios cabe dentro de la excepción contemplada en el segundo párrafo del artículo 3º inciso 1 de la LPDP³⁴? Efectivamente, el artículo mencionado hace alusión a una excepción a la aplicación de la ley; cualquier base datos elaborada por personas naturales que tengan que ver con su vida privada no será objeto de aplicación de la ley, así la información que los usuarios de la red publiquen en sus perfiles y que tenga que ver con su vida privada no estará dentro de lo contemplado en la ley. Pero hay información que trasciende ese ámbito de vida privada y familiar, campo que ya no es de libre disposición para el usuario, donde

³⁴ Artículo 3.1 de la ley 29733:

(...)Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales:

1. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar.

se necesita el consentimiento de ese tercero para la publicación y manejo de esa información. Consideramos, que este campo si es perfectamente protegible por la ley y, por lo tanto, al usuario de la red social se le puede calificar como un administrador de datos personales, pasible de sanciones y control. Un ejemplo donde el usuario es administrador de datos de terceros son los grupos sociales, religiosos o políticos que se arman en las redes, donde el administrador tiene la responsabilidad de un tratamiento correcto de los datos.

Debemos señalar que respecto al supuesto señalado en el párrafo anterior, las redes sociales también disponen de medios y herramientas para que las personas que se sientan afectadas por la utilización de información personal por parte de los usuarios, puedan solicitar el acceso, rectificación y cancelación de dichos datos. Por ello podríamos concluir que también aquí funciona lo que denominamos autorregulación. Pero como también lo dijimos anteriormente, es necesario un control y fiscalización sobre la facilitación efectiva de estas herramientas, que sean suficientes y necesarias para la protección de la información de terceros.

B.2.- Los buscadores

Hoy en día nadie puede imaginarse navegando en Internet sin la existencia de los motores de búsqueda que nos facilitan la tarea de recopilar información. Esta herramienta es necesaria y, si bien Internet es un sitio donde se encuentra e intercambia información rápidamente, los motores de búsqueda permiten que aquella tarea se realice con mayor velocidad, con resultados exactos y precisos en algunos casos. Existe una gran cantidad de motores de búsqueda, entre los más famosos tenemos a Google y Yahoo, muchos de ellos han pasado a convertirse en grandes corporaciones tecnológicas, que empezaron con el ofrecimiento de un solo producto, los buscadores, y que pasaron a desarrollar y a ofrecer más aplicaciones. Como vemos, la importancia de los buscadores es

innegable, no solo desde el punto de vista tecnológico sino también desde la perspectiva comercial, esto porque actualmente los motores de búsqueda se han convertido en una gran ventana para la oferta de productos de todo tipo.

Antes de pasar a explicar las implicancias que puedan generarse del uso de los buscadores, vamos a dar algunos alcances sobre su funcionamiento para poder entender cómo es que se realiza la recopilación de información, qué es lo que se debe proteger y cómo se debe de hacer. Un motor de búsqueda realiza una labor de análisis y estudio de la red que le permita identificar la mayor cantidad de páginas *web* que existen en Internet y que se encuentran en los servidores, mediante un software se realiza esta identificación de las direcciones existentes en Internet; posteriormente se realiza una lista o índice de aquellas direcciones recopiladas y de acuerdo a cierto tópicos se procederá a una agrupación de la información; finalmente es otro software que es el que identifica la información agrupada, de acuerdo a los criterios de búsqueda que ha ingresado el usuario del buscador³⁵.

³⁵ Esta explicación detallada la encontramos en el siguiente blog: LESS ANDRADE, Pedro. *Funcionamiento de los Motores de Búsqueda y Tecnología de Google*. El Blog corporativo de Google para Latinoamérica. [Consulta: 16-01-2014]. Disponible en: < <http://googleamericatatinablog.blogspot.com/2008/10/funcionamiento-de-los-motores-de.html>>. Donde nos dice: Los motores de búsqueda están conformados por 3 elementos:

1. Un programa de computación que recorre constantemente la red Internet recabando información sobre las páginas que se encuentran publicadas en los servidores de Internet Sin embargo, ciertos sitios de Internet pueden optar por no ser indexados por los restos programas (llamados robots) mediante la inclusión de un protocolo de exclusión que hará que no sea indexado.
2. Un programa de computación, que analiza la información recabada por el robot, la compila y genera un índice sobre la base de algoritmos que permiten ordenar la información siguiendo criterios de relevancia.
3. Un programa de computación que le permite a los usuarios realizar búsquedas sobre el índice generado.

Los motores de búsqueda son el equivalente tecnológico a los catálogos por fichas de las bibliotecas. Los motores de búsqueda son tecnologías neutrales. Todo el proceso de recopilación, compilación e indexación y búsqueda se realiza de manera automática sin intervención humana. La única intervención humana está dada por el usuario que ingresa los términos a buscar.

Ya se mencionó la importancia y necesidad del uso de los buscadores; es precisamente esta la razón que nos lleva a explicar los principales riesgos que se pueden ocasionar por el tratamiento de datos mediante esta herramienta. Estos riesgos hay que mirarlos desde la perspectiva del usuario como del proveedor de este servicio. Como lo señalamos en líneas anteriores, cuando un usuario accede a Internet, lo primero que hace es usar el buscador, donde introduce las palabras, criterios o tópicos que desea que el motor de búsqueda identifique. Al parecer este es el normal procedimiento que muchos usuarios siguen para conseguir información en la red; la mayoría de ellos no se registra para la utilización del servicio, algunos lo hacen, pero hoy es posible utilizar el motor de búsqueda sin necesidad de seguir un procedimiento de registro. Al no ingresar ningún dato, pareciera que no es posible que se puedan generar problemas relacionados con el mal uso de datos personales, ya que no es necesario registro alguno para utilizar los buscadores. Pero no resultan siendo así, pues los buscadores pueden obtener información respecto al comportamiento, gustos, actividades de los usuarios; elaborando perfiles de las personas, los cuales pueden ser utilizados para finalidades distintas. Los buscadores pueden conocer la dirección IP de un usuario, las direcciones que más visita, el momento en el que se realizó la consulta y hasta el sistema que utiliza el computador del usuario. Son estos los datos que permiten al proveedor elaborar ciertas listas o base datos que en principio deberían ser utilizadas para la finalidad del servicio. Esta información se puede catalogar perfectamente como datos personales, porque permiten la identificación de una persona y por lo tanto le es aplicable la ley pertinente³⁶.

Otro riesgo que puede generarse es la posición de los proveedores de estos servicios como proveedores o intermediarios de la información que

³⁶ Vid. DE MIGUEL ASECIO, Pedro A. *Derecho privado de internet*. 4^o Edición. Cizur Menor (navarra): Aranzadi, 2011, p. 319.

se difunde en Internet. Como se dijo anteriormente, cuando se explicaba el funcionamiento de los motores de búsqueda, estos realizan una lista final de direcciones previamente rastreadas, directorio que sirve de base para la búsqueda que hacen los usuarios. Los buscadores recopilan direcciones, páginas donde se encuentra el contenido que terceros, titulares de aquellas páginas, manejan y difunden.

Los motores de búsqueda poseen una lista de aquellas páginas que rastrean, estas quedan grabadas en la memoria de los servidores, normalmente suelen actualizarse, la frecuencia con la que se haga es responsabilidad del proveedor y derecho del usuario. Si es que no se realiza una actualización pueden ocasionarse serias confusiones y problemas, en la medida que en algunos casos la información que el usuario busca y que se encuentra en la memoria del servidor del buscador, puede que haya sido retirada, rectificada y actualizada en la página *web*, pero en el motor de búsqueda sigue arrojando lo que tiene en su memoria, es decir una información inexacta y desfasada; en palabras de Miguel Asencio: *“Junto con los riesgos para los interesados inherentes a la capacidad de búsqueda y agregación de datos de los buscadores que hace posible la elaboración de perfiles sobre las personas, destaca el que al permitir el acceso a la información alojada en su memoria caché el motor de búsqueda facilita la difusión de información que ya no está accesible en el sitio del que se copió o en el que ha sido recogida”*³⁷. Por ello es necesario que haya un control y verificación de que efectivamente se realizan las actualizaciones correspondientes, dentro de un tiempo prudente.

Los buscadores tienen una gran capacidad para captar datos, información relevante que puede afectar a sus usuarios; por eso es necesario que se verifique que los proveedores cumplan con lo mínimo y necesario para la protección de los datos que se ingresan y así evitar vulneraciones a la

³⁷ *Ibíd.*, p, 321.

privacidad del usuario. Es una necesidad que la Autoridad Nacional de Protección de Datos tome en cuenta estos riesgos que se generan en la red, que cuente con personal capacitado en este ámbito para que atienda este tipo de problemas y brinde las soluciones adecuadas.

B.3.- La publicidad en Internet. El uso de Cookies

Los usos que la red permite desarrollar son innumerables. Miles de usuarios interactúan con finalidades e intereses diferentes, grandes empresas ven en Internet un medio efectivo para la difusión y promoción de sus productos. Hoy, la publicidad vía Internet es algo muy común, practicable no solo por empresas sino también por personas naturales que cuentan con algún negocio. La gran difusión de publicidad responde a dos criterios básicos: un amplio alcance de la publicidad y precios estándares posibles de costear. Esta situación a simple vista no presenta problema alguno, en la medida que la publicidad que circula en la red se encuentre alojada en las diferentes páginas existentes en la red, donde es promocionada por los titulares de las *webs* a cambio de una retribución por el servicio, pero muchas personas han pensado lo siguiente: ¿por qué recibimos publicidad en nuestros correos electrónicos sin ni siquiera habernos registrado en la página de la empresa en cuestión? o ¿por qué en las redes sociales como Facebook siempre nos ofrecen publicidad que coincide con nuestros gustos, preferencias y necesidades del momento? Y es que muchos de los proveedores de servicios como correos electrónicos o redes sociales, que manejan grandes bases de datos, difunden la publicidad pues tienen acceso directo a la información de los usuarios, por lo tanto conocen sus preferencias. Esta situación se torna peligrosa cuando se hace sin el consentimiento del titular de la información.

Los proveedores de servicios como correos electrónicos o redes sociales, almacenan cierta información de sus usuarios (contenidos que reciben e

intercambian con terceros); esto lo hacen porque es necesario para prestar el servicio, es así que el usuario cuenta con una bandeja de entrada y salida en sus mails, o pueden guardar o etiquetar una foto en Facebook. Es decir, el proveedor del servicio tiene un acceso natural a esta información, pero esto no le faculta a usar dicha información para otra finalidad, necesita del consentimiento del titular de la información.

Para lograr este almacenamiento se emplean los *cookies*, que no son más que datos que son enviados por la página *web* al navegador que utiliza el usuario, para que en este se genere una especie de memoria donde se almacena toda la información de la actividad del usuario y que posteriormente puede ser consultada por el proveedor del servicio. En palabras de Javier Ribas Alejandro: “*Los ‘cookies’ son pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores, y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario*”³⁸. Como lo dijimos anteriormente, la finalidad de los *cookies* es poder cumplir con el servicio que se brinda, pero en la actualidad se ha convertido en una herramienta muy útil para la captación de información que será utilizada posteriormente para la difusión de publicidad, muchas empresas que se dedican al comercio electrónico tienen convenios con empresas que prestan servicios de mensajería o redes sociales para que a través de ellos puedan difundir publicidad empleando los *cookies*.

Los *cookies* permiten conocer el comportamiento de los usuarios, los contenidos que mayormente visita y lo que más comparte en la red. Esta información es aprovechada por muchos proveedores para publicitar productos que tienen mucho que ver con esos contenidos. Los *cookies* permiten identificar a un usuario, estos contienen datos suficientes para poder conocer la identidad de una persona, por ello pueden calificárseles como datos personales; pueden identificar de manera directa e indirecta a

³⁸ RIBAS ALEJANDRO, Javier. *Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico*. 2ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 66.

un usuario, dependiendo si es posible relacionar el *cookie* con la información del nombre de usuario en el navegador o según el tipo de dirección IP que se utilice³⁹.

Al tratarse de información que tiene carácter personal, los proveedores deben cumplir con respetar los derechos fundamentales de las personas y las disposiciones que se encuentran recogidas en la ley. Es decir, deben facilitar todas las herramientas necesarias para que el usuario pueda ejercer sus derechos como titular de datos personales; además de cumplir con sus obligaciones. Esto significa que el proveedor del servicio debe implementar en su página las aplicaciones necesarias para que el usuario pueda negarse a la implementación de los *cookies*. También debe especificar claramente en sus políticas de privacidad todas las repercusiones que se pueden generar si es que el usuario permite el uso de sus información para fines diferentes, debe permitirle la posibilidad de revocar la aceptación en el momento que el usuario lo desee.

Anteriormente, se hizo hincapié en la necesidad de que los proveedores sean claros en la explicación de la finalidad del uso de los *cookies*; informar para qué los utilizan, qué actividades desarrollaran, etc. Muchas páginas *web* ya contemplan estas explicaciones, tal es el caso de Facebook que en su página señala lo siguiente: “*Nosotros, nuestros afiliados, terceros y otros socios (en adelante, "socios") utilizamos estas*

³⁹ *Ídem*. Nos dice: “Algunos programas navegadores asignan de forma automática el nombre del usuario al fichero que se genera como *cookie*. De esta manera, el nombre del fichero puede estar formado por el nombre del usuario, un símbolo de separación y el nombre del servidor que ha dado instrucciones para generar el archivo *cookie*. Para que esta asignación pueda producirse, el navegador debe haber sido previamente personalizado por el usuario, en el momento de la instalación o con posterioridad.

Si ello no se produce, el contenido del *cookie* no podrá ser considerado como personal, ya que no podrá ser asociado a una persona identificada. No obstante, el archivo *cookie* puede contener la dirección IP del usuario. En este caso su identidad podría ser obtenida si se utiliza una dirección IP fija, siempre que sea notorio el usos de dicha IP por un usuario determinado. En el caso de IPs dinámicas, la única forma de obtener la identidad del usuario sería mediante un requerimiento judicial al PSI que le dio acceso a la red, antes de que los datos de la sesión desaparezcan del LOG del sistema. Las dificultades inherentes a este sistema de identificación nos hacen pensar que la inclusión de una IP dinámica en un archivo *cookie* no es suficiente para considera el contenido como datos de carácter personal”.

*tecnologías como medida de seguridad y con el fin de ofrecer productos, servicios y publicidad y recabar información acerca del uso que se hace de ellos. Con estas tecnologías, un sitio web o una aplicación pueden almacenar información en tu navegador o dispositivo para volver a leerla en otra ocasión. En esta página, te explicamos con más detalle cada una de estas tecnologías y cómo se utilizan*⁴⁰. Como vemos, es necesario que el usuario tenga conocimiento de esta información para que pueda prestar su aceptación o negación respecto al uso de los *cookies*.

Además, se debe tener en cuenta que estamos hablando de posibles vulneraciones a la privacidad del usuario; por lo tanto este tiene que estar perfectamente enterado de los posibles usos que puedan darle a sus datos, las finalidades, etc. Podemos apreciar que el usuario por sí solo puede proteger su información; estamos hablando de un usuario diligente que se toma un tiempo para leer las políticas de privacidad de la *web*, que toma todas las medidas necesarias para el uso del servicio. Pareciera que no es indispensable algún tipo de control, pues bastaría con las aplicaciones para impedir el uso de los *cookies* y la diligencia del usuario. Pero quién revisa las políticas de privacidad, quién verifica si las aplicaciones son necesarias y suficientes; si el proveedor permite el ejercicio de su derecho al titular de los datos. No se trata de un control innecesario y fuerte que limite la libertad de información y empresa de los proveedores, lo que se busca es armonizar estos derechos con los de los usuarios.

IV.- Las políticas de protección de datos personales

Como se ha venido señalando respecto al tratamiento de datos personales, es necesario que confluyan tanto los derechos del usuario

⁴⁰ *Cookies*, píxeles y otras tecnologías similares. [Consulta: 16-01-2014]. Disponible en: <<https://www.facebook.com/help/cookies/?ref=sitefooter>>.

como las obligaciones del proveedor del servicio, relacionados con la seguridad, la información y el consentimiento para la captación y tratamiento de este tipo de datos. Así, si se pretende ofrecer servicios en línea donde se trabaje con datos personales, es necesario que se ofrezcan y adopten las medidas de seguridad pertinentes que garanticen la protección de esta información, tal cual lo señala el primer párrafo del artículo 16 de la LPDP en los siguientes términos: *“Para fines del tratamiento de datos personales, el titular del banco de datos personales debe adoptar medidas técnicas, organizativas y legales que garanticen su seguridad y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado”*. Del mismo modo el tercer y último párrafo del mismo dispositivo nos dice: *“Queda prohibido el tratamiento de datos personales en bancos de datos que no reúnan los requisitos y las condiciones de seguridad a que se refiere este artículo”*.

La ley es clara respecto a la exigencia de las medidas de seguridad cuando se manejen bases de datos compuestas por información personal. Esta obligación es el primer paso a seguir cuando se trabajen con estas bases de datos. Pero también es necesario que el usuario del servicio conozca de manera detallada y clara estas medidas de seguridad, cómo es que se desarrollan y cómo protegen la información. Además, el usuario debe estar plenamente informado de la finalidad que se pretende dar a los datos que recopilan, si serán cedidos o no a terceros. Todo esto debe de realizarse de manera previa a la captación de los datos, pues el usuario debe ser informado de manera clara antes de consentir el tratamiento de su información. Conocer el destino de los datos captados, es un derecho del titular de los datos personales, que se encuentra recogido en el artículo 18 de la LPDP, que señala: *“El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán,*

así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales”.

En su último párrafo el artículo 18 de la LPDP nos dice: *“Si los datos personales son recogidos en línea a través de redes de comunicaciones electrónicas, las obligaciones del presente artículo pueden satisfacerse mediante la publicación de políticas de privacidad, las que deben ser fácilmente accesibles e identificables”.* Como se puede apreciar, cuando la captación de datos se pretenda hacer mediante servicios que se presten en Internet, debe de informarse de manera precisa y concreta mediante las *Políticas de Privacidad*, las cuales deben de estar al alcance de los usuarios para que puedan determinar si prestan o no su consentimiento para el tratamiento de la información que puedan insertar en la red.

Las políticas de privacidad o también conocidas como políticas de protección de datos es un documento que cumple una doble función: Primero, sirve para informar todo lo concerniente a la captación de datos, destino, publicidad, etc. Segundo, sirve como documento sustentatorio de la prestación o no del consentimiento, por parte del usuario, para el tratamiento de sus datos. En palabras de De Miguel Asensio una política de privacidad es *“entendida como un compendio de información sobre las prácticas en materia de protección de datos del titular del sitio web y documento cuya aceptación por los usuarios es presupuesto para que el prestador de servicios pueda considerar que ha obtenido el consentimiento del usuario cuando este viene exigido por la normativa sobre protección de datos”*⁴¹.

