

## LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD INFORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

**Dr. Alfredo Galán Galán**  
 Profesor Titular de Derecho Administrativo  
 Universidad de Barcelona

*El objeto del trabajo es el análisis de la responsabilidad en que puede incurrir la Administración como consecuencia de su actividad informativa, en aquellos supuestos en los que el suministro de la información se realiza a través de medios electrónicos, principalmente a través de Internet. Todo ello en el marco de la Directiva comunitaria 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Uno de los problemas que mayor interés suscita es la polémica admisibilidad de la limitación o, incluso, la total exoneración de responsabilidad de la Administración en estos casos. Concluye el artículo con la exposición de algunas consideraciones finales sobre cuestiones estrechamente ligadas a este tipo de responsabilidad (responsabilidad y grado de preparación de los funcionarios responsables de la información, por un lado, y responsabilidad y nivel cualitativo de la información, por otro) y sobre algunos factores que resultan relevantes para su valoración (el tipo de funcionario que suministra la información, el tipo de sujeto destinatario de la información y el tipo de información suministrada).*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA INFORMATIVA.- 1. Delimitación de los supuestos de exención de responsabilidad administrativa.- 2. Posibles vías de exención de responsabilidad administrativa.- 3. Exención de responsabilidad administrativa por las informaciones suministradas por la propia Administración.- 3.1. CLÁUSULA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.- 3.1.1. Cláusula legal de exención de responsabilidad de la Administración.- 3.1.2. Cláusula administrativa de exención (o autoexención) de responsabilidad de la Administración.- 3.2. EL LÍMITE DEL ESTADO DE LA CIENCIA Y DE LA TÉCNICA.- 4. Exención de responsabilidad administrativa en los casos de intermediación de la Administración en el suministro de la información.- 4.1. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS INTERMEDIARIOS DE LA INFORMACIÓN EN INTERNET.- 4.1.1. Necesidad de matizar el régimen tradicional de responsabilidad cuando la difusión de informaciones no se realiza a través de los medios convencionales, sino a través de Internet.- A. Régimen tradicional de las informaciones difundidas a través de los medios de comunicación convencionales y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad.- B. Régimen de las informaciones difundidas a través de Internet y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad.- 4.1.2. Evolución de los sistemas jurídicos hacia la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios.- A. El caso de los Estados Unidos.- B. El Caso de Francia.- C. El caso de la OCDE.- 4.1.3. Exención de responsabilidad del prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información establecida en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.- A. Normativa aplicable.- B. Definiciones legales.- C. Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios.- C.1.- Principio general de responsabilidad de los prestadores de servicios.- C.2. Régimen especial de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.- a. Noción y modalidades de intermediarios.- b. Régimen especial de responsabilidad de los intermediarios.- 4.2. EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS INTERMEDIARIOS DE LA INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN: APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA Y DE LA LEY A LA ADMINISTRACIÓN.- III. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA INFORMATIVA.- 1. Cuestiones estrechamente ligadas al tema de la responsabilidad.- 1.1. RESPONSABILIDAD Y GRADO DE PREPARACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS RESPONSABLES DE LA INFORMACIÓN.- 1.2. RESPONSABILIDAD Y NIVEL CUALITATIVO DE LA INFORMACIÓN.- 2. Factores relevantes en la valoración de la responsabilidad.- 2.1. DESDE UN PUNTO DE VISTA SUBJETIVO: EL TIPO DE FUNCIONARIO QUE SUMINISTRA LA INFORMACIÓN Y EL TIPO DE SUJETO DESTINATARIO.- 2.1.1. El tipo de funcionario que suministra la información.- 2.1.2. El tipo de sujeto destinatario de la información.- 2.2. DESDE UN PUNTO DE VISTA OBJETIVO: EL TIPO DE INFORMACIÓN SUMINISTRADA.**

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de la que vamos a ocuparnos es aquella que nace ligada a la actividad de comunicación pública desarrollada por la Administración: su actividad informativa causa un daño a los ciudadanos que tendrá la obligación de reparar.

En otro lugar hemos tenido ocasión de examinar múltiples cuestiones que plantea la responsabilidad de la Administración en materia informativa<sup>1</sup>. En este momento, limitamos nuestro propósito al análisis de aquellos supuestos en los que el suministro de la información administrativa se realiza a través de medios electrónicos, principalmente a través de Internet.

Uno de los problemas de mayor interés que plantea en general la actividad administrativa de información y, muy especialmente, cuando se desarrolla a través de Internet, es el de la admisibilidad de la limitación o, incluso, de la total exclusión de responsabilidad en estos casos. El estudio de esta cuestión y la propuesta de soluciones se aborda en el siguiente epígrafe. Concluye la exposición con algunas consideraciones finales sobre la responsabilidad de la Administración en materia informativa. En ellas se tratarán cuestiones estrechamente ligadas al tema de la responsabilidad (responsabilidad y grado de preparación de los funcionarios responsables de la información; responsabilidad y nivel cualitativo de la información) y algunos factores relevantes en la valoración de la responsabilidad (el tipo de funcionario que suministra la información; el tipo de sujeto destinatario de la información; el tipo de información suministrada).

<sup>1</sup>GALÁN GALÁN, A., "Comunicación pública", en TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A. (coords.) *Comunicación Pública: la información administrativa al ciudadano*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

## II. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA INFORMATIVA

### 1. Delimitación de los supuestos de exención de responsabilidad administrativa

Los supuestos de exención presuponen la concurrencia de todos los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de responsabilidad de la Administración, de manera que, a pesar de ello, en esos casos concretos, la Administración no responde.

En consecuencia, siendo rigurosos, deben excluirse de este ámbito todos aquellos supuestos en los que la Administración no responde no ya porque exista una exención de responsabilidad en sentido estricto, sino porque falte alguno de los requisitos necesarios para su nacimiento.

### 2. Posibles vías de exención de responsabilidad administrativa

A continuación, vamos a examinar una serie de supuestos, polémicos todos ellos, en los que se pretende eximir de responsabilidad a la Administración, con especial atención al ámbito informativo. A estos efectos, consideramos necesario diferenciar dos hipótesis: aquellos casos en los cuales la Administración suministra una información propia y aquellos otros en los que se limita a cumplir un papel de intermediación en la transmisión de la información, esto es, su función se reduce a facilitar que la información procedente de un tercero llegue a los ciudadanos.

### 3. Exención de responsabilidad administrativa por las informaciones suministradas por la propia Administración

La hipótesis que se contempla en este apartado constituye la regla general: la Administración suministra sus propias informaciones a los ciudadanos. Coincide, pues, el sujeto que está en el origen de la información y en su transmisión. En estos supuestos, las presuntas vías de exclusión de la responsabilidad administrativa, por

los daños que las informaciones suministradas hayan podido causar, son las dos siguientes: la existencia de una cláusula de exención de responsabilidad de la Administración y, en segundo término, el límite del estado de la ciencia y de la técnica.

### **3.1. Cláusula de exención de responsabilidad de la Administración**

En estos casos, la Administración no responde al amparo de una cláusula que le