El uso de estas políticas de privacidad es indispensable, es el medio para que el usuario de un servicio de la red pueda conocer todo lo relacionado al tratamiento de su información personal. Además, se constituyen como un medio de prueba frente a cualquier incumplimiento o vulneración de los

⁴¹ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A. *Derecho privado... op. Cit.*p, 306.

derechos recogidos en la ley. A través de ellas se pretende garantizar la protección del usuario frente al tratamiento inescrupuloso de datos por parte de empresas negligentes, que se dedican a la cesión de datos a terceros sin el consentimiento del titular de la información. La ley exige que en estas políticas informen de manera clara todo lo pertinente a la captación de datos y sobre el destino de los mismos. Esta es una obligación que deben de asumir todos los prestadores de servicios, por ello frente a cualquier incumplimiento la ley fija las sanciones correspondientes.

Se pide que las explicaciones respecto a la actividad y destino de los datos sea clara, pues los proveedores de estos servicios suelen ceder esta información a terceros para que publiciten sus productos; es decir, transfieren datos personales a terceros para comercializar productos en línea. Esta es una situación delicada pues no hablamos de cualquier tipo de información; por ello debe de garantizarse la seguridad del usuario, este debe conocer cada una de la finalidades y usos que le pueden dar a su información. Pero el usuario debe, además, tomar una posición de cuidado frente a estos servicios; es decir, debe ser lo más diligente posible, debe leer de manera detenida estas políticas de privacidad y no evitarlas por saltarse de ellas por no pasar por el engorroso proceso de registro.

Del mismo modo, los proveedores del servicio deben incluir en sus páginas pestañas o enlaces que sean claramente visibles para el usuario que le permitan acceder de manera directa a las políticas de privacidad y se informe de todo lo concerniente al tratamiento de datos. Es necesario que estas advertencias o enlaces puedan aparecer de manera previa, que se condicione el registro a la lectura de las políticas de privacidad y a la aceptación de cada uno de sus puntos.

Debe de informarse al usuario de todos los mecanismos existentes para poder realizar las rectificaciones, reclamos y/o oposiciones frente a

cualquier uso indebido de la información personal. Como vemos, es determinante la presencia y difusión de estas políticas de privacidad pues permitirán que el consentimiento del usuario pueda darse una vez que haya tenido toda la información necesaria para valorar el ingreso o no de sus datos. Se puede apreciar, que resulta necesario un control de la actividad de los prestadores de servicios, un control que se basa en el cumplimiento y respeto de las condiciones mínimas de seguridad y de los derechos del usuario.

CAPÍTULO IV: LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU NECESARIA PROTECCIÓN FRENTE A LAS ACTUACIONES EN LA RED

I.- Algunos alcances sobre la noción tradicional de la propiedad intelectual

En el ordenamiento peruano cuando se habla propiedad intelectual se engloban dos aspectos principales: el primero de ellos es la propiedad industrial, y el segundo trata sobre los derechos de autor y conexos, un contexto que no se repite en otros ordenamientos donde la distinción y denominación es diferente. España es un ejemplo donde la denominación propiedad intelectual está destinada solo a lo concerniente a la protección de creaciones del espíritu donde se manifiesta la personalidad misma del autor y dentro de la cual se encuentran los derechos de autor y conexos. Frente a esta tenemos a la propiedad industrial dentro de la cual encontramos las creaciones industriales como las marcas, patentes, modelos de utilidad, etc. Como vemos, se trata de una situación que tiene que ver con la denominación, que no se repite en la legislación pues tanto en España como en Perú existe para cada una de los aspectos leyes diferentes⁴².

Lo que nos importa para el presente trabajo es todo lo relacionado con la propiedad intelectual; es decir, todo lo concerniente con la protección del autor y derechos conexos. Es este aspecto es el que analizaremos y destacaremos sus principales características para poder explicar la problemática en la red.

El derecho de propiedad intelectual (derecho de autor y conexos) tiene como objeto de protección todas aquellas creaciones fruto del espíritu,

⁴² La principal normativa en el Perú es la siguiente: El Decreto Legislativo 1075 que se refiere a la propiedad industrial y el Decreto Legislativo 822 y el Decreto legislativo 1076 correspondientes a los derechos de autor y conexos.

que implican una manifestación de la personalidad. Lo que se busca es proteger la obra, fruto del intelecto de su autor. Se protege la originalidad, la forma como se expresan las ideas, pues estas por si solas no constituyen objeto de protección. Haciendo un símil podríamos decir que las ideas o hechos son la materia prima de la creación. Asimismo, este derecho presente un contenido moral como patrimonial; es necesario destacar que ambos derechos son independientes. Si los derechos de autor en general se encuentran vinculados con la personalidad del autor, es con los derechos morales que se puede entender y explicar dicha afirmación. Estos derechos se atribuyen exclusivamente al autor, a su creador, son de naturaleza individual y que, a pesar de que se haya cedido los derechos patrimoniales, el autor mantiene los derechos de carácter moral. Podríamos decir que en este aspecto la exclusividad que ostenta el autor es mucho más fuerte y duradera⁴³.

Del mismo modo, podemos distinguir que el derecho de autor (o propiedad intelectual) tiene un fuerte contenido económico y quizá sea esta característica el motivo principal de la protección de la creación. Se trata de una razón lógica. El creador de determinada obra cuando hace público su trabajo, lo hace por diversos intereses o finalidades como la promoción de la cultura, el aporte científico, el desarrollo doctrinario, etc.

⁴³ El convenio de BERNA para la protección de las obras literarias y artísticas, en su artículo 6 bis contempla lo siguiente:

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.

Es evidente, que sea cual sea la finalidad que motiva la publicación, el autor puede explotar la obra a su conveniencia. Es por ello que necesita un resguardo, una garantía que le permita el aprovechamiento exclusivo de la obra y que se sancionen todos los actos que tengan por finalidad la reproducción o utilización ilegal de la obra.

La naturaleza misma del derecho de autor otorga al creador (titular) una serie de facultades que le permiten un uso exclusivo de la obra; y tal como se señaló en el párrafo anterior, son las *facultades de tipo económico*⁴⁴ las que permiten que el autor pueda generar beneficios concretos y patrimoniales por el trabajo realizado. Por ello estas, a nuestro parecer, son las más afectadas por las conductas ilegales que se presentan en la actualidad.

A.- Facultades que se desprenden de la exclusividad

Anteriormente se dijo que de la protección que otorga el derecho de autor se desprende una serie de facultades, resaltando entre ellas las de contenido patrimonial. Estas están orientadas a la utilización y manifestación que pueda darle el autor a su obra y que se encuentran vinculadas a ese control que ejerce el creador sobre su obra. Asimismo, se resaltó el carácter económico de las mismas, ya que a través de ellas el autor puede realizar una serie de actos para obtener un provecho de carácter patrimonial, lo cual significa la posibilidad de generar ingresos por la explotación de la obra. En este punto mencionaremos las principales

⁴⁴ SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 2000, p. 20. Señala: "Las facultades de carácter económico comprendidas en la propiedad intelectual integran ese derecho de explotación que es atribuido de forma exclusiva al autor de la obra y que se manifiesta a través de varias facultades que se corresponden con otras tantas formas de expresión de la obra: básicamente la reproducción, representación, transformación y comunicación pública. En general, dentro del monopolio o exclusividad de explotación que se reconoce al autor cabe incluir todas las utilidades, tanto presentes como futuras, de una obra intelectual. En ese sentido, sería posible admitir la existencia de un derecho general de explotación".

facultades para posteriormente hacer el análisis de las mismas respecto a su ejercicio y posibles vulneraciones en la red.

A.1.- Derecho de reproducción

Entre los derechos de contenido patrimonial, quizá sea el más importante. Hoy es de especial relevancia al momento de analizar las afectaciones o vulneraciones que se presentan, por ser este uno de los aspectos más afectados por las conductas ilícitas. Se presenta esta situación por el aumento de las formas y medios para realizar la reproducción, que conjuntamente con las ya tradicionales (copia en papel, discos, etc.) hacen de este derecho el más vulnerable; por lo tanto, nace la exigencia de una mayor protección.

Este derecho puede verse desde una doble perspectiva: i) una positiva: la facultad con la que cuenta el autor para poder reproducir su obra o bien poder cederla a un tercero, mediante autorización, para que lo haga y ii) una negativa: hablamos de la posibilidad de oponerse frente a cualquier reproducción hecha sin su autorización. En conclusión, la reproducción implica la materialización del ingenio en un instrumento eficaz que permita el conocimiento de la obra. Es decir la posibilidad de hacerlo más de una vez; es el autor el que controla esa posibilidad y es por ello que puede oponerse a la reproducción hecha sin su consentimiento⁴⁵.

A.2.- Derecho de distribución

Este derecho faculta al autor a oponerse frente a cualquier acto que tenga por finalidad poner a circulación la obra, sin su autorización. Aquí se habla también del control que puede ejercer el autor sobre ese proceso que tiene por finalidad la puesta a disposición de la obra al público.

⁴⁵ Vid. *Ibíd.*, p, 27.

Todo acto de distribución tiene por finalidad poner a disposición del público la creación, está orientado hacia el público, éste es el destinatario. Es suficiente con que exista la posibilidad de tener o adquirir la obra, no importa si efectivamente logra hacerse del trabajo. Esta distribución puede ser del original o de una copia del mismo⁴⁶.

A.3.- Derecho de comunicación pública

Para entender la esencia de este derecho, es necesario delimitar el contenido de comunicación al público; esta concepto hace referencia a toda actuación mediante la cual una colectividad de personas puede acceder a una obra sin que se haya realizado una distribución, este acto comunicativo tiene que superar el círculo doméstico, por eso es que se hace necesario de instrumentos de transmisión que permitan que la obra pueda ser recibida por esa pluralidad de personas⁴⁷.

Así, lo que otorga este derecho al autor es la facultad de controlar esta difusión de la obra, oponiéndose a todas las actuaciones que lo hagan sin su consentimiento y que implique un perjuicio o desmedro al contenido patrimonial de su derecho.

⁴⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios básicos del Derecho de autor y derechos conexos* [en línea]. [Consulta: 15-10-2013]. Disponible en: <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf>. Dice: "Como es lógico, poco valor económico revestiría el derecho de reproducción si el titular del derecho de autor no tuviera la facultad de autorizar la distribución de los ejemplares realizados con su consentimiento. Por lo general, el derecho de distribución expira con la primera venta o la cesión de la titularidad de un ejemplar específico. Eso significa, por ejemplo, que si el titular del derecho de autor de un libro vende o cede por otros medios la titularidad de un ejemplar del libro, el propietario de dicho ejemplar podrá regalar dicho libro incluso revenderlo sin precisar nuevamente autorización del titular del derecho de autor".

⁴⁷ Vid. SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *La propiedad intelectual...* op. cit. p, 41.

B.- Límites a la exclusividad. La necesaria correspondencia entre la protección del autor y la del interés público

Como se resaltó anteriormente, el autor tiene control sobre su obra, ostenta una serie de facultades que le permiten un uso exclusivo de su trabajo. Pero esta exclusividad no es absoluta, está sujeta a determinados límites pues el interés privado del autor, no es un dominio ilimitado y no puede contraponerse con esa promoción a la cultura y de información que podría denominarse como *interés público de la sociedad*⁴⁸ para acceder a la información.

Se dota de protección al autor y se garantiza esa exclusividad pues lo que se pretende es fomentar la creación, el desarrollo de trabajos. Es la exclusividad el medio con el que cuenta el autor para poder ver satisfecho o recompensado su trabajo. Asimismo, a la vez que esa exclusividad genera una posibilidad de rédito al autor por su creación, de alguna manera lo que se busca, además, es estimular creaciones futuras lo cual a la vez implica aportes futuros a la cultura, desarrollo científico o a la información. Por eso, siguiendo el pensamiento de *GARCÍA SANZ*⁴⁹ la protección de las creaciones tiene una fuerte correspondencia con el interés público de la sociedad por acceder a dichas creaciones.

Las ideas como tal no es lo que se protege en el derecho de autor, pues estas por sí solas no pueden ser expuestas, ni exteriorizadas de diversa manera. Lo que determinará el amparo o no del derecho de autor dependerá de la manera como el autor, en función de sus capacidades y habilidades, materializa sus ideas de una forma original, con las características particulares que han sido dadas por el mismo. Es la originalidad el objeto de protección. Así, dos periodistas pueden escribir

⁴⁸ GARCIA SANZ, Rosa María. *El Derecho de Autor en Internet*. Madrid: Colex, 2005, p. 25. En la cual hace alusión a la correspondencia entre interés privado del autor y el interés público de la sociedad. Dice: "Pero a los derechos y control del autor sobre su obra se le imponen límites, precisamente para asegurar los derechos del público a la información, cuyo valor en un Estado democrático es indiscutible".

⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

un artículo teniendo como base los mismos hechos y protagonistas, pero cada uno tendrá una manera diferente de expresarlo, con una técnica distinta en la redacción y con una serie de adicionales que son propios de su imaginación de su intelecto. Es sobre este concepto de originalidad lo que también nos permite hablar de exclusión frente a terceros, pues esta forma de expresar su obra es lo que pertenece a su creador, esto se encuadra dentro de lo que conocemos como derechos morales del autor.

Concretando lo que se ha venido desarrollando, tanto desde una perspectiva patrimonial como de una moral, el derecho de autor confiere la exclusividad pues lo que se pretende es que el autor vea amparado su esfuerzo intelectual propio y que por ser fruto de su creatividad pueda éste generar retribuciones materiales por su trabajo y tenga la facultad para controlar la reproducción del mismo. Pero a la vez, es necesario atender que dichas creaciones, al ser puestas al conocimiento público, tienen una intención de aporte al desarrollo, que esas ideas sean conocidas. Al llegar a ese ámbito, la sociedad tiene derecho a acceder a las mismas, por razones culturales, científicas o las que sean. Por ello son lógicos los plazos que establecen las legislaciones para el disfrute y control por parte de los autores quienes dentro de esos intervalos son los que autorizan las reproducciones, pero una vez pasado dicho tiempo la obra es de acceso libre pues implica un aporte a la cultura y pasará a dominio público.

Las creaciones intelectuales, tal cual nos hemos referido líneas arriba, no llevan consigo una exclusividad absoluta, pues existen límites o excepciones como se conoce en la mayoría de legislaciones. Podemos destacar algunos: los materiales que no se encuentra protegidos, los plazos fijados por las legislaciones para que las obras sean de dominio público, la copia privada, etc. Evidentemente, estas excepciones no implican una reproducción libre y desmedida de la obra; para ello existe la

posibilidad de sancionar las acciones que supongan una vulneración a la exclusividad.

La protección de las obras lleva consigo un elemento que es común y que comparte con el derecho que tiene el público a acceder a las obras. Existe una estrecha relación entre ambos, se podría decir que estamos frente a una interdependencia, pues de la creación se desprende esa facultad de explotarla y reproducirla con ánimos de hacerla conocida. Esto es, que sea recibida por una masa determinable de sujetos que están prestos a conocer y a acceder a la información, pues están en todo su derecho.

En la actualidad podemos observar cómo las técnicas de reproducción ilegal han aumentado, son más baratas, más efectivas y mucho más rápidas. Esta situación se constituye como una de las principales causas del debilitamiento tanto de la exclusividad como del derecho de acceso a la obra por parte del público. Esta merma afecta a ambos derechos porque entre ellos existe una interdependencia, tal como se mencionara, esto ha llevado en los últimos años a alejarlos en cierta medida y en algunos casos a ponerlos uno frente al otro afirmando que no tienen nada en común. Esta situación ha ido en aumento porque en los últimos años el autor ha ido perdiendo el control sobre la obra, esa “soberanía” que se le reconoce, esto por el aumento de medios y la tecnología que facilitan las copias ilegales, lo que ha ocasionado que la mayoría de autores se sientan desprotegidos y exijan una normativa mucho más fuerte que pueda frenar estas conductas, en algunos casos a pesar de las adaptaciones legislativas la situación se ha mantenido igual. Estas adaptaciones frente a estas nuevas conductas en muchos casos ha significado un exceso en cuanto a la dación de normas, reglas que no cumple con su finalidad, pero que han limitado y perjudicado el derecho que tiene el público de acceder a estas obras; por eso es que podemos concluir diciendo que se ha roto ese balance entre los mencionados derechos.

II.- Adecuación de una noción tradicional para poder contrarrestar las vulneraciones en la red

La noción tradicional del derecho de propiedad intelectual, se ha desarrollado sobre la base de las obras o creaciones que se plasman en un soporte físico. Así, las copias de un libro impreso, de un CD de música o de una revista podían ser transferidas en formatos materiales y esto facilitaba el control de los derechos de autor o de pagos por reproducción de las obras. Se podían aplicar de manera efectiva, las normas e instrumentos necesarios para tutelar esos derechos, se determinaba sin problemas los sujetos implicados, y hasta el lugar donde se ha realizado los actos de difusión de dichas obras.

Hoy, Internet y las nuevas tecnologías que se han desarrollado de manera paralela esto ha permitido que los autores cuenten con medios nuevos para la difusión y explotación de sus creaciones. Esta situación nos lleva a la conclusión que se hace necesaria una modificación en la normativa que se refiere a esta materia, una adaptación de los principios tradicionales de la propiedad intelectual a este nuevo medio que facilita la difusión de las obras y que también ha traído consigo lagunas legales respecto a temas que únicamente se entienden en el marco de la nueva tecnología. El ciberespacio es un medio en el cual la información puede llegar a cualquier parte del mundo en cuestión de segundos, donde la búsqueda de información y el intercambio de contenidos es cada vez mayor. Esto ha generado ventajas y problemas para el autor, pues sus creaciones pueden alcanzar un alto grado de difusión, pero también pueden verse afectados por la reproducción de sus creaciones que puede darse a través de copias ilegales que circulan en la red.

Una de estas nuevas tecnologías que surgieron es la digitalización⁵⁰, que pasó a sustituir a la tecnología analógica. El uso de la digitalización ha traído ventajas enormes como el poder transmitir información que ocupará poco espacio en los ordenadores de las personas que intercambian o se hacen de información en la red. Para que obras o creaciones puedan ser transmitidas en la red, necesariamente deben adoptar el formato digital. Esta tecnología se ha convertido en soporte de muchas obras, que por los beneficios de difusión y de comunicación que brinda Internet, los autores de aquellas creaciones han visto la utilidad de poder contar con las ventajas de utilizar este medio para explotar sus derechos.

Si bien es cierto que estas nuevas tecnologías han favorecido enormemente la difusión de muchas obras, en la medida que este medio permite que la comunicación con distintas partes del mundo se concrete de una manera rápida y que dichas creaciones puedan tener llegada a un número importantes de personas. También es cierto que los problemas no dejan de ser muchos, ya que la difusión de copias ilícitas también ha aumentado de manera considerable y, en esa línea, el perjuicio al autor ha venido siendo mayor debido a la naturaleza misma de la red que permite que los contenidos que se encuentran en ella puedan ser modificados o alterados por cualquier persona. Esta masificación del uso de la red ha generado creencias erróneas en los usuarios, tal como lo piensa Javier Plaza Penades: *“la copia de obras intelectuales, tanto lícita como ilícita, también se ha visto favorecida por estas nuevas tecnologías, hasta el punto de que el usuario de Internet ha llegado a pensar que lo que está en la red es libre y de libre disposición”*⁵¹. Es claro que dicha creencia se ha generado por la falta de control y normativa que existe, por

⁵⁰ La digitalización de una señal consiste en transformar muestras de la misma en series de impulsos binarios o secuencias de ceros y unos (bits), de manera que si el número de muestras es suficiente permite una réplica perfecta del original.

⁵¹ PLAZA PENADÉS, Javier. “Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (La directiva comunitaria 2001/29/CE y su incidencia en el derecho español)”. En: GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.). *Principios de Derecho de Internet*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 326.

el uso de este medio que ha crecido de forma exponencial y lo ha hecho sin que se establezcan los límites correspondientes.

Estas ventajas que se obtienen por el uso de estos medios, se contraponen con los detrimentos del derecho de propiedad intelectual, de los que puede ser víctima el autor de las obras. Esto por la imposibilidad de controlar plenamente el uso de dichas creaciones a los agentes que intervienen en la red y acceden a estos contenidos de manera libre. Como se puede observar, la utilización de esta nueva tecnología ha contribuido enormemente al aumento de vulneraciones de estos derechos, a la comisión de ilícitos por afectaciones al derecho de propiedad intelectual. Este tipo de circunstancias, no hacen más que ir en desmedro de la explotación de los derechos por medio de esta tecnología, hacen que el autor rehuya al uso de esta vía, pues no se siente protegido ante las infracciones que se configuran en la red y porque no existe una regulación que le brinde las garantías suficientes frente a los ilícitos que se generan en el ciberespacio.

Por estas razones, es que se plantea la necesaria adaptación de las normas referidas a esta materia, a las especialidades y particularidades que se presentan en la utilización de este soporte. Además, en la red misma deben implementarse algunos controles para evitar estas infracciones, y el desarrollo de los mismos deberá hacerse desde una visión jurídica de la red, teniendo en cuenta las consideraciones legales correspondientes. Una de las salidas que muchos autores plantean para evitar que se presenten estas infracciones, es que el titular de dichos derechos ofrezca los servicios de obtención de estas obras a través de la red. Es decir, que sea el propio titular que se valga de estas herramientas para difundir su obra y establecer a través de ella las condiciones y

garantías necesarias que protejan su derecho y, a la vez, controle la reproducción el uso de su obra que los terceros efectúan⁵².

Así mismo, el autor está facultado a emprender, en la red, todas las actividades necesarias para la tutela de sus derechos. Estas acciones tendrán que realizarse bajo el amparo de una visión jurídica de las particularidades de la red. Gracias a los medios técnicos que la misma tecnología facilita, puede determinarse y localizarse el lugar o momento de la vulneración del derecho de propiedad intelectual. Como se aprecia, esta evolución tecnológica también juega a favor de la protección del derecho, facilita una serie de alternativas para evitar las infracciones. Hoy existen sitios *web*, desarrollados por los mismos autores de las obras que ofrecen sus creaciones en la red, son estos los que garantizan la reproducción y distribución de sus obras, ya sea otorgando licencias para el uso o para su reproducción, de manera gratuita o no. A pesar del impulso de sus obras mediante Internet, los autores no han podido controlar ni disminuir la difusión ilegal de copias de sus creaciones; es necesario que esta idea vaya acompañada de regulación.

Lo que se busca es una necesaria y pronta adaptación de esta institución tradicional, de su regulación y de sus principios básicos a las nuevas situaciones que la red ha generado. Esto se debe hacer teniendo como primer punto, la unificación de legislación internacional en la medida que el fenómeno de Internet es global y las infracciones, hasta cierto punto, tienen las mismas características, como bien asegura Pedro Alberto de Miguel Asencio: *“La combinación entre obras digitalizadas y redes informáticas globales, que hace posible la difusión inmediata y mundial de la información, dificulta la concreción del lugar en el que se produce una actuación infractora, lo que favorece la incertidumbre acerca del alcance*

⁵² Vid. DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A. *Derecho Privado... op. Cit.* p, 616. Se propone el desarrollo de nuevos modelos de negocios que facilitan la explotación económica de las obras (en especial musicales) en internet: mediante la prestación de de servicios por los titulares de derechos que garanticen un acceso rápido, fiable, de máxima calidad y barato a las obra.

*de las diferentes jurisdicciones y de la legislación aplicable*⁵³. La utilidad de esta unificación de normas y criterios permitirá dar solución a los problemas que surjan respecto a la determinación del lugar de la vulneración y sobre todo de quien será el competente para resolver dichos conflictos. Esta unificación se da mediante la celebración de convenios internacionales, en donde se fijan las cuestiones esenciales del problema, los agentes y los órganos encargados de la resolución de controversias; ya queda a criterio de cada país firmante las correspondientes adaptaciones teniendo en cuenta su realidad y sus necesidades.

III.- La reproducción en la red

En párrafos anteriores se indicó que la reproducción consistía en la materialización del ingenio en un instrumento que permita ser conocido. Por mucho tiempo ese instrumento o vehículo fue la copia en papel; tradicionalmente la copia necesariamente debía tener un soporte material. Básicamente las conductas infractoras consistían en la reproducción sin autorización de la obra en soportes materiales.

Hoy en día esta concepción que se tenía de la reproducción ha variado enormemente, esto se debe al gran desarrollo tecnológico que se ha presentado, así como a la presencia de nuevos medios como Internet. Esta situación ha generado que surjan algunas dudas respecto a determinadas situaciones en las que interviene una obra; a ese soporte físico que anteriormente se exigía para la reproducción se va haciendo innecesario por la presencia de nuevos instrumentos que perfectamente cumple con la función de la reproducción pero que no necesariamente es un soporte material. Asimismo, es necesario destacar que estos nuevos

⁵³ *Ídem.*

instrumentos y tecnología significan una amenaza mayor para los derechos de autor pues la posibilidad de multiplicar las copias es superior y la identificación de los responsables en algunos casos se hace imposible.

Una de estas nuevas tecnologías que han surgido es la digitalización de la obra. Este fenómeno presenta un problema mayor porque permite la posibilidad de obtener un número importante de copias de manera muy fácil a costos muy bajos. A eso debemos sumarle el hecho de que muchas de las copias que se plasman en formato digital presentan una calidad muy parecida a la del original, lo que implica pérdidas enormes para el autor quien en el mercado tendrá que competir con su propia obra reproducida y distribuida sin su autorización y que se vende muy por debajo del precio de la original.

Antes de la aparición del fenómeno de Internet, se tenía la idea de que la copia necesariamente debía ser permanente, en cuanto duradera en el tiempo y que exista la posibilidad de verla. Hoy la rapidez con la que se manejan las cosas en la red hace que muchas obras digitalizadas se reproduzcan cada vez más rápido y que no necesariamente son permanentes y en algunos casos, incluso, no son visibles tal como lo afirma *MUÑOZ MACHADO*⁵⁴. Este tipo de situaciones demanda una respuesta, y determinar si bajo estas condiciones nos encontramos igualmente frente a una reproducción, tarea que les corresponde a los operadores jurídicos. Así, es necesario analizar si esta provisionalidad de la obra se hace con un objetivo específico, ver si tiene la relevancia necesaria que podría generar una afectación concreta al contenido patrimonial del derecho.

⁵⁴ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación en la red*. Madrid: Grupo Santillana, 2000, p. 212. Señala: "Una obra se reproduce en un soporte estable para mantenerla en nuestro poder de modo indefinido. Sin embargo, lo coyuntural y lo efímero son también rasgos propios de la vida en el ciberespacio. Las copias se reciben solamente en la memoria viva de un ordenador desaparecen en cuanto que el ordenador se apaga".

La red otorga la posibilidad de realizar una gran variedad de conductas que facilitan la reproducción de una obra, que en cierta medida puede ser beneficioso para el autor en cuanto a la difusión de su creación, pero que también puede ocasionarle un perjuicio mayor. Por ello pasaremos a analizar las principales conductas y en función a sus características predominantes y técnicas; se tratará de determinar si efectivamente llegan a concretarse vulneraciones por estas actuaciones:

- 1) *Browsing*: muchos autores suelen difundir sus obras a través de la red, por los beneficios en cuanto a la difusión, debido a que habrá una mayor llegada. Esta obra estará a disposición y para que cualquier sujeto que se encuentre en la red pueda acceder a ella. *Browsing* implica el acceso a una obra en la red con la finalidad de utilizarla⁵⁵.

Como se puede observar en principio habría una puesta a disposición de la obra por parte del autor, muchos la entenderían como una autorización tácita, pues de la misma actuación del autor lo podemos concluir. Hoy la red nos brinda una serie de mecanismos técnicos que impiden que las obras que se encuentran en ella puedan ser copiadas. Consideramos que si el autor no ha protegido su obra con estas técnicas es porque existe una voluntad de que la obra sea conocida y que el hecho de cargarla en la red implica una autorización tácita. En un campo tan complejo como Internet, es muy difícil alegar buena fe y decir que no se tenía conocimiento del alcance de la difusión y de los medios para evitarlo, resulta ilógico.

- 2) *Catching*: consiste en el almacenamiento temporal de la información, en este caso de la obra, para su posterior uso.

⁵⁵ *Ibíd.*, p, 215.

Estos datos pueden ser guardados en el ordenador del usuario o en el servidor y, al encontrarse allí, el autor pierda la facultad de control sobre la copia almacenada⁵⁶.

Para determinar si efectivamente se trata de una vulneración debemos de atender a la finalidad del almacenamiento. Un sector de la doctrina hace referencia al *fair use* o copia privada; es decir, si el almacenamiento ha sido con fines educativos o de investigación podría considerarse como actuación justificada. Por lo tanto también debemos atender a si este almacenamiento se hace con fines lucrativos o no.

IV.- Protección de la obra mediante instrumentos que la red ofrece. Medidas tecnológicas

El objetivo de desarrollar este trabajo es mostrar las particularidades de la red y como las mismas afectan, en buena cuenta, a determinadas situaciones jurídicas y en el caso concreto al derecho de autor. Se ha visto que el ciberespacio presenta unas características propias que no se corresponde con el mundo "real", pues el medio es tan particular que incluso ha llevado a muchos autores a afirmar y promulgar el autogobierno de Internet. Pero es lógico y necesario que esta situación sea observada por los ordenamientos jurídicos y que estos adapten la legislación vigente que muchas veces no contempla esta realidad tan compleja como es Internet; ordenamientos que quizá puedan solucionar un número reducido de conflictos con la normativa e instituciones tradicionales pero que no son suficientes para cumplir con el objetivo de protección de derechos en la red.

⁵⁶ *Ibid.*, p, 216.

Además de lo señalado en el anterior párrafo, ese control mediante la adaptación e implementación de medidas legislativas no es el único camino para evitar las afectaciones al derecho de autor en la red. Existe una serie de medidas de carácter técnico que pueden ser utilizadas para la protección frente a conductas ilícitas. Se trata, pues, de medios alternativos para garantizar una obra. Evidentemente, esta gestión técnica debe corresponderse con la legislación pues vistas de manera independiente no son capaces de lograr una protección más fuerte.

La tecnología también se constituye como fuente de aporte para brindar soluciones frente a la constante vulneración de la propiedad intelectual en la red. Por ello es que se han venido desarrollando una cantidad importante de sistemas de protección e identificación, destinados a controlar y mantener el uso exclusivo que tiene el autor sobre su obra⁵⁷.

El desarrollo de estos sistemas de protección debe de ir de la mano con la legislación y entre ellos poder lograr un equilibrio que permita la protección del autor en la red y que a la vez no se constituya como un impedimento para el público frente al ejercicio del derecho de acceso a la información. Es decir, los ordenamientos jurídicos también tienen que realizar un control sobre estos mecanismos tecnológicos de protección, pues muchas veces son utilizados erróneamente. En algunos casos la precisión de estos sistemas, en cuanto a la identificación de datos y repetición de conductas, llegan a ser de tal entidad que puede ocasionar vulneraciones al derecho a la intimidad de los usuarios. Además, pueden configurarse como traba al ejercicio del derecho a la información. Por ello, es necesario que las legislaciones contemplen estas medidas técnicas y tengan muy en cuenta su utilización en la red.

⁵⁷ Vid. PLAZA PENADÉS, Javier. Propiedad Intelectual... *op. cit.* p. 363. Donde dice: "Por último, conviene destacar que, en función de su diseño, los sistemas de protección e identificación pueden procesar datos personales sobre los hábitos de consumo de los usuarios individuales en relación con relación a los trabajos protegidos, permitiendo así rastrear el comportamiento en línea, por lo que es necesario garantizar, de otra parte, el respeto a la intimidad de la personas".

V.- Sistemas de intercambio de información: *Napster and Peer to Peer*

Para entender por qué Internet se ha convertido en el medio más utilizado para la difusión de obras y, sobre todo, en el medio en donde se presenta más vulneraciones de la propiedad intelectual, es necesario conocer la evolución de los sistemas que permiten intercambio de información y archivos. En la medida que se tenga un conocimiento del funcionamiento de estos sistemas, se podrá entender cómo es que se genera una infracción, cuándo es que se realiza y quiénes son los responsables. Estos sistemas han permitido que se presenten una cantidad enorme de infracciones, han facilitado el acceso a obras que se encuentran protegidas y han colaborado a que se generen nuevas situaciones y problemas referentes a la propiedad intelectual que anteriormente no se concebían como tales⁵⁸.

El precursor de los sistemas de este tipo fue *Napster*, la primera red *peer to peer* de intercambio, desarrollado en la década de los noventas. Mediante este sistema se facilitaba la recepción y envío de archivos en formato MP3, se realizaba un intercambio mediante el uso de un servidor central. La información que era transmitida, se alojaba en los discos duros de los ordenadores y, a partir de ellos, se realizaban los envíos a otros agentes. El proceso era sencillo: el usuario de *Napster* se conectaba a través de su propia computadora, el programa permitía que dicho ordenador sea identificado por el servidor central, quien lo hacía mediante el número de IP del usuario conectado. La información era descargada por los sujetos que formaban parte de la red, gracias a los datos que les arrojaba el *Napster*, se guiaban de listas de IPs e información identificada

⁵⁸ Vid. GAMBOA BERNATE, Rafael Hernando. "P2P: La nueva amenaza a la propiedad intelectual en la red". En: Grupo de Estudios en Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones: Universidad de los Andes (Comp.). *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*. 1^o Edición. Colombia: Legis, 2003, pp, 492-505.

por el servidor del sistema. Este sistema en cierta medida facilitó el crecimiento de infracciones a la propiedad intelectual, concretamente al derecho de autor, la cantidad de información que podía transmitirse a través de esta vía era importante. Esta técnica alcanzó popularidad precisamente por la facilidad con la que podía conseguirse los archivos (en su mayoría de música) y, lo más atractivo, la no necesidad de pagar por ellos.

Esta práctica despertó la molestia de muchos autores quienes por las constantes infracciones cometidas, entablaron una serie de demandas. Los jueces americanos se encontraron frente a una situación nueva, donde la jurisprudencia era escasa y la legislación pobre. *Napster* fue perdiendo adeptos poco a poco, las demandas realizadas en su contra fueron en gran parte la causa de ello. Así mismo, los controles que se implantaron hicieron que la actividad de *Napster* se vea limitada, esto ocasionó la desaparición lenta de este sistema de intercambio de información.

Superar los problemas y defectos que presentó *Napster* permitió que posteriormente se desarrollen nuevos sistemas de intercambio de información. Las nuevas redes de conexión *peer to peer* (P2P) ofrecen una variación a los sistemas de intercambio de información entre usuarios, permite prescindir del servidor central. Lo que ofrece este nuevo sistema es colocar en una posición de igualdad a los ordenadores que se encuentra conectados, todos ellos pueden cumplir la función desplegada por el servidor central en el sistema *Napster*. Antes del P2P y con la presencia del servidor central, los usuarios (o también denominados clientes) dependían de la tarea del servidor, era indispensable la identificación que hacía y el ofrecimiento de las listas de archivos e IPs de los ordenadores, donde se encontraba la información: la labor del servidor central era necesaria para que el procedimiento tenga éxito.

La evolución del P2P permite que las computadoras conectadas mediante estas redes se encuentren vinculadas de manera directa, la información que soliciten será buscada en todos los ordenadores que conforman la red, en una sucesión hasta que se encuentre el archivo deseado. Este es el procedimiento que sigue la mayoría de nuevos programas que trabajan en la red P2P, uno de ellos es el Kazaa, estos ubican a los ordenadores en la misma posición y la búsqueda que ofrecen es por niveles⁵⁹.

Esta evolución de los sistemas de intercambio ha permitido que la transferencia de datos e información se realice con mayor fluidez, y por esta misma razón es que los usuarios de los diversos programas que trabajan en el sistema P2P se hayan multiplicado exponencialmente. Esta velocidad con la que operan y el hecho de prescindir del servidor central, en cierta medida han contribuido a las infracciones que se configuran en la red, hacen más difícil el control y la identificación de responsables. Estas nuevas tecnologías han traído más complicaciones y han generado muchas cuestiones referentes a la protección de la propiedad intelectual, las legislaciones no han cubierto por completo estas cuestiones y los vacíos normativos cada vez son mayores.

La difusión de las obras que se transfieren por las redes P2P es extensa, la estructura de estas redes y la forma cómo realiza el intercambio facilitan las descargas de obras que pertenecen a terceros, estos archivos se almacenan en los ordenadores de los usuarios y desde ellos se pueden transferir a otros computadores. Es precisamente por esta razón que la identificación de un responsable se hace un tanto complicada y las infracciones son mayores. Una de las razones por la que este tipo de redes se mantienen fuertes y cuentan con un número elevado de usuarios, es la falta de control de estas actividades, conductas y vulneraciones que se presentan. La impunidad de los usuarios que de

⁵⁹ *Ibid.*, p, 507.

manera consiente descargan los contenidos protegidos ha contribuido a la difusión de estos métodos que atentan contra la propiedad intelectual.

Frente a esta situación, la nueva tecnología también ha sido usada para contrarrestar en la medida de lo posible estas conductas. Se han desplegado técnicas e instrumentos que buscan entorpecer el funcionamiento de los sistemas de intercambio de datos, también se ha implementado algunos mecanismos para filtrar aquellas obras que se encuentren protegidas. A través de estas acciones se busca frenar las infracciones que se cometen en la red, pero estos mecanismos son medios técnicos de los que se vale un autor o alguna institución afectada para proteger sus derechos. Estas acciones no son suficientes para detener este problema, es necesario el desarrollo legal y normativo para que se regule de manera formal estos medios de protección y se establezca de modo claro las sanciones correspondientes.

Una de las cuestiones que ha presentado mayor estudio y trato normativo es la que se refiere a la responsabilidad en el campo de los sistemas de intercambio de información. Muchas respuestas y supuestos han sido planteados. Las soluciones han sido diversas, así como las críticas, pero no cabe duda de que todas ellas hayan estado orientadas a garantizar la protección de los derechos de los autores. La gran mayoría de planteamientos se dirigen en contra de los usuarios de estos sistemas de intercambio, en la medida que son ellos los que tienen bajo su poder y dominio la información. Otros afirman que son los intermediarios (como se explicó anteriormente, aquellos que brindan servicios de acceso a la red o intercambio de información) por el hecho de facilitar un espacio en la red o por facilitarles el acceso⁶⁰. En otros ordenamientos, los llamados a responder son aquellos agentes que son dueños de páginas *webs* que facilitan enlaces o *links* para descargar archivos.

⁶⁰ El trato que muchas legislaciones dan a los intermediarios, es el de un responsable solidario; por el hecho de favorecer y contribuir a la vulneración, por permitir la configuración de un actuar ajeno.

Las regulaciones no son únicas, la mayoría de ellas se han decidido por imputar la responsabilidad a los usuarios; unas cuantas, como es el caso español se dirigen contra las empresas que prestan los servicios de acceso o transporte de datos. Pero la más acertada, en la medida que desarrolla su regulación en base al funcionamiento de estos sistemas, es la que atribuye responsabilidad a los usuarios. Esto se puede entender si se analiza detenidamente el procedimiento que se sigue en estos sistemas de intercambio de información basados en la red de conexión P2P. El sistema basado en *peer to peer* permite la conexión directa con otros ordenadores, el intercambio se realiza de computador a computador; la información que se descarga proviene del ordenador que es propiedad de un usuario que a la vez hace las funciones de “servidor”. Son los propios usuarios de estos programas los que son dueños de los archivos que intercambian, son ellos los que realizan la difusión de las obras de manera lícita o ilícita; es por ello que ante cualquier vulneración los que deben responder son los usuarios. Lo mismo sucede con las páginas que facilitan enlaces y *links*, estas permiten la descarga de los archivos de datos que se encuentran en un ordenador, información que es de “propiedad del usuario”, se encuentra en su posesión; pero por lo ágil de la red, la gran cantidad de personas que actúan en ella y la protección de los datos personales que presenta como garantía el derecho de privacidad del usuario, convierten la tarea de control en algo imposible. En este último caso, solo si el titular de la página *web* tiene conocimiento de la ilegalidad del contenido, y además de ello ha sido advertido por un tercero que puede ser la persona que soporta el daño o por autoridad competente, responderá por la omisión o inactividad, por no haber desplegado las acciones correspondientes.

**A.- El usuario de los sistemas de intercambio de información.
Conductas: *Uploading* y *Downloading***

Los sistemas de intercambio de información han contribuido en gran medida a que se forme una creencia errónea en muchos usuarios. Este pensamiento gira en torno a la idea que lo que se encuentra en la red (mediante enlaces o *links*) es de libre disposición, sin importarles si se tratan de obras protegidas o no. La actuación de los usuarios que utilizan sistemas basados en P2P, en muchas ocasiones termina por configurar una infracción, la misma que se puede cometer con pleno conocimiento de que se trata de algo ilícito⁶¹, o simplemente se realiza sin tener una idea mínima de la procedencia de los archivos que descarga. Lo que hace un usuario a través de los programas que emplean el sistema P2P se resume en dos conductas básicas. La primera de ellas es la de cargar archivos en su computadora para después ofrecerlos en la red y, en la medida que se han difundido, por la simple carga posibilita la realización de una segunda conducta, la descarga de los archivos facilitados a través de los ordenadores de los demás usuarios. Estos dos actos permiten que los datos estén al alcance de otros ordenadores que se encuentran conectados mediante este sistema.

Además, es necesario tener en consideración que el usuario al cargar los archivos y ofrecerlos en la red implica una puesta a disposición de aquella información. En ese sentido se configura de manera perfecta un acto de comunicación al público⁶². Por ello es preciso determinar si toda puesta a disposición de archivos protegidos por parte del usuario se trata de una infracción. Es decir, no siempre estas conductas significarán actos de reproducción no permitida.

⁶¹ Por lo tanto hablamos de una conducta dolosa si apelamos a criterios de imputación subjetiva.

⁶² Cfr. PLAZA PENADÉS, Javier. Propiedad Intelectual... op. cit. pp. 338-339.

Los datos que son cargados a la red mediante el sistema P2P se llevan a una carpeta que es conocida como “compartida”, el mismo camino es seguido por las descargas que realiza un usuario: los datos que se obtienen de un ordenador se almacenaran en una carpeta de la misma naturaleza que la anterior. Por esa razón, también se afirma que esta información está destinada a un conocimiento de un número grande de personas, quienes tienen la posibilidad de acceder a ella mediante sus ordenadores. Las descargas que se almacenan en estas carpetas compartidas son potenciales transferencias a otros ordenadores, nunca serán desconocidas ni restringidas para otros usuarios. Por ello, es desacertado hablar de la posibilidad de la existencia de una copia privada⁶³, en la medida que esta implica que dicha información este reservada solo para el uso de la persona que se hizo de la copia.

Muchos de los archivos que se comparten a través de los sistemas de intercambio se obtienen de manera ilícita. Esta conducta nos sirve como fundamento adicional para negar la posibilidad de que haya exclusión por copia privada, ya que la posibilidad de reproducir sin necesidad de tener el consentimiento del autor no solo exige como condición la reserva de su uso a una persona, sino que también es indispensable que dicha copia haya sido obtenida de manera lícita. Es ilógico pretender ampararse en la exclusión por copia privada si el medio por el que se ha llegado a ella es ilícito, esto significaría una impunidad para los usuarios de los programas de intercambio de información.

Las dos conductas esenciales sobre las que se basan los sistemas de intercambios, cada vez que impliquen una vulneración o incurran en una infracción por afectación al derecho de propiedad intelectual, en la medida que el objeto del intercambio han sido obras que se encuentran protegidas y se han realizado sin el consentimiento de su autor intelectual; deberán ser sancionadas por la autoridad competente.

⁶³ *Ibid.*, pp, 350-355.

Teóricamente, algunos usuarios podrían liberarse de responsabilidad por el intercambio de obras protegidas. Esto si se toma como fundamento el funcionamiento y la estructura misma de los sistemas basados en la red P2P. En la medida que este sistema permite una interconexión entre ordenadores, los cuales pueden cargar o descargar información en todo momento y a la vez compartirla con otros computadores, los cuales posteriormente pueden volver a transmitirla, sin saber exactamente la condición de la misma. En ese sentido, podría hablarse de un supuesto de exoneración de responsabilidad por desconocimiento del origen y calidad de la información; no habría por lo tanto dolo, pues el usuario no ha actuado a sabiendas del daño que causa. A efectos prácticos, esta consideración resulta un tanto difícil de aplicar, en la medida que la identificación de los usuarios no es tarea sencilla; ya sea por los costos que implica, por la escasez de medios de pruebas, porque es necesaria la ayuda de los proveedores de acceso a la red para la identificación y estos solo actuarán cuando haya mandato judicial que los habilite. Pero en la medida que exista la posibilidad de poder demostrar el desconocimiento, esta salida se puede aplicar sin mayor problema.

VI.- Protección y difusión de contenidos creados por usuarios en la red

A.- Los contenidos en las webs 2.0

Las páginas *web* 2.0, permiten a los usuarios la elaboración y publicación de contenidos diversos como textos, videos, fotos, etc. Estas creaciones pueden realizarse a partir de obras existentes y que son propiedad de terceros, o son parte del ingenio y creatividad del usuario de la *web*. La mayoría de contenidos que son elaborados de esta manera, generalmente hacen uso de material preexistente, ya sea imágenes,

canciones, fragmentos de series o películas; es decir, estos contenidos no constituyen una creación pura, una elaboración netamente original⁶⁴. Pero, en qué medida puede considerarse este contenido como sujeto a protección y tutela por parte de las normas referentes a los derechos de propiedad intelectual. La cuestión es determinar si verdaderamente se tratan de creaciones originales dignas de esta protección.

Frente a estos contenidos generados que utilizan obras ya existentes, tenemos las obras que constituyen una verdadera creación por parte del usuario. Dentro de este tipo podemos encontrar las publicaciones de un blog, las respuestas y comentarios que se dan en grupos de debates e incluso los comentarios escritos en redes sociales como Facebook o Twitter. No todos estos supuestos por el hecho de provenir del ingenio del usuario tendrán la misma protección, solo algunos serán tutelados por la normativa pertinente.

Los contenidos que son elaborados a partir de obras o creaciones ya existentes alcanzarían la protección solo si pueden encajar dentro de lo que la doctrina y legislación considera como una obra derivada. La ley⁶⁵ exige una serie de requisitos para considerar una obra como derivada y por lo tanto estar tutelada por el derecho, pero la condición necesaria para que una obra pueda ser tildada como tal es que dicha creación presente elementos adicionales que la distingan de la obra original. Es decir, que no se trata de una simple copia, sino de la elaboración de una idea, la misma que ha seguido un proceso para plasmarse. Son precisamente estas características las que dotan de originalidad a la obra.

⁶⁴ Cfr. DEMIGUEL ASENSIO, Pedro A. *Derecho Privado... op. cit.* p. 656.

⁶⁵ En el Perú la Ley sobre Los derechos de Autor, Decreto legislativo 822; en su artículo sexto establece la necesidad de que la obra derivada presente características que la revistan de originalidad; también presenta una lista, al parecer taxativa de que obras considera como derivadas.

B.- Los contenidos en los *blogs*

En el caso de los artículos o notas escritas en un *blog*, si se tratan de contenidos que son creados por los usuarios en la medida que tal creación es fruto del ingenio de estas personas, sí puede desplegarse la tutela correspondiente. El hecho que los autores difundan sus ideas por este medio no implica que la disposición de los mismos se hará libremente. Estas personas que utilizan Internet para difundir sus creaciones no pierden los derechos sobre ellas al introducirlos en la red; además cuentan con la posibilidad de limitar el acceso a esta información a un grupo pequeño de personas mediante el uso de grupos cerrados, donde solamente podrán conocer estas publicaciones los usuarios que formen parte de estos grupos.

Ahora bien, respecto a los comentarios y opiniones que se publican en estos blogs o grupos cerrados es necesario tener en consideración como se manejan o administran estos contenidos por parte del titular del espacio disponible en la red. Así, si estos comentarios u opiniones simplemente se almacenan en una base de datos y no se les da un tratamiento especial dejándolos tal cual se introducen en la red, no podrá hablarse de protección frente a la utilización de terceras personas que puedan acceder a ellos, y ni el administrador o el titular del contenido podrán alegar vulneraciones. Pero si la información introducida se trata de trabajos o artículos referidos a determinadas materias, los autores de dichas obras podrán alegar todas las cuestiones referentes al derecho de autor. Esta impedirá que terceros e incluso el mismo titular de la obra realice de manera arbitraria la utilización de dichos contenidos, salvo si en las condiciones de uso de estos servicios se ha estipulado la posibilidad de hacerlo por parte de los titulares de estos espacios⁶⁶.

⁶⁶ Vid. PLAZA PENADÉS, Javier. Propiedad Intelectual... op. cit. pp. 334-338.

Otro supuesto que se plantea y que está relacionado con el anterior es el de los blogs que sí le otorgan un tratamiento especial a los comentarios y opiniones que se presentan en estos espacios. Los administradores realizan una selección de estos contenidos, en la mayoría de casos podrían editarlos para presentar la información que se considera como relevante. Para llevar a cabo estas acciones es necesario contar con la autorización de los titulares de estos contenidos. Esta habilitación viene dada por la aceptación de las condiciones de uso, en donde se estipulan estas cuestiones y que, al ser aceptadas por los usuarios, facultan al titular del espacio a realizar estas selecciones con ediciones incluidas. Esta labor de ordenación, selección y edición de la información constituyen una obra, a la cual se le ha aplicado un procedimiento que hace que distingan esta obra de la original, dicho contenido que es de titularidad del titular de blog estará bajo la tutela del derecho de autor.

C.- Los contenidos en las redes sociales

En lo que se refiere al *contenido generado*⁶⁷ por los propios usuarios, la situación más recurrente es la que se presenta por la utilización de los medios de difusión. El uso de estos servicios permiten al autor difundir su obra en toda la red, esto implica llegar a diferentes partes del mundo. Como ejemplo de estos medios tenemos a las redes sociales como Facebook y YouTube las cuales permiten al usuario un espacio a través del cual pueden difundir sus contenidos y compartirlos con todas las personas que tengan acceso a estas páginas. Las principales redes sociales estipulan condiciones de usos con el fin de brindar una seguridad a los servicios que ofrecen y a los contenidos que almacenan. Muchas de

⁶⁷ Entiéndase como contenido generado, toda creación que proviene del propio ingenio del usuario, ya sea que haya sido creado fuera de la red y se le ha llevado a la forma digital, o que a través de los servicios que se presentan en la Internet se haya elaborado determinada obra.

estas condiciones que se estipulan ponen en una situación no muy cómoda a los usuarios respecto a la difusión de los contenidos por parte de estas páginas.

El caso de YouTube es singular, en la medida que estipula ciertas cláusulas que le permiten la utilización de estos contenidos no de manera exclusiva y sin limitar los derechos de propiedad intelectual del usuario que siempre los conservará. Este sitio *web*, está facultado para reproducir y usar estos contenidos. Al mismo tiempo, la aceptación de las condiciones de uso también permite que YouTube habilite el uso y reproducción de estos contenidos a terceros, el usuario que accede a estas páginas deberá tener la licencia para la reproducción de estos datos, la mismas que será otorgada a YouTube, y este a sus vez puede otorgar sub-licencias a terceros para que puedan utilizar estos contenidos⁶⁸.

De la misma manera, YouTube busca proteger de forma rigurosa sus derechos de autor y marcas. Esto lo señala en una de las disposiciones establecidas en las condiciones de uso, en la cual se asegura de dejar sentado que el simple acceso a la página y la utilización de los servicios que brindan, en ningún momento facultan al usuario a disponer a su antojo de los contenidos. Es decir, el mero uso de estos servicios no habilita al usuario a presentarse como titular de la propiedad intelectual de

⁶⁸ Instrucciones de la comunidad YouTube. [Consulta: 10-04-2012]. Disponible en: <https://www.youtube.com/t/community_guidelines?hl=es-419>: "Algunos de nuestros servicios te permiten enviar contenido. Si lo haces, seguirás siendo el titular de los derechos de propiedad intelectual que tengas sobre ese contenido. En pocas palabras, lo que te pertenece, tuyo es. Al subir contenido o al enviarlo por otros medios a nuestros Servicios, concedes a Google (y a sus colaboradores) una licencia mundial para usar, alojar, almacenar, reproducir, modificar, crear obras derivadas (por ejemplo, las que resulten de la traducción, la adaptación u otros cambios que realicemos para que tu contenido se adapte mejor a nuestros Servicios), comunicar, publicar, ejecutar o mostrar públicamente y distribuir dicho contenido. Google usará los derechos que le confiere esta licencia únicamente con el fin de proporcionar, promocionar y mejorar los Servicios y de desarrollar servicios nuevos".

estos contenidos. De igual modo, para poder utilizar dichos contenidos, el usuario deberá contar con la correspondiente autorización del titular.

En las redes sociales como Facebook o Twitter donde los usuarios insertan comentarios, notas, videos e imágenes se presentan las mismas condiciones que en YouTube. Es decir, los usuarios conceden la licencia a la red social para que ésta use, publique y difunda los contenidos que son cargados en las páginas. Al igual que el supuesto anterior, el usuario seguirá siendo el titular del contenido y no habrá, por lo tanto, una pérdida de la propiedad intelectual. Respecto a los comentarios que se publican de manera frecuente así como las notas, no gozarán de la tutela que se concede a los derechos de autor, en la medida que dichas publicaciones están referidas a hechos comunes⁶⁹.

Los medios de control en ambos supuestos son muy fuertes. Los mecanismos utilizados por las redes sociales suelen ser excesivos en algunos casos, poniendo en una situación de desventaja a los usuarios. Estas medidas implementadas por estas páginas, no son más que una respuesta a las constantes vulneraciones que se presentan en Internet. Estos controles van desde la cancelación de cuentas hasta la suspensión de servicios. Si bien es cierto las ventajas que obtienen las páginas prestadoras de estos servicios son mayores, los controles son férreos y seguros.

La utilización de mecanismos que se pueden introducir en la página misma, han traído resultados positivos. Muchas legislaciones han excluido de la responsabilidad por vulneraciones a estos prestadores de servicios, lo que ha generado un abuso por parte de los agentes respecto a los mecanismos implementados.

⁶⁹ El Decreto Legislativo 822 en su artículo nueve, establece una lista de supuestos que no gozan de la protección del derecho de autor; uno de esos supuestos es que estas creaciones se traten de simple hechos o datos. Por lo tanto los comentarios que se publican en las redes sociales son simples hechos que refieren a sucesos comunes.

Es necesario que al momento de legislar o desarrollar los mecanismos de protección se tenga en cuenta todas las partes involucradas, así como la entidad de las infracciones cometidas. Esto para que al momento de establecerlas sanciones correspondientes se haga sobre todos los responsables e intervinientes, sin obviar a nadie. Así mismo, la sanción interpuesta debe tener relación con el hecho que desencadena la infracción, es decir, debe ser razonable y justa. La proporcionalidad es un criterio que debe estar presente al momento de calificar la infracción.

VII.- Hacia un régimen jurídico de protección de la propiedad intelectual

En un punto anterior se destacó la posibilidad de que la red misma ofrezca medidas de gestión técnica que colaboren con la protección del derecho de autor, se trata de una serie de sistemas o programas que permitían la identificación de ciertas conductas o comportamientos en la red. También se dijo que estas medidas muchas veces podían llegar a ser restrictivas y perjudiciales, al punto de constituirse una traba al ejercicio del derecho de acceso a la información y al de la intimidad personal, por eso se resaltó la idea de un desarrollo necesario de legislación que permita controlar estas técnicas para evitar daños a los derechos mencionados.

Como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, Internet es una nueva realidad que surge con sus peculiaridades. Se trata de una estructura compleja con un funcionamiento eficiente, en cuanto a la rapidez en el intercambio de información, y hasta cierto punto un espacio libre. En la realidad ciberespacial no existe una administración general que disponga, controle o autorice determinadas acciones. Tampoco hay una delimitación espacial concreta ni fronteras perfectamente delimitadas, por eso es que muchos especialistas propugnan el autogobierno en

Internet. Si bien es cierto que en la esencia misma de la red podemos encontrar esa libertad de interacción –es más podríamos decir que es la justificación de la red–; sin embargo, sí es indispensable una intervención legislativa para controlar determinadas actuaciones destinadas a la comisión de ilícitos en la red.

Lo que aquí se propone es una regulación prudente que brinde a los autores una protección adecuada, que le permita realizar un control sobre sus obras y, por consiguiente, oponerse a toda actividad relacionada con su obra y que se haga sin su consentimiento. No se trata de absolutismos o intervencionismos que signifiquen una merma en la naturaleza misma de la red, principalmente porque en ella, debido a la rapidez en el intercambio de información, es casi imposible identificar todas las conductas y porque, además, la finalidad de la regulación siempre debe ser doble: la protección del autor y la promoción del acceso a la información teniendo como fin mediato el desarrollo cultural, que en este caso gracias a Internet es de mayor alcance que mediante los medios tradicionales.

Los nuevos medios y las tecnologías han brindado al autor una nueva y efectiva opción para poder difundir sus obras. Es decir, desde su contenido patrimonial, Internet permite al autor tener un alcance mayor y que su obra sea más conocida, por lo tanto más solicitada, lo cual supondrá mayor rédito en cuanto a la obtención de beneficios patrimoniales, incluso moralmente, si se respeta su autoría también se puede generar una satisfacción y retribución por el trabajo realizado en cuanto habría un mayor reconocimiento. Pero la experiencia nos muestra que este nuevo medio, su rapidez y amplitud ha venido colaborando en mayor medida con las conductas ilegales que vulneran dichos derechos. Debido a esta situación es que se hace necesaria la intervención legislativa, que permita realizar un control de estas conductas⁷⁰.

⁷⁰ Cfr. GARCIA SANZ, Rosa María. *El Derecho de Autor...* op. cit. pp. 180-187.

CAPÍTULO V: RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES EN LA RED

I.- Algunos alcances sobre la responsabilidad civil

El concepto de responsabilidad lleva consigo la noción de alteridad, pues aquella se predica en relación a una tercera persona. Es decir, un sujeto es responsable por sus hechos u omisiones en la medida que existe otra persona que espera un comportamiento que le es debido, y en tanto no se cumpla con la actuación esperada o se realice de manera deficiente, estaremos frente a una situación de irresponsabilidad o conocida comúnmente como incumplimiento. Según lo señalado, la responsabilidad nace cuando el sujeto –atendiendo a un deber o a un convenio– no cumple con lo debido o acordado. En términos generales y para cualquier supuesto, lo señalado vendría a ser una noción básica de responsabilidad.

Aterrizando en el plano jurídico, la noción de responsabilidad es mucho más compleja y no se entiende en un solo sentido. Además, cuando nos referimos a responsabilidad en el plano civil es claro que también se hace alusión a consecuencias de carácter patrimonial en la medida que se ha cometido un daño. La responsabilidad civil en el derecho abarca dos grandes campos: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La primera de ellas nace en virtud del incumplimiento de una obligación previamente adquirida y acordada, responde a la celebración de un contrato. La segunda no tiene como sustento un vínculo o acuerdo, nace por situaciones que se encuentran fuera de un contrato. Esta sería la distinción básica, aparentemente sencilla y entendible; pero esta diferencia parece diluirse en la práctica y en los supuestos concretos.

Situación distinta es explicar el proceso de cómo es que adquiere responsabilidad el sujeto en uno y en otro caso (en la responsabilidad civil contractual y en la extracontractual). En ambos supuestos es necesario que concurren una serie de requisitos y circunstancias para que se configure la responsabilidad. Así, en palabras de Fernando de Trazegnies *“Para que surja la responsabilidad de reparar en el campo contractual, se requiere que el obligado sea previamente colocado por el acreedor en mora, salvo los casos de mora automática y otros análogos que establece el artículo 1333, pero, automática, implícita, presunta o explícita, la mora es ineludible en la responsabilidad contractual (art. 1336). En cambio la responsabilidad extracontractual se constituye por el hecho mismo del daño y nace en el instante en que este es causado (arts. 1969 y 1970, et al.)”*⁷¹. Como vemos, se puede hablar de muchas diferencias atendiendo a diversos criterios, pero la finalidad de ambas es buscar la reparación de un daño que se le causa a otra persona.

Esta parte del trabajo se centrará en la responsabilidad civil de los agentes en la red pero desde la perspectiva extracontractual. Es decir, analizaremos los supuestos en los que estos sujetos responden por situaciones y circunstancias que se dan fuera del marco contractual. Por ello, antes de entrar al estudio de la posible responsabilidad de los agentes en Internet, pasaremos a dar algunos alcances necesarios de este tipo de responsabilidad para posteriormente enfocarnos en los supuestos que se presentan en la red.

A.- Principales aspectos de la responsabilidad extracontractual

En el apartado anterior se dijo que una de las características fundamentales de este tipo de responsabilidad es que nace fuera de

⁷¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual: arts. 1969 -1988*. 7º edición, Tomo II. Lima: PUCP, 2005, p, 432.

cualquier vínculo o acuerdo preexistente, que no necesita de contrato alguno que le sirva de sustento para fundamentar la exigencia de reparación frente a un daño. Es decir, la configuración de esta responsabilidad se da porque el sujeto al realizar determinada acción o por la omisión de algún deber, genera un daño que afecta a otra persona, un daño que debe ser resarcido mediante una indemnización. En este ámbito de la responsabilidad no hay relación fija preexistente entre las partes intervinientes (como sí sucede en la responsabilidad contractual donde las partes que conforman la relación obligacional serán las mismas bajo circunstancias de responsabilidad, pues éstas se desprende de un contrato), todo surge por la comisión u omisión de determinados deberes que desencadenan un daño, que exige resarcimiento; tal cual lo señala de De Trazegnies: *“En cambio, en la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño. Tampoco hay ninguna intencionalidad subyacente a la relación entre ambos ni, consiguientemente, hay un "texto" o acuerdo que pueda servir de pauta para establecer la razón por la que ahora están en contacto”*⁷².

Es necesario señalar que dentro de la responsabilidad extracontractual también se hace una división: la responsabilidad objetiva y la subjetiva. Esta distinción encuentra su fundamento en los diversos criterios de imputación utilizados para atribuir responsabilidad en uno y otro caso⁷³.

⁷² *Ibíd.* pp. 463- 464.

⁷³ La responsabilidad civil subjetiva se atribuye en virtud de la culpa; es decir, que el daño o perjuicio generado se deriva de la actuación u omisión de un deber de manera intencional por parte de un sujeto; actuación que por lo general suele estar al margen de lo legal y socialmente aceptado. Hay ordenamientos como el peruano, donde además de la culpa, se tiene en cuenta la actuación dolosa del agente para imputar responsabilidad. En cambio, la responsabilidad civil objetiva no tiene como criterio de imputación la culpabilidad; incluso la actividad que realiza el sujeto puede ser catalogada como permitida y legalmente aceptada; el fundamento principal para imputar este tipo de responsabilidad es el riesgo o peligro que lleva consigo determinada actividad. Aquí, se busca que exista un resarcimiento por los daños generados por la realización de

Este trabajo no es un tratado de responsabilidad civil y establecer las fronteras entre el tipo objetivo y subjetivo nos demandaría un capítulo entero, por ello no tocaremos este punto aquí. Sí podemos señalar que en la actualidad son muchos los países que acogen los dos tipos de responsabilidad, ordenamientos como el peruano siguen esta posición.

Para que se configure este tipo de responsabilidad es necesario que concurren determinados requisitos o elementos; una vez analizadas las circunstancias, y habiendo probado la presencia de estos, recién ahí se podrá imputar responsabilidad a una persona. La gran mayoría de estudiosos en el tema coinciden en este punto, son muy pocos los ordenamientos o doctrinarios que prescinden de algunos de los requisitos. Así, podemos considerar que los elementos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes: la acción u omisión generadora del daño, el daño o perjuicio, el nexo causal y los criterios de imputación (subjetivos u objetivos). En el ordenamiento peruano estos elementos se encuentran señalados en dos artículos diferentes—como se dijo líneas arriba, Perú recoge tanto la responsabilidad objetiva como subjetiva—, el art. 1969⁷⁴ (subjetiva) y art. 1970⁷⁵ (objetiva).

Dentro de esta división general podemos distinguir otras clases de responsabilidades, que pueden ser tanto objetivas como subjetivas, pero que se encuentran clasificadas de manera diferente, en función a la persona que cometió el daño y en cuanto a la cercanía entre la acción y el daño generado. Así, podemos hablar de responsabilidad por hecho propio

actividades riesgosas, independientemente de si el sujeto fue o no diligente. *Vid.* SANZ ENCINAR, Abraham. El Concepto Jurídico De Responsabilidad En La Teoría General Del Derecho. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneralDelDerecho.pdf>>.

⁷⁴ **Artículo 1969 del Código Civil peruano:** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor

⁷⁵ **Artículo 1970 del Código Civil peruano:** Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

o responsabilidad directa, y responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad indirecta. En la primera de ellas el daño se ocasiona sin la intervención de una tercera persona, no existen ni dependientes ni objetos que se encuentren bajo la responsabilidad del agente y que hayan sido determinantes para la concretización del daño. En el segundo tipo de responsabilidad, como se puede deducir de su propio nombre, concurre la presencia de un tercer involucrado, el daño se produce por la intervención de un sujeto que se encuentra bajo custodia o responsabilidad del agente⁷⁶.

Con independencia de las clasificaciones diversas que puedan existir sobre la responsabilidad civil extracontractual, lo primordial de este tema es la función que cumple esta institución, el porqué de su existencia. Esta finalidad primordial es la posibilidad de obtener un resarcimiento por los daños que se ocasionan y que afectan a otras personas, un resarcimiento que de alguna manera busca restablecer la situación del afectado, pero que se hace de forma equivalente mediante una indemnización. Pues, este restablecimiento no consiste en volver las cosas o situaciones perjudicadas al mismo estado en el que se encontraban antes del daño, sino en realizar una comparación y traducirla patrimonialmente en una indemnización la cual buscará reparar el perjuicio. En este trabajo buscaremos analizar las actuaciones de los agentes en la red, determinar si corresponde o no un resarcimiento por los daños que se ocasionan en Internet, analizar si efectivamente son responsables por actuaciones concretas causantes de vulneraciones y afectaciones a terceras personas.

⁷⁶ Vid. CANO ARIAS, Liliana. *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis51.pdf>>.

II.- Los contenidos en la red

Internet brinda los medios idóneos y efectivos para la transmisión de información; medios que permiten, además, que los contenidos puedan llegar a cualquier parte del planeta en cuestión de segundos. Estos datos que se encuentra en la red son conocidos como contenidos, los cuales pueden ser muy diversos. Así tenemos: música, obras literarias, datos personales, etc. Internet ofrece a los usuarios una cantidad importante de herramientas que le permite la trasmisión y alojamiento de contenidos, y muchas veces la utilización de estas aplicaciones se hace de manera gratuita.

En la gran red no existe control alguno, no hay autoridades que realicen fiscalizaciones de los contenidos que se encuentran en ella. Por eso, la gran mayoría de información que se difunde en Internet no pasa por un filtro previo, es esta la razón de por qué encontramos contenidos tan variados. Liliana Cano Arias hace referencia a esta falta de control en la red y afirma lo siguiente: *“Internet no tiene un centro rector que dirija, apruebe o desapruebe el contenido que libremente circula por la red. El intercambio de la información se realiza de forma instantánea y bajo el único control existente, que es el de todos los usuarios, quienes son los que eligen el contenido virtual que desean ver en páginas alojadas en un determinado servidor, actividad que puede realizada en el más absoluto anonimato”*⁷⁷. Como vemos, no todos los contenidos que se transmiten en la red son lícitos o inofensivos. Esta falta de control muestra a Internet como una ventana certera y efectiva para cometer algunas actuaciones que sean contrarias a la ley.

Sin duda alguna, la razón de ser de la gran red es esa libertad para la transmisión y acceso a la información que en ella se encuentra.

⁷⁷ CANO ARIAS, Liliana. *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis51.pdf>>.

Diariamente estamos haciendo uso de los contenidos que están en la red, y muchas personas son creadores de información, por ejemplo en el instante que emiten un comentario en cualquier foro de discusión están elaborando contenidos. El hecho que Internet sea un ámbito fuera del alcance de cualquier tipo de fiscalización no impide que puedan sancionarse los ilícitos que se cometan. Es decir, todos aquellos contenidos que al publicarse y difundirse ocasionen alguna afectación a determinado derecho de terceras personas serán sancionados en la medida que sea posible su identificación y los sujetos que ofrecen servicios en la red tendrán que colaborar con ello, como más adelante veremos.

Antes de estudiar las posibles responsabilidades que surgirían por la presencia de contenidos en la red, haremos un breve estudio de una pequeña clasificación de contenidos en la red.

A.- Contenidos ilícitos y contenidos nocivos

Esta es la clasificación más común que suelen realizar los doctrinarios que estudian estos temas; es importante saber frente a qué tipo de contenidos nos encontramos, pues esto nos permitirá determinar el grado de la vulneración que se ha producido en la red. Los **contenidos ilícitos** son todos aquellos datos o información que se encuentra en Internet y que vulneran alguna norma específica en el ordenamiento. Se trata de “*información o comunicación ilegítima o ilegal porque infringe alguna norma jurídica*”⁷⁸; las distintas infracciones legales pueden ser frente a normas que, por ejemplo, regulen temas como la propiedad intelectual, el racismo, la competencia desleal, etc. Por otro lado, cuando se habla de **contenidos nocivos** se hace referencia a todos los datos que “*significan*

⁷⁸ GÁLDOS, Jorge Mario. *Responsabilidad civil e internet. Algunas aproximaciones*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/galdos_1.pdf>.

*la expresión de opiniones, creencias o manifestaciones que sin ser a priori ilícitas, pueden ser consideradas ofensivas respecto a terceros*⁷⁹. Los contenidos nocivos tienen mucho que ver con aspectos subjetivos en la medida que están compuestos por la información que refleja el punto de vista de una persona, sus convicciones y opiniones que son transmitidos en la red y que generan afectaciones concretas al ser catalogados como ofensivos para otras personas.

Los contenidos ilícitos tienen que ver con violaciones concretas a lo dispuesto por alguna ley, y así como se sanciona toda actividad ilícita en el mundo real, también es posible sancionar todas aquellas actuaciones en la red que sean contrarias a las normas vigentes. Como se señaló anteriormente, a pesar de ser Internet un campo que no se encuentra sujeto a control, no se exime de responsabilidad a aquellas personas que utilicen este medio para cometer ilícitos. Del mismo modo, los contenidos catalogados como nocivos fruto de la opinión de una persona son dañinos en tanto generen vulneraciones a terceros que vean afectadas algunos de sus derechos como, por ejemplo, comentarios en redes sociales que vulneren el honor de algún sujeto.

B.- Contenidos propios y contenidos impropios

Esta clasificación más que atender a la calidad o tipo de información, responde al hecho de determinar quién es el productor del contenido, quién elabora el material que se encuentra en la red. Como veremos en los apartados siguientes, en Internet existen un importante número de sitios *web* los cuales son los principales difusores de contenidos. Los contenidos propios o también conocidos como contenidos directos “*son*

⁷⁹ BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad civil: contratos informáticos, bases de datos, nombres de dominio de internet, contenidos ilícitos en internet, contratación electrónica y firma digital*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p, 204.

*elaborados por hacedores o responsables de las páginas (webpage)*⁸⁰; mientras que los contenidos impropios o también llamados indirectos “*no son elaborados por los hacedores ni responsables de las páginas o sitios, pero que aparecen en estos lugares por su propia voluntad pues son ellos en ultimas los que deciden que incluyen allí*”⁸¹. Sobre este último tipo de contenidos los dueños de los sitios en Internet no tienen ninguna intervención en la producción de la información, pero ellos incluyen este material como parte de su página *web* pues existe algún interés de por medio, ya sea a manera de cita o por publicidad a cambio de una retribución económica. La doctrina cuando habla de contenidos impropios normalmente se refiere a los *links* que se encuentran en las páginas *web* y que redirigen al usuario a otro sitio donde se encuentra la información.

Esta clasificación de contenidos nos servirá de mucho al momento de determinar la responsabilidad de los dueños de los sitios *web* sobre los contenidos que se encuentran en sus páginas. Como se puede apreciar, los contenidos ilícitos o nocivos pueden ser propios o impropios y, en función de la autoría del material, se imputará o no la responsabilidad a los distintos agentes que intervienen en la gran red.

II.- Los agentes que intervienen en la red. Clases y funciones

Antes de pasar a determinar la responsabilidad o no de los sujetos que participan en el ciberespacio, por los contenidos que en él circulan y que puedan derivar en la infracción de una norma o la vulneración de algún derecho, es necesario diferenciarlos y entender la labor que realizan en la gran red. Tener claro la función que cumplen cada uno de ellos es

⁸⁰ CANO ARIAS, Liliana. Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis51.pdf>>.

⁸¹ CANO ARIAS, Liliana. Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis51.pdf>>.

importante porque nos permitirá delimitar la responsabilidad que se les puede imputar por las infracciones que se cometen en Internet.

A.- Los Proveedores de Servicios de Redes

Estos operadores son los que facilitan al usuario y demás agentes la estructura necesaria para que puedan realizar la conexión a Internet. Se encargan de la implementación técnica indispensable para que se concrete una comunicación a través de la red, la que ponen al servicio de los demás agentes para que puedan acceder al ciberespacio a cambio de una contraprestación. Atendiendo a cuestiones técnicas, estos proveedores pueden brindar el servicio de manera tradicional mediante redes telefónicas o mediante la transmisión de paquetes de datos como la gran mayoría lo hace⁸².

Las empresas que brindan este tipo de servicios, previamente tuvieron que haber cumplido con las condiciones necesarias exigidas por la Administración Pública y pasar por el procedimiento respectivo para obtener la concesión del servicio de telecomunicaciones, tal cual sucede en nuestro país. Por ello es que el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Ley de Telecomunicaciones, nos brinda una definición de estos agentes en su artículo 10 y nos dice: *“Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas confortantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio”*.

⁸² Vid.FUNDINAGA, Katherine. *Responsabilidad De Los Proveedores De Servicios Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <[http://www.derecho-
uiqv.com/AGORA/revistas/R000008.pdf](http://www.derecho-uiqv.com/AGORA/revistas/R000008.pdf)>.

B.- Los Proveedores de Servicios de Internet⁸³ o Proveedores de Acceso a Internet (Internet Service Provider/ Internet Access Provider)

Estos sujetos tienen la función de, como su nombre mismo lo dice, brindar el servicio de acceso a Internet a los usuarios. Los proveedores de este servicio posibilitan la conexión del usuario a la red, brindando las condiciones técnicas y tecnológicas para concretarlo. Es decir, los usuarios acceden a los demás servicios que se encuentran en la red gracias a estos sujetos. Las empresas que ofrecen acceso a Internet cumplen la función de enlazar dos puntos diferentes, el ordenador del usuario final con el ordenador u ordenadores de los demás agentes que también se encuentran conectados a la red.

Estos proveedores realizan un proceso complejo para lograr la conexión, utilizan la estructura técnica que los proveedores de red ofrecen y, mediante un módem o una red telefónica, logran conectar el computador del usuario final con los computadores de los prestadores de servicios que se encuentran en la red. Esta comunicación entre ordenadores es posible gracias al uso de los protocolos, en concreto el PPP (protocolo punto a punto) que “*verifica la clave que poseen los usuarios para acceder a los servicios prestados por los ISP*”⁸⁴ y asigna a cada usuario una dirección

⁸³ La doctrina suele utilizar la denominación Internet Service Provider para referirse de forma general a todos los sujetos que realicen o presten algún tipo de servicio en la red. También es posible calificar como Internet Service provider, propiamente dicho, a los sujetos que permiten el acceso a la red a los demás agentes; en este sentido se suele identificar a estos sujetos con los Internet Access Provider. *Vid.* ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; PADILLAHERRERA, Julio Cesar; GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana y MUÑOZ HERNÁNDEZ, Laura Yolanda. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*. [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21_3553_studiositas-v4-n3-alvarez_amezquita-.pdf>.

⁸⁴ ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; PADILLAHERRERA, Julio Cesar; GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana y MUÑOZ HERNÁNDEZ, Laura Yolanda. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*. [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21_3553_studiositas-v4-n3-alvarez_amezquita-.pdf>.

IP. Al hacer esto, el PPP genera un enlace que comunica dos computadores y permite al usuario realizar cualquier tipo de consulta en Internet.

C.- Los Proveedores de Alojamiento: *Hosting Service Provider* y *Caching Service Provider*

Estos proveedores cuentan con grandes ordenadores –técnicamente llamados servidores– que tienen una gran capacidad de memoria que les permite alojar mucha información. Este espacio brindado en la red puede ser utilizado para alojar páginas *web*, foros de discusión, etc. Pero también pueden ser ofrecidos a los proveedores de acceso para que realicen el enlace entre la información que almacenan con el servidor del destinatario final que contrata sus servicios⁸⁵.

El *Hosting Service Provider* ofrece un espacio en un servidor para que el usuario aloje una página *web* o información que quiera poner a disposición de las personas que se conectan a la red. Además de brindar el servicio de alojamiento, los *hosting* pueden encargarse, en algunos casos, de prestar servicios de mantenimiento técnico de los sitios *web*. El servicio que brindan estos agentes se le suele denominar hospedaje virtual, así lo señala Waldo Augusto Sobrino quien afirma que “*la situación del hosting service provider es distinta, dado que tiene como función alojar sitios o páginas. Es decir, es una especie de ‘posadero tecnológico virtual’, que brinda el servicio de hosting (hospedaje)*”⁸⁶.

⁸⁵ Vid.LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>>

⁸⁶ SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología en el derecho de daños: Nuevas responsabilidades derivadas de Internet -- La ilegalidad de las cookies y del spam -- El orden público y tecnológico -- Proyectos de genoma humano y discriminación -- Responsabilidad del "hosting service provider" -- Seguros y alta tecnología -- Protección a los datos personales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003, p, 36.

Los *Caching Service Provider* también cumplen la función de alojar información o contenidos en la red, la diferencia con los *hosting* radica en que aquellos realizan un almacenamiento temporal de la información, que además es automático y que se hace con la única finalidad de facilitar el funcionamiento de la red. No se trata de un alojamiento simple, sino que el *caching* elabora una copia de la página *web* o información y la aloja de manera temporal, transitoria y provisional en su servidor. Las copias cache o *caching* se hacen necesarias en Internet en la medida que los servicios de *hosting* pueden presentar algunos problemas: la lentitud de los servidores o, por el amplio tráfico de datos, el impedimento de acceso a la información, etc. Por eso, para facilitar el acceso a la información nacen los *caching*, que permiten que en función a la estructura de Internet, determinadas empresas alojen en sus servidores copias temporales de información para hacer más rápido el acceso al contenido y las consultas en Internet⁸⁷.

D.- Proveedores de Información (*Information provider*)

Dentro de esta clasificación se encuentran todos los sujetos que se encargan de transmitir contenidos que se publican en la red; y lo realizan a través de una página *web* o sitio. Puede ser una persona natural o jurídica, su función determinante es facilitar el contenido al usuario, ya sea de manera directa o indirecta mediante la intervención de un tercero. Siguiendo a Waldo Sobrino: “*en esta categoría incluimos a todo(s) aquellos que proveen información por medio de una página (webpage) o de un sitio (site), pudiendo tratarse de empresas comerciales o de particulares que tienen sus propias páginas o sitios*”⁸⁸.

⁸⁷ Vid. BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op. Cit.* p, 233.

⁸⁸ SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología... op. Cit.* p, 29.

Muchas veces son los usuarios los que producen la gran mayoría de contenidos que se difunden en Internet; algunos de ellos son titulares de sitios *web* mediante los cuales transmiten la información. Por ello a los usuarios también podría calificárseles como proveedores de contenido.

El titular de un *web site* elige voluntariamente el contenido que aparece en su página *web*, tiene control sobre la información que en su sitio se difunde y publica, ya sea de carácter propio o impropio. Es decir, es decisión del proveedor de contenido (persona jurídica o natural) el tipo de información que incluye o no en su sitio *web*⁸⁹.

III.- Alcances generales de la responsabilidad de los agentes en la red

Internet ha facilitado la realización de actividades concretas como la obtención de información en cuestión de segundos, la negociación o intercambio de bienes, y la prestación de servicios a través de páginas dedicadas al comercio electrónico. Una de las propuestas que se ha desarrollado en este trabajo es la necesidad de una regulación de las actividades que se presentan en la red. Esta medida consistiría básicamente en la aplicación de las instituciones ya tradicionales del derecho, pero con sus correspondientes adaptaciones a la realidad del ciberespacio, teniendo como referencia los principios y normas básicas sobre el funcionamiento de Internet.

Así, una de las cuestiones que se presentan en la red es la responsabilidad de los agentes que interactúan en ella, sobre si les corresponde una sanción o no. La nueva tecnología permite el acceso y la participación de una variedad de sujetos, quienes ocuparán posiciones diferentes en función a la naturaleza de la actuación que realizan en la red. Líneas arriba se indicó que el usuario será responsable de los hechos

⁸⁹ Vid. BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op. Cit.* p, 206.

que cometa en la red y desencadenen en ilícitos o vulneraciones de derechos de terceros. Pero como se explicó, el control que se realiza sobre los datos que el usuario inserta en la red en ningún momento se hará arbitrariamente, en la medida que implique una afectación a su derecho a la privacidad. Por ello es necesaria la habilitación vía mandato judicial para que se realice la identificación por parte de las empresas proveedoras. Pero es diferente situación la de los proveedores de servicio, que para muchos ordenamientos y legislaciones también serían responsables por el contenido o la información introducida por el usuario en la red.

Evidentemente, el usuario dueño y titular de la información que se encuentra y se transmite en la red, es plenamente responsable⁹⁰ por el ilícito o afectación que se pueda cometer. Pero ¿hasta qué punto se puede atribuir responsabilidad por el acto del usuario a los proveedores? ¿Qué medios de control y vigilancia podrían implementar para evitar que se les impute como responsables? Algunos ordenamientos ven como necesidad imperiosa sancionar también a estos sujetos, en la medida que existe un vínculo con el autor de los contenidos ilícitos. Plaza Penadés en uno de sus trabajos, hace mención a este argumento que es aludido por los defensores de esta posición: *“es también responsable frente a terceros por los contenidos ajenos de los que no es autor, con base en que o bien ha mantenido cierta relación contractual con el autor de la página web al cederle un espacio propio, o bien facilita o hace posible la comisión de los ilícitos”*⁹¹. En base a esta posición es que se pretende atribuir una responsabilidad respecto al control y vigilancia que supuestamente deberían tener estos agentes.

⁹⁰ El usuario será responsable civil o penal, dependiendo de la naturaleza de la vulneración que configure en la red. Éste estará sometido a la ley de la materia pertinente con las respectivas adaptaciones a las especialidades y particularidades que se desprende del ciberespacio.

⁹¹ PLAZA PENADÉS, Javier. “La responsabilidad civil de los intermediarios”. En: GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.). *Principios de Derecho de Internet*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p 396.

La lógica que es seguida por muchos países es la de atribuir la responsabilidad a los prestadores de servicios según sea la naturaleza del ilícito. Es decir, si la vulneración es de naturaleza penal, se aplicará la responsabilidad correspondiente a este ámbito, lo mismo en el campo civil y administrativo. En principio, este punto de vista es el más viable, todo dependerá del tipo de afectación que se configure en la red y en virtud de ello se aplicará la normativa correspondiente. Pero no se puede imputar como responsable a los prestadores de servicios por un contenido sobre el cual no tienen disposición, de información que pertenece al usuario y que ha sido introducida por éste a la red, a través de un proceso en el cual el proveedor no ha tenido nada que ver en su creación. Siguiendo la afirmación de Plaza Penadés en un análisis del artículo 13 de la LSSICE española referente a la responsabilidad de estos agentes: *“los prestadores de servicios de la sociedad de información sólo serán responsables por los contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya”*⁹². En conclusión, no cualquier actividad del usuario se le imputará como responsabilidad a los prestadores de servicios, sino que solo en ciertos casos y bajo determinadas supuestos de hechos que preferentemente deben estar contemplados en la norma.

La razón que muchos alegan para atribuir la responsabilidad a estos agentes es que el proveedor puede establecer, desde su posición, una vigilancia de los contenidos o de la elaboración de la información que se da dentro de los espacios o servicios que ellos facilitan. Esto es, que se realice un conocimiento de la actividad y actuación de los usuarios que se da dentro de estos espacios o por medio de los sitios que se proporcionan. Llevar a cabo estas obligaciones exige implementar filtros y para ello el prestador del servicio deberá acceder, sin el permiso del usuario, a estos contenidos para poder evitar la comisión de ilícitos. Esta afirmación tiene sus matices, en la medida que si dicha intervención,

⁹² *Ibid.*, p, 401.

suspensión o eliminación del contenido o páginas que se da por petición del Poder Judicial será perfectamente válida siempre y cuando no estén de por medio los derechos relativos a la privacidad o a la personalidad del usuario; si es así, tendrá que respetarse dicho contenido pues una intervención ocasionaría una lesión mayor.

Países como España han desarrollado una legislación respecto a las nuevas tecnologías (o como lo denomina la ley, “la sociedad de la información”) y sobre los servicios que se brindan. En estas leyes se estipula quiénes son los agentes, cómo actuarán, las obligaciones que les corresponde y las sanciones respectivas frente al incumplimiento de estos deberes. Es la LSSICE⁹³ la que el ordenamiento español emitió para implementar todos estos aspectos. En ella se habla sobre la responsabilidad de los prestadores de servicio, establece qué obligaciones le corresponderá y presenta una lista de bienes que son considerados importantes, en donde una vulneración de estos faculta a la autoridad competente a que intervenga y despliegue todo lo necesario para frenar o impedir una vulneración.

Lo señalado en el párrafo anterior son algunas de las particularidades que presenta la ley española, respecto a las obligaciones principales de los agentes que participan en la sociedad de la información. Tema aparte es la situación de los intermediarios y su supuesta vinculación con el contenido ilícito que eventualmente inserta el usuario a la red; y sobre todo, si existe tal vinculación qué responsabilidad es la que se le puede atribuir o qué posibilidades de control tienen respecto a este contenido.

⁹³ Ley de la sociedad de la información y de Servicios de España, aunque en realidad su nombre completo es Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.

IV.- Los proveedores de servicios en Internet como intermediarios de contenido

Los proveedores de servicios en Internet cumplen una función importante porque es gracias a la labor que desempeñan que los usuarios pueden acceder a internet y hacer uso de las aplicaciones que se ofrecen en esta realidad cibernética. Los usuarios utilizan estos servicios para acceder, crear y difundir información en la red. Como se señaló anteriormente, son los usuarios los que producen la gran mayoría de la información que se encuentra en Internet, y esta información es difundida y transmitida por los proveedores de servicios. Por ello es que a estos sujetos también se les conoce como intermediarios de contenidos, porque es gracias a su actividad que el contenido producido por los usuarios puede circular en la red.

Es importante delimitar la función de los intermediarios y, a partir de esto, establecer sus obligaciones. Conocer estos deberes permite saber en qué supuestos nos encontramos ante incumplimientos por parte del intermediario. Es decir, ante una situación de responsabilidad de este agente. También es importante saber qué es un intermediario y qué es la actividad que desempeña. Para desarrollar este punto acudimos a la definición dada por Plaza Penadés, quien explica: *“son servicios de intermediación, la provisión de servicios en internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicación, el alojamiento de datos en los propios servidores o, entre otros, el acceso o recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”*⁹⁴. Así pues, un intermediario será aquella persona natural o jurídica que lleve a cabo estas actividades u ofrezca estos servicios.

La posición de los intermediarios hace un tanto difícil el control de los contenidos que son transmitidos o alojados en los espacios brindados por

⁹⁴ PLAZA PENADÉS, Javier. La responsabilidad... op. cit., p. 400.

estos agentes. La red es tan grande y la circulación de datos que se da en ella es tan veloz, que se hace imposible la tarea de controlar y supervisar el traslado de esos datos. El intermediario no está en la capacidad para determinar o identificar la ilicitud de alguna información, hecho o actuación que se presente en la red porque esto implica un conocimiento exacto de todo lo que acontece en la red, un análisis detallado de cada acción que se da en Internet. La rapidez con la que se maneja e intercambia información se puede medir en segundos, datos de todo el mundo circulan en la red y el control de los mismos debería estar en la misma velocidad y, como es lógico, los intermediarios no pueden supervisar a esa velocidad.

V.- Determinación de la responsabilidad de los Intermediarios

Como se ha venido diciendo, el intermediario no responderá por el hecho ajeno en la medida que se hace imposible el control o supervisión de los contenidos que el usuario pueda introducir a la red. Pero en tanto sea de su conocimiento que determinado hecho o contenido se puede configurar como dañino, el intermediario deberá actuar y desplegar las medidas necesarias para evitarlo o para suspender el espacio al usuario que lo ha utilizado para fines ilícitos. Este conocimiento puede darse por la indicación de un tercero (destinatario de la información o el perjudicado) o por la orden de una autoridad. Es en este momento cuando nace la obligación del intermediario y deberá agotar todas las medidas necesarias para evitar que se pueda configurar la vulneración. Si no cumple con lo indicado caerá en un supuesto de responsabilidad, esto desde un punto de vista general.

Ahora analizaremos esta exigencia general desde la actividad concreta del intermediario, desde su función, y determinaremos si efectivamente

este sujeto se encuentra o no en la posibilidad de controlar, conocer y retirar los contenidos ilícitos o nocivos que se hallan en la red.

A.- Servicios de red y acceso a Internet

Cuando hablábamos de estos agentes distinguimos claramente la función de uno y otro, pero es importante mencionar que en la gran mayoría de casos estas dos actividades suelen concentrarse en la figura de una sola persona jurídica -generalmente son empresas las que prestan estos servicios- un solo sujeto.

Estos servicios ofrecen solo la estructura técnica adecuada para realizar la conexión, comunicación y transmisión mediante Internet. Los usuarios utilizan esta estructura como medio para ingresar la información a la red, normalmente los sujetos que brindan estos servicios no conocen la calidad del contenido que se ingresa a la red.

Muchos en la doctrina equiparan la labor de estos agentes con la que realiza una compañía que presta servicios telefónicos, respecto a los datos que transmiten, en tanto estas empresas tienen prohibido todo tipo de control o intervención de las comunicaciones que se realizan por las redes que ponen a disposición de los usuarios⁹⁵. Esta prohibición de control e intervención de los datos es perfectamente aplicable a los intermediarios que prestan estos servicios, en la medida que la información que transmiten es de carácter privado, incluso se encuentra protegida por el secreto de las comunicaciones recogida en nuestra Constitución en su artículo 2 inciso 10⁹⁶. Estos intermediarios son ajenos

⁹⁵ Vid. DEMIGUEL ASECIO, Pedro A. *Derecho privado... op. Cit.* p, 231.

⁹⁶ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

al contenido que transmiten, su obligación radica en la correcta transmisión de datos de manera efectiva y sin deficiencias, si se incumple con ello podría darse un supuesto de responsabilidad civil contractual. Pretender atribuir responsabilidad civil a estos agentes, por el contenido de terceros “*sería lo mismo que responsabilizar civilmente a las empresas telefónicas por los daños causados a terceros por las conversaciones llevadas a cabo a través de las mismas*”⁹⁷. No está permitido ni es posible el control del contenido que transmiten estos intermediarios, en principio no tienen conocimiento de dicha información.

Solo podrá imputarse la responsabilidad a estos sujetos si desde su posición hubiera sido posible el control de los contenidos ilícitos o nocivos, o si estos fueran los productores de dichos contenidos. Si nos encontramos bajo estos supuestos en los que ha habido participación de estos proveedores, podrá imputárseles responsabilidad; por eso es que se tienen que analizar caso por caso, atender a las circunstancias y posibilidades de los intermediarios. Además, como se dijo líneas arriba, si el proveedor de estos servicios ha recibido la orden de identificar y retirar los contenidos nocivos e ilícitos por parte de una autoridad judicial y se encuentra en posibilidad de hacerlo pero no cumple con ello; también será responsable por esa omisión en tanto no demuestre lo contrario.

B.- Servicio de *hosting* y *caching*

Cuando un usuario utiliza el servicio de internet y transmite una información a determinado destinatario, el proveedor de *hosting* o *caching* interviene en este proceso como mero transmisor de dicha información y lo hará mediante el alojamiento temporal, en su servidor, de aquellos datos. Este alojamiento será durante el tiempo que demande el natural uso del servicio. Es el usuario quien origina la transmisión y designa al

⁹⁷ BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op. Cit.* p, 208.

destinatario, solamente necesita del intermediario para poder transmitir el contenido a la persona que desea que llegue⁹⁸.

Se ha detallado concretamente la función de este tipo de intermediario, a partir de esta se pueden fijar sus obligaciones como prestador del servicio de transmisión de información. Este agente solo deberá ceñirse, en el caso en cuestión, a la simple transmisión de los datos y según las indicaciones del usuario. Como se dijo líneas arriba, el intermediario para realizar su tarea de transferencia de datos, necesariamente deberá alojar la información por un breve lapso⁹⁹, intervalo en el que puede realizar algunos ajustes al contenido que transportara a su destinatario.

Así pues, en el supuesto mencionado el intermediario responderá únicamente cuando sea él quien ha orientado la información, además de ello elija a la persona a quien dirigirá los datos y que en ese intervalo de tiempo en el que aloja la información, realice algunos cambios en dichos contenidos, como acertadamente se estableció en la Directiva 2000/31 CE¹⁰⁰.

B.1.- Hosting

El prestador de *hosting*, como se dijo, ofrece un espacio en su servidor para almacenar páginas *web*. La capacidad de almacenamiento de estos servidores es muy grande; y es posible alojar una cantidad importante de contenido en sus memorias. Una parte de la doctrina afirma que desde la función que desempeñan estos agentes, es posible atribuir

⁹⁸ Vid. PLAZA PENADÉS, Javier. La responsabilidad... op. cit., p, 409.

⁹⁹ Precisamente, muchos autores utilizan como argumento para atribuir responsabilidad a los intermediarios por este periodo de tiempo, durante el cual, afirman, pueden desplegarse los mecanismos necesarios para evitar alguna vulneración.

¹⁰⁰ La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, establece en su artículo 12.1 que no se puede considerar al prestador de servicios de este tipo (transmisión de datos) responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: no haya originado el mismo la transmisión, no haya seleccionado al destinatario de la transmisión y no haya participado en el proceso de selección y modificación de los datos transmitidos.

responsabilidad solidaria por algún contenido ilícito o nocivo que un usuario pueda alojar en sus servidores. Los que siguen esta postura asemejan la posición del *hosting* a la de un editor, pues dicen que estos sujetos cuentan con la posibilidad de controlar la información que alojan, estando bajo su potestad retirar los contenidos que consideren perjudiciales¹⁰¹. Si tomamos lo señalado por estos estudiosos podríamos hablar de una responsabilidad objetiva por parte de los prestadores de este servicio, en tanto califican la actividad que realizan como riesgosa. Por ello siempre responderían frente a cualquier afectación en la red, pudiendo liberarse de responsabilidad únicamente si prueban la presencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor¹⁰².

Es técnicamente imposible que este intermediario pueda realizar un control efectivo de toda la información que contienen las páginas *web* que alojan en sus servidores, esto solo puede darse si se presta el servicio de alojamiento a unas cuantas *web page*. Incluso de ser este el caso, realizar algún control implicaría prestar un servicio limitado pues la supervisión de la información demandaría costos elevados para estos agentes, pues implementar la tecnología necesaria, significaría convertir este servicio en un negocio poco rentable donde los gastos serían mayores a las ganancias. Además de las razones técnicas y económicas, es necesario señalar que la intervención o control de contenidos significaría una grave vulneración a libertad expresión de los usuarios, a su privacidad; estaríamos dando la facultad a estos agentes para que sean ellos quienes decidan que es ilícito o nocivo en la red, potestad que no les corresponde¹⁰³.

¹⁰¹ Vid. BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op. Cit.* p, 212.

¹⁰² Cfr. SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología... op. Cit.* p,39.

¹⁰³ Vid. GÁLDOS, Jorge Mario. *Responsabilidad civil e internet. Algunas aproximaciones.*[Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/galdos_1.pdf>.

La principal obligación de los *hosting* es desplegar los mecanismos y la tecnología necesaria para que terceros afectados por cualquier contenido puedan comunicarse con el proveedor de este servicio para solicitarles la retirada de la información. Además, deberán contar con la técnica necesaria para poder identificar el contenido y su autor. Otro sector de la doctrina afirma que la imposibilidad técnica de control es una de las principales razones para descartar la responsabilidad de estos agentes por los contenidos producidos por terceros; por lo que solo responderán por los contenidos en los que hayan tenido una participación directa en la producción o por los que hayan asumido algún tipo de control. Esta segunda posición parece ser la más adecuada, en tanto el intermediario de este servicio no puede realizar control alguno por dos importantes aspectos: uno de corte técnico y el otro de carácter jurídico (una posible afectación a la libertad de expresión y a la privacidad de los usuarios). Además, seguimos esta postura pues señalan al juez como el único facultado para determinar qué es nocivo o ilícito y, solo mediante una resolución emitida por aquel, podrá retirarse algún contenido de la red.

Es importante señalar que el proveedor de *hosting* debe ser diligente en tanto debe ofrecer los instrumentos y salidas técnicas necesarias para que algún tercero perjudicado pueda realizar una reclamación en caso considere que determinado contenido lo está perjudicando. Pero se debe considerar, que frente a esta intimación por parte de terceros el proveedor de alojamiento solo deberá retirar los contenidos de la red en tanto sean notoriamente nocivos o ilícitos. Pues si sucede todo lo contrario, es decir si se retira el contenido sin prueba alguna de su ilicitud o sin determinación de su nocividad, implicará vulneraciones mayores. Por ello siempre será necesaria la intervención de un juez que determine si el contenido se retira o no de la red.

Así, si es que ya se ha realizado la determinación de la calidad del contenido por parte del juez y si ya se ha comunicado con la resolución al

hosting; éste deberá cumplir con la orden, sino lo hace será responsable civilmente por omitirla y cumplir con el pedido de retirada del contenido.

B.2.- Caching

La finalidad de realizar este tipo de almacenamientos es aumentar la eficacia en la transferencia de información. Cuando hablábamos de la función de estos sujetos se dijo que el alojamiento que realizan es de carácter temporal, previsional y automático. Esto significa la realización de una copia de los contenidos que alojan para facilitar la transmisión del mismo, por un tema de distancias dentro de la red o por buscar la mayor rapidez en la transmisión del contenido. La copia cache debe ser temporal y debe ser conservada el tiempo necesario para realizar la transmisión de la información¹⁰⁴.

Al igual que el *hosting*, estos sujetos no tienen control sobre los contenidos que alojan y no podría atribuírseles responsabilidad por los daños que se ocasionen a terceros. Para ello, el prestador de este servicio no ha debido de participar en la elaboración o alguna modificación del contenido que almacena, ni que se haya obligado a realizar algún tipo de control sobre la información. Para poder alojar y transmitir la información los *caching* realizan algunas modificaciones de carácter técnico, como por ejemplo comprimir los contenidos, lo cual implica dos beneficios: que la información no ocupe mucho espacio en la memoria cache y que la transferencia del contenido sea más rápida. Esta intervención meramente técnica no debe ser considerada como una

¹⁰⁴ Vid. ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; PADILLA HERRERA, Julio Cesar; GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana y MUÑOZ HERNÁNDEZ, Laura Yolanda. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*. [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21_3553_studiositas-v4-n3-alvarez-amezquita-.pdf>.

participación en la elaboración del contenido, o como algún tipo de modificación de la información misma¹⁰⁵.

Asimismo, el prestador debe realizar las actualizaciones de las copias alojadas en la memoria de su servidor. Como se mencionó líneas arriba, los *caching* trabajan con copias de información que extraen de los sitios *web* que alojan. Estos pueden actualizar su contenido o simplemente retirarlo. En tanto hagan ello, la información que está alojada en la memoria cache ya no coincidirá con el sitio de origen de donde fue extraída. El proveedor no se encuentra fácticamente en la posibilidad de controlar todas las variaciones de información de la páginas de todos los contenidos que aloja, por eso solo se estará obligado a la actualización cuando haya tomado conocimiento de la variación, si no lo hace será responsable subjetivamente por omitir dicho deber. Del mismo modo, deberá actuar cuando el acceso al contenido de la información ha sido bloqueado, o cuando se ha ordenado la retirada de la información por parte del juez o la autoridad competente. En estos dos últimos supuestos al igual que el anterior, el proveedor es responsable por la omisión o falta de diligencia frente a estas situaciones¹⁰⁶.

C.- Proveedores de información

Los proveedores de información difunden contenidos mediante las páginas *web*, las mismas que pueden estar bajo la titularidad de una persona natural o jurídica. Estos sujetos eligen voluntariamente el contenido que desean publicar en la red, o sea tienen control sobre la información que difunden. Si la página *web* se encuentra bajo el control de una persona jurídica es normal que existan personas a su cargo que realicen el trabajo de elaboración, selección y publicación de contenido.

¹⁰⁵ Vid. DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A. *Derecho privado... op. Cit.* p,234.

¹⁰⁶ Vid. *Ibíd.* p, 235.

De haber una afectación a los derechos o intereses de terceros por el contenido que proveen, responderá tanto el titular de la *web* como el autor de los contenidos. Así, el autor responderá subjetivamente por los daños y perjuicios en tanto se pruebe la culpa o falta de diligencia, posteriormente se podrá atribuir al titular de sitio la responsabilidad de manera objetiva como un supuesto de responsabilidad por el hecho de los dependientes¹⁰⁷. Cuando el titular sea una persona natural, donde normalmente se suele confundir con la figura del autor, lo primero que tenemos que hacer es probar la responsabilidad subjetiva por el contenido difundido y, si existe, responderá tanto como autor de contenido y titular de la *web*¹⁰⁸.

Al inicio de este capítulo se planteó una diferenciación de los contenidos que podemos encontrar en la red, una de ellas fue la que distinguía los contenidos propios de los impropios. Tomaremos esa clasificación para explicar en los siguientes puntos la responsabilidad que puedan tener los proveedores de información a partir de la “propiedad” de la información.

C.1.- Responsabilidad por los contenidos propios

Son los titulares de páginas *web* o *sites* los que elaboran estos contenidos, pueden ser artículos creados por el propio titular o por personas que trabajen para él. Frente a este tipo de información, los *information provider* serán responsables por los daños o perjuicios que puedan generar sus contenidos a terceras personas. Como ya se dijo, estos pueden responder en calidad de autores o como dueños del sitio *web*, al que muchos suelen asemejar a la calidad de un editor y por lo tanto imputarle responsabilidad objetiva¹⁰⁹. Este tipo de contenidos son generados por el propio titular o por personas que están a cargo de él,

¹⁰⁷ Vid. SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología... op. Cit.* p, 29.

¹⁰⁸ Vid. *Ibíd.* p, 30.

¹⁰⁹ Vid. BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op .cit.* p, 206

podríamos decir que el contenido está vinculado directamente con el titular de la *web*, por ello se le imputa una responsabilidad directa.

C.2.- Responsabilidad por contenidos impropios

Cuando hablamos de este tipo de información, básicamente hacemos referencia a los *links* que son introducidos por el titular o sus dependientes como contenido de su página *web*. Es decir, esta información no es elaborada por el titular del sitio *web* ni muchos menos es controlada por él, pero a pesar de ello estos sujetos incluyen voluntariamente los *links* en sus publicaciones. En ese sentido, podríamos decir que estos agentes serían responsables por la utilización de los *links*, se trata de una responsabilidad por la inclusión de esta información, pero no por el contenido de la misma. Aquí el criterio de atribución sería objetivo, atendiendo a la comparación de los titulares de las páginas *web* con los editores de publicaciones. Es posible afirmar ello pues para realizar la elección de los *link*, “necesariamente tuvo que ser analizada y estudiada”¹¹⁰ la página objeto del mismo.

Los *links* pueden ser catalogados como de primer y segundo nivel. Los primeros son aquellos que cuentan con información, contenido y páginas *web* que se encuentran en los *links* que el *information provider* ha seleccionado y colocado en su *site*. Los segundos, también llamados *links* profundos, son *links* a los cuales llegamos por derivación de las páginas *web* objeto del primer *link*. Es decir, el *link* que se encuentra en la página del *information provider* nos deriva a otro sitio *web* el cual a su vez puede contener otros *links*, los que nos llevan a otros *sites*, estos *links* son los que se conocen como *links* profundos¹¹¹.

Los *links* de primer nivel son introducidos voluntariamente por el titular del *web site* y lo hacen pues consideran necesario “citar” los otros sitios pues

¹¹⁰ SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología... op. Cit.* p, 31.

¹¹¹ Vid. BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad... op .cit.* p,207.

contribuyen o complementan la información que desean difundir o dar a conocer. Para ello, previamente el *information provider* debió revisar la *web*, objeto del *link*, para poder utilizarla, esto significa que la posibilidad de conocer la calidad de la información es viable y hasta cierto punto exigible a estos sujetos. Por lo tanto, es factible imputar responsabilidad a estos sujetos por el contenido de los *links* de primer nivel, pues a pesar de no poder controlar la elaboración del mismo sí pueden controlar la publicación del enlace que dirige al contenido dañoso, la responsabilidad sería objetiva pues también se asemeja la función de este titular a la de un editor¹¹².

La responsabilidad por el contenido de los *links* de segundo nivel es cuestionable, en tanto la posibilidad de control en la publicación de estos escapa a la voluntad del titular del sitio. El *information provider* no puede controlar que *links* difunde o no el titular de la *web* a la cual dirigen los *links* de primer nivel. Fáctica y técnicamente es imposible que pueda realizarse este control, por eso, tratar de imputar responsabilidad por el contenido de estos *links* resulta poco lógico.

D.- La actividad de los motores de búsqueda

Los buscadores realizan una función importante dentro de la estructura de la red, nos permite encontrar la información en cuestión de segundos gracias a los grandes listados que elaboran y que nos sirven como un directorio al momento de la búsqueda, que utilizamos para elegir la página que ofrezca el contenido deseado. Los buscadores utilizan un programa que les permite localizar la mayor cantidad de *webs* que existen en la red.

¹¹² Cfr. *Ídem*.

Además permite la elaboración de listas en función a los criterios señalados o dispuestos por el motor de búsqueda¹¹³.

Como vemos, los buscadores permiten el acceso a una cantidad importante de información, son intermediarios de contenidos. Los datos a los cuales se accede por medio de los motores de búsqueda han sido elaborados por agentes ajenos a los buscadores. Es decir, un usuario pudo haber conocido la información de manera directa accediendo a la *web* o *site* donde se encuentre la información, o pudo haber utilizado un motor de búsqueda para llegar a esa información. Es notoriamente apreciable que los buscadores contribuyen en mucho a la difusión de contenidos pues evita la difícil tarea de acceder a un sitio solo si se conoce la dirección exacta del mismo.

Los sujetos que brindan servicios de búsqueda no intervienen en ningún momento en la elaboración de los contenidos que difunden, pues cuando realizan el proceso de localización no hacen ninguna modificación de la información que contienen las direcciones que formarán parte de sus listas. Estas direcciones están alojadas en la memoria de los buscadores y se encuentran agrupadas en función al contenido de las páginas a las cuales nos dirigen. Es decir, el contenido de las mismas pueda variar, ser retirado o actualizado en su sitio de origen. Los buscadores tienen en cuenta estos cambios y realizan actualizaciones permanentes para evitar algún tipo de desfase en la información. Esto último nos permite ver claramente cómo el control de la información se encuentra en manos del titular del sitio que la contiene, es tan así que los buscadores tienen que realizar constantes actualizaciones por los cambios en los contenidos que realizan los sujetos que los publican.

¹¹³ Vid. FERNANDO TOMELO, Roberto Abieri. *Responsabilidad de los buscadores de Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.aftabogados.com.ar/pdf/RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20BUSCADORES%20DE%20INTERNET.pdf>>.

Consideramos que resulta desmedido imputar responsabilidad a los buscadores por los contenidos nocivos o ilícitos que terceros elaboran y publican; se trata de información que escapa al control de los motores de búsqueda. Técnicamente los prestadores de este servicio no pueden controlar el contenido de todas las páginas *web* objeto de las direcciones que éste aloja en sus listas, hacer esto demandaría un tiempo importante, y se presentaría una deficiencia en el servicio: pues la privacidad de los contenidos sería mínima y las pérdidas económicas sería altas, pues las páginas *web* configurarían sus sitios para evitar la indexación a los motores de búsqueda. También tendría implicancias económicas dado que habría una reducción de empresas que presten este servicio por el hecho de ser más altas las cantidades que se pagarían por indemnizaciones que las ganancias que se puedan obtener¹¹⁴.

Podemos afirmar que los motores de búsqueda tienen dos grupos de obligaciones principales, unas anteriores a la reclamación o vulneración de intereses y otras posteriores a la misma. La primera de ellas se basa en la idea que los prestadores deberán implementar todas las herramientas que permitan la actualización de contenidos, así como el ofrecimiento de los medios necesarios para que el perjudicado pueda realizar algún tipo de reclamación de manera directa. Respecto a la segunda, las obligaciones son las de retirar el contenido cuando sea pedido expreso del juez o autoridad competente, y la de contribuir a la identificación o bloqueo de los sitios que resulten responsables por la difusión de estos contenidos dañosos. Consideramos que es frente a cualquier incumplimiento u omisión de estas obligaciones que puede pensarse en algún tipo de responsabilidad civil por parte de los sujetos dueños de motores de búsqueda.

¹¹⁴ Vid. FERNANDO TOMELO, Roberto Abieri. *Responsabilidad de los buscadores de Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.aftabogados.com.ar/pdf/RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20BUSCADORES%20DE%20INTERNET.pdf>>.

Pretender imputar responsabilidad de tipo objetiva a estos sujetos significaría atribuirle facultades de control que no poseen. Si los buscadores responden por el contenido de las páginas objeto de la direcciones, porque estos han contribuido a la difusión de la información y por ello del perjuicio, nos llevaría a pensar que también pueden responder por el contenido nocivo que se halla en los *links* que se encuentra dentro de las páginas a las cuales nos derivan las direcciones que ellos tienen en sus listas. De ser así, esto sería una cadena interminable pues, atendiendo a la idea de que son los sujetos quienes desarrollan estas páginas que nos permiten acceder a la información, estos responderían por toda vulneración en tanto ellos han facilitado el acceso, no importando sino elaboraron o modificaron el contenido¹¹⁵.

D.1.- Los buscadores como facilitadores de enlaces

Otro tema en discusión es la posibilidad de poder imputar como responsable a un intermediario que brinde el servicio de acceso a otros sitios *web* o que facilite enlaces que deriven al usuario a otra página *web*. Mediante este servicio se ofrece al usuario los enlaces o *links* a través de los conocidos buscadores. Estos permiten que cualquier sujeto pueda encontrar de una manera rápida una lista de enlaces sobre determinado tema, solo es necesario que el usuario escriba la palabra o palabras que tengan relación con el tema que desea encontrar e inmediatamente el buscador arrojará una serie de enlaces, en los que se puede encontrar la información buscada o algún tema relacionado con ella. Básicamente la función de estos intermediarios es la de proporcionar directorios de *links* o

¹¹⁵ Vid. LEZCANO, José María. *Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21019/Documento_completo.pdf?sequence=1.

listas de enlaces de las cuales se vale el usuario para llegar al contenido que desea acceder.

Muchos estudiosos plantean la posible imputación de responsabilidad a estos agentes, por el hecho cometido por el dueño de la página o por el titular del contenido dañoso. El sustento de esta posición radica en la supuesta omisión de los intermediarios y en la inactividad que presentan frente a los contenidos ilícitos que se encuentra en las páginas a las que sus enlaces o *links* derivan. Se les pretende atribuir dicha responsabilidad por considerárseles difusores de ese contenido al no establecer controles, suspensión o bloqueos de las páginas que presentan esta información.

Los buscadores ofrecen un espacio en la red en donde solamente difunde el enlace o *link*. Por lo tanto, los intermediarios no son autores del contenido ni tampoco por el mero hecho de difundir un enlace los hace responsables por el actuar ajeno. El ofrecimiento de un enlace no implica una disposición de la información que se encuentra contenida en la página *web*, se trata de un servicio de acceso a la red o de la facilitación de instrumentos de búsqueda. El contenido se encuentra en el dominio del titular y es este mismo quien realiza la difusión de su propio contenido a través de su página *web*. La presencia de un intermediario a través del servicio de buscador, lo único que hace es facilitar el acceso a un enlace y no propiamente al contenido. Por ende, no puede hablarse de una responsabilidad de un agente que no crea ni difunde esta información, pues estas actividades solo pueden ser realizadas por el titular de la información, quien tiene bajo su dominio dicho contenido.

Existe jurisprudencia extranjera que se ha manifestado respecto al tema. En estas sentencias se puede corroborar cómo el intermediario no puede ser responsable por el simple ofrecimiento de un enlace. Así pues, el Juzgado Mercantil N° 6 de Barcelona en julio de 2011 se refirió a este asunto, resolviendo lo siguiente: *“El titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, no lleva a cabo*

*directamente estos actos. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" como acto de comunicación pública. La labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción ni comunicación pública*¹¹⁶. Se puede comprobar cómo se exime de responsabilidad al agente que facilita el enlace, en la medida que este no lleva a cabo, de manera directa los actos de creación de información y de difusión de la misma.

Líneas atrás se dijo también que el intermediario puede liberarse de responsabilidad en la medida que la difusión de los contenidos es realizada por el mismo titular de la información, es este quien conserva los datos en su propio ordenador. Respecto a este punto también se ha manifestado el Juzgado Mercantil N° 7 de Barcelona que precisó lo siguiente: *"(...) la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la información y desde donde se puede descargar. Son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición"*¹¹⁷. Como se puede apreciar, no habría razón para imputar responsabilidad al facilitador de los enlaces porque la información a la que se accede vía enlace no está almacenada en los servidores de los intermediarios, sino que está bajo el dominio del usuario quien es el dueño del contenido.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que el agente que facilita los enlaces no responderá en ningún momento. Este tipo de intermediario será responsable por todo lo que sea de su conocimiento o que diligentemente pudo conocer, por lo que puede atribuírsele como propio, en la medida que haya una creación o modificación por parte suya. Al igual que en el caso de los intermediarios que solo transportan datos, si el

¹¹⁶ Sentencia N° 301/2011. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 7 de Julio de 2011.

¹¹⁷ Sentencia N° 67/2010. Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Barcelona, 9 de Marzo de 2010.

agente que facilita el enlace tiene conocimiento de la ilicitud de un contenido, gracias a la información dada por un tercero o por la autoridad correspondiente, tendrá la obligación de la suspensión o retiro de dichos enlaces. La omisión de esta obligación generará la responsabilidad en el intermediario que facilite el enlace o *link*¹¹⁸.

¹¹⁸ *Cfr.* PLAZA PENADÉS, Javier. La responsabilidad... op. cit. p. 416.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las aplicaciones que se ofrecen en la red, la tecnología que nos permite estar conectados y los dispositivos mediante los cuales accedemos a Internet presentan variaciones y actualizaciones permanentes. Los cambios que experimentan son acelerados y por lo tanto el aprendizaje de su manejo y funcionamiento también tiene que ir, en la medida de lo posible, a ese ritmo. De este desarrollo tecnológico, como de la eficiencia en la red, se pueden desprender dos objetivos primordiales: la rapidez y calidad del transporte de datos. Efectivamente, Internet cada vez ofrece mejoras en su estructura y esto se ve reflejado en la cantidad de servicios que se brindan y en el número de personas que hacen uso de los mismos. Esta situación no debe ser ajena al desarrollo jurídico, por lo que es necesario que el hombre del derecho tenga en cuenta este desarrollo acelerado, el jurista debe dejar de lado su posición tradicional y ampliar sus horizontes de estudio y conocimientos. La situación actual exige al jurista que se introduzca en la tecnología, que la comprenda para que pueda entender y dar respuesta a los conflictos que surgen en la gran red.

Para ello, es necesario conocer cómo opera la red y saber cómo es que sus agentes se desenvuelven, así obtendremos el criterio suficiente para poder diferenciar cuándo estamos frente a un actuar permitido y cuándo no. Si bien es cierto que la velocidad con la que se actúa en la red, en algunos casos, no contribuye a la identificación de los responsables, esto no es obstáculo suficiente para poder desplegar los mecanismos legales necesarios ni para poder individualizar algunas conductas y por lo tanto poder determinar algunos responsables.

SEGUNDA.- A largo de este trabajo se han planteado una serie de soluciones que podrían adoptarse frente a los problemas que surgen en la

red, y al estudiar los tres principales temas en los cuales se enfoca esta investigación (propiedad intelectual, datos personales y responsabilidad de los agentes), se han fijado las directrices generales de cómo podrían enfrentarse estos conflictos. Estas soluciones serán útiles en la medida que se apliquen y se desarrollen teniendo en cuenta las particularidades del ciberespacio. La estructura de Internet es muy compleja, por ello los conflictos que se configuran dentro de ella también suelen serlo. Por eso es necesario que se conozca a profundidad todos los aspectos fundamentales de Internet para realizar una interpretación jurídica desde el punto de vista de la red. Es decir, un análisis que incluya un razonamiento jurídico entendido desde la esencia misma de la red, desde sus especialidades y usos que ofrecen, solo así podrán desarrollarse los mecanismos legales de forma eficiente. Si se conoce al sistema por dentro, más fácil será desarrollar la normativa pertinente.

TERCERA.- Si bien es cierto que muchos de los conflictos que se presentan en la red pueden ser tutelados por una cantidad importante de instituciones jurídicas ya existentes o también llamadas tradicionales, se ve la necesidad de que estas se adecuen o que por lo menos exista una ley marco que establezca unidad y sienta los principios básicos respecto a la solución de conflictos que se presentan en el ciberespacio. A pesar de la adaptación de estas instituciones, es preciso que se unifiquen los criterios de interpretación a nivel internacional; ya que la mayoría de los actos que se realizan en la red tienen repercusiones globales y, por lo tanto surgirá la pregunta sobre qué legislación será la aplicable. Como se mencionó en el desarrollo del trabajo, la solución es la firma de tratados y convenios entre Estados, esto permitirá que se apliquen medidas comunes en todos los países que han suscrito estos acuerdos y, a la vez, estos acuerdos podrán traducirse en legislación interna que concretarán, explicarán y desarrollarán el tema. De la misma manera será necesario el

establecimiento de organizaciones que se encarguen de velar por el cumplimiento de estas disposiciones y de interponer las sanciones correspondientes para poder contrarrestar las infracciones.

CUARTA.- Muchos países vienen desarrollando e implementando normas referentes a esta materia, a pesar de ello los problemas no dejan de presentarse. Esto porque las interpretaciones son diversas y en algunos casos erróneas. Muchos ordenamientos presentan criterios confusos al momento de encontrar responsables y muchos agentes resultan impunes por la mala técnica legislativa. Al parecer, la necesidad de frenar las innumerables infracciones que se presentaban de manera constante y progresiva llevó a la mayoría de ordenamientos a tomar una decisión rápida, pero no segura ni justa en algunas situaciones. Estas confusiones se deben a dos razones principales: la primera es la falta de conocimiento de los juristas, legisladores y demás operadores respecto al funcionamiento y estructura de la red; la segunda responde a la negativa de muchos doctrinarios al pretender solucionar los problemas de la misma manera que resuelven un conflicto que se presenta fuera del ciberespacio, sin tener en consideración la especialidad del medio.

QUINTA.- Actualmente, gracias a la gran cantidad de redes sociales y páginas que facilitan el intercambio de información, la participación del usuario en la red se ha incrementado y junto con esto también la comisión de infracciones de normas (sobre todo las referentes a la propiedad intelectual y datos personales) y vulneraciones de derechos como el respeto por la privacidad y el honor. La presencia masiva de estos agentes en la red permite que se ofrezcan contenidos variados y de todo tipo, los mismos que son llevados a Internet gracias a la actuación de los usuarios, lo peculiar en este caso es que precisamente estos agentes son los que también consumen los contenidos ofrecidos por otras personas.

Este intercambio descontrolado de información ha generado que muchas personas creen que la disposición de archivos en la red y el consumo de estos se enmarca dentro lo legal y jurídicamente aceptable. Esta idea equivocada ha tenido como resultado la violación de derechos de autor por muchas vías. Todo esto gracias a los servicios que se brindan en la red y a los que el usuario pueda generar mediante otros instrumentos que la misma red facilita.

SEXTA.- La regulación de Internet no es ninguna utopía, sino todo lo contrario es una necesidad real. Las circunstancias en las que vivimos actualmente, exige a gritos especial atención de las controversias generadas en la red. Las páginas *webs* y los medios para intercambiar información se desarrollan cada vez más, las opciones son diversas y los mecanismos también. Estas páginas *webs* que brindan estos servicios estipulan condiciones de uso que ponen en ciertas desventajas al usuario. Los mecanismos son rigurosos, pero esto es debido a las constantes afectaciones que se presentan en la red. Es necesario que el desarrollo de estos mecanismos y filtros vengan acompañados de un desarrollo normativo en la medida que también se establezcan limitaciones para las empresas prestadoras de los servicios que se encuentran disponibles en la *web*.

SÉTIMA.- Muchas de las actividades implementadas en la red son indispensables para conseguir determinados servicios que nos permitirán desarrollar nuestro trabajo de la mejor manera, o realizar negocios e intercambios comerciales, o simplemente ofrecer un momento de entretenimiento. Inconscientemente, se ha generado una dependencia hacia los servicios ofrecidos en la red. Esto ha contribuido a que el usuario acceda a los mismos de manera descontrolada y poco diligente. Es decir, muchas personas introducen información personal para hacer

uso de la aplicación o servicio sin leer o revisar las políticas de privacidad que les ofrece el proveedor. Esta situación es aprovechada por los titulares de esas aplicaciones los que, en la mayoría de casos, fijan condiciones de uso y políticas de privacidad muy beneficiosas para ellos y perjudiciales para el usuario.

Por ello, la autoridad pertinente deberá realizar su labor y verificar si estos prestadores de servicios cumplen con las condiciones mínimas: si ofrecen una política de privacidad correcta, que las condiciones de uso no sean abusivas y que implementen los medios técnicos necesarios para que el usuario pueda hacer uso de sus facultades¹¹⁹ frente a la información de la cual es titular. Como vemos, se trata de verificar el cumplimiento de las garantías mínimas para la protección del usuario no de un control estricto de la actividad del proveedor del servicio dentro de la red.

OCTAVA.- Este desarrollo tecnológico ha beneficiado y a la vez ha perjudicado a los autores de obras de carácter intelectual. Les ha brindado la posibilidad de contar con un nuevo soporte para plasmar sus obras, el cual les facilita el acceso a otros mercados y amplía el alcance de sus trabajos. Pero este desarrollo también se ha convertido en el principal problema para el autor de estas creaciones, pues ha contribuido al incremento de ilícitos frente a la propiedad intelectual, por lo que el Internet es visto como el medio “ideal” para cometer estas infracciones por ser un espacio poco controlado y de fácil acceso para las personas que realizan este tipo de actividades.

Frente a la situación antes descrita es imprescindible que conceptos que son paradigmáticos para la defensa de la propiedad intelectual o derechos de autor, sean adaptados en función a este nuevo espacio que ofrece aplicaciones novedosas que sirven de soporte para muchas creaciones intelectuales. Nociones como distribución o reproducción, por ejemplo,

¹¹⁹ Derecho a la oposición, actualización, desistimiento, etc. *Vid. Supra* Capítulo III.

deben ahora entenderse dentro del marco de esta nueva tecnología, pues si atendemos a su definición tradicional no podríamos abarcar los problemas que hoy se presentan en Internet. Esta nueva concepción no solo debe quedar plasmada en la literatura jurídica, sino también en el desarrollo legislativo de los ordenamientos que estén decididos a realizar una protección global de estos derechos.

NOVENA.- El desarrollo legislativo que se pretende promover no solo debe atender a la adaptación de ciertas nociones tradicionales, sino que además debe fijar como uno de sus objetivos la promoción, desarrollo e implementación de medidas técnicas e instrumentales orientadas a conseguir la protección mínima y necesaria para evitar estas infracciones. Así, los sujetos que presten servicios en la red mediante los cuales puede ocasionarse algún perjuicio, no solo tendrá que preocuparse por respetar los derechos y cumplir con sus deberes, sino que también deberán cumplir con una actuación técnica indispensable para complementar lo anterior. Es decir, los prestadores de servicios en la red deberán desarrollar los medios técnicos necesarios para que el perjudicado pueda comunicar la afectación, pedir la retirada de algún contenido o hacer la reclamación pertinente.

DECIMA.- Hoy la red le ha permitido a personas normales ser críticos, periodistas aficionados y hasta políticos. Internet no restringe el acceso a nadie y esta principal característica de la red es aprovechada por una cantidad enorme de usuarios que crean, publican y difunden contenidos sin ningún límite para expresar lo que sienten en Internet. Al no existir un control o filtro para esa información es que no solo se difunde contenidos lícitos sino también contenidos ilícitos y de carácter nocivo. Esta libertad de acceso que nos ofrece la red, confunde al usuario promedio y lo lleva a pensar en que todo lo que está en la red es intocable y que por ser un

espacio exento de control, puede hacer lo que se le antoje. Pero como se explica en esta investigación, estas personas tienen que hacerse responsables por estos contenidos en tanto sean generadores de daños. A su vez, los proveedores de servicios en la red tendrán también que responder, cuando del análisis de las circunstancias ¹²⁰, resulta determinante su participación respecto al contenido publicado.

DÉCIMO PRIMERA.- Todas estas novedosas circunstancias, estos conflictos muy complejos exigen una especial atención por parte del operador jurídico en la medida que ellos tendrán que estar prestos al análisis e investigación de dos realidades diferentes, la que le presenta la gran red y la que le ofrecen los demás ordenamientos que vienen regulando estas situaciones. Es decir, el hombre de derecho debe estudiar y conocer la estructura de Internet, estar al tanto de los avances que se den en ella para poder comprender los conflictos y plantear soluciones a los mismos. Además, deberá estar atento a las innovaciones legislativas que se presentan en los demás ordenamientos para poder realizar una comparación y, a partir de ello, quedarse con lo destacable y desechar lo que considere poco provechoso de acuerdo a su realidad local.

¹²⁰ Los proveedores de servicios en la red responderán en tanto hayan participado en la elaboración del contenido, se hayan obligado al control del contenido o hayan participado en la modificación de la información. *Vid. Supra* Capítulo V.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLOTNIKOFF, Pablo. *Informática y responsabilidad civil: contratos informáticos, bases de datos, nombres de dominio de internet, contenidos ilícitos en internet, contratación electrónica y firma digital*. Buenos Aires: La Ley, 2004, 371 pp.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (coordinador). *Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 26 y 27 de agosto de 2004*. Lima: Palestra, 2006, 188 pp.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (director); MONTES DE OCA, Ángel (coordinador); AOKI, Keith [et al.]. *Derecho de Internet*. 2^o Edición. Buenos Aires: Heliasta, 2012, 394 pp.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000, 179 pp.
- DE MIGUEL ASECIO, Pedro A. *Derecho privado de internet*. 4^o Edición. Cizur Menor (navarra): Aranzadi, 2011, 1068 pp.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual: arts. 1969 -1988*. Tomo I. 7^o edición. Lima: PUCP, 2005, 596 pp.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual: arts. 1969 -1988*. Tomo II. 7^o edición. Lima: PUCP, 2005, 668 pp.
- DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidad y datos personales*. Madrid: Reus, 2004, 181 pp.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo (director). *Principios de derecho de Internet*. 2^o Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, 605 pp.
- GARCIA SANZ, Rosa María. *El Derecho de Autor en Internet*. Madrid: Colex, 2005, 237 pp.

- GARCIA VIDAL, Angel. *Derecho de marcas e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 413 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*. Cizu Menor. Aranzadi. Navarra: 2004, 156 pp.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO Y TELECOMUNICACIONES E INFORMATICA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES COLOMBIA (COMP). *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*. Bogotá: Legis, 2003, 971 pp.
- MATEU DE ROS CEREZO, Rafael. *Derecho de Internet: la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003, 839 pp.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación en la red*. Madrid: Grupo Santillana, 2000, 281 pp.
- RIBAS ALEJANDRO, Javier. *Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico*. 2ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, 490 pp.
- SOBRINO, Waldo Augusto R. *Internet y alta tecnología en el derecho de daños: Nuevas responsabilidades derivadas de Internet -- La ilegalidad de las cookies y del spam -- El orden público y tecnológico -- Proyectos de genoma humano y discriminación -- Responsabilidad del "hosting service provider" -- Seguros y alta tecnología -- Protección a los datos personales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003, 139 pp.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 2000, 156 pp.

LINKOGRAFÍA

- ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; PADILLA HERRERA, Julio Cesar; GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana y MUÑOZ HERNÁNDEZ, Laura Yolanda. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*. [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21_3553_studiositas-v4-n3-alvarez-amezquita-.pdf.
- CANO ARIAS, Liliana. *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis51.pdf>.
- CASTELLS, Manuel. "Internet y la Sociedad Red". En: *Conferencia de Presentación de presentación del programa de Doctorado sobre la Sociedad de la Información* [en línea]. [Consulta: 17-05-2012]. Disponible en: http://commons.cc/antropi/wpcontent/uploads/2013/02/castells_intr_o.pdf.
- CASTELLS, Manuel. "Internet, libertad y sociedad: Una perspectiva analítica". En: *Polis, Revista de la Universidad bolivariana* [en línea]. 2003, Vol. 1, n. 4. [Consulta: 15-05-2012]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30500410>.
- CERVANTES GÓMEZ. Juan Carlos. Protección de datos personales. *Quórum legislativo. Revista de la cámara de Diputados de México* [en línea]. 2006, n. 86. [Consulta: 16-01-2014]. Disponible en: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/177909>.
- Cookies, píxeles y otras tecnologías similares. En: <https://www.facebook.com/help/cookies/?ref=sitefooter>.
- FERNANDO TOMELO, Roberto Abieri. *Responsabilidad de los buscadores de Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://www.aftabogados.com.ar/pdf/RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20BUSCADORES%20DE%20INTERNET.pdf>.
- FUNDINAGA, Katherine. *Responsabilidad De Los Proveedores De Servicios Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://www.derecho-uigv.com/AGORA/revistas/R000008.pdf>.

- GÁLDOS, Jorge Mario. *Responsabilidad civil e internet. Algunas aproximaciones*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/galdos_1.pdf>.
- Instrucciones de la comunidad YouTube, en: https://www.youtube.com/t/community_guidelines?hl=es-419
- LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>>
- LESS ANDRADE, Pedro (2008, 16 de octubre). *Funcionamiento de los Motores de Búsqueda y Tecnología de Google*. El Blog corporativo de Google para Latinoamérica. Recuperado el 08 de febrero de 2014, de <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/funcionamiento-de-los-motores-de.html>.
- LEZCANO, José María. *Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21019/Documento_completo.pdf?sequence=1>.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios básicos del Derecho de autor y derechos conexos* [en línea]. [Consulta: 15-10-2013]. Disponible en: <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/09/wipo_pub_909.pdf>.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson. "Aproximación constitucional de la protección de datos personales en Latinoamérica". En: *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* [en línea]. 2012, n. 1. [Consulta: 16-12-2013]. Disponible en: <http://www.redipd.org/noticias_todas/2013/tribuna/common/AproximacionconstitucionalProtecciondeDatosPersonalesenLatinoamerica.pdf>.
- SAN MARTÍN, Cristos Velasco. *Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?* [Consulta: 15-12-2013]. Disponible en: <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/Articulos/tecnologia/libertad.pdf>>

- SANZ ENCINAR, Abraham. *El Concepto Jurídico De Responsabilidad En La Teoría General Del Derecho*. [Consulta: 10-02-2014]. Disponible en: <<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>>.

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

- Código Civil peruano, DECRETO LEGISLATIVO N° 295, de 1984.
- Constitución peruana de 1993.
- Convenio de BERNA para la protección de las obras literarias y artísticas,
- Decreto Legislativo 1075, 27 de junio de 2008.
- Decreto Legislativo 822, 1996.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000.
- La Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos personales, 3 de julio de 2011.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico de España.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia N° 301/2011. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 7 de Julio de 2011.
- Sentencia N° 67/2010. Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Barcelona, 9 de Marzo de 2010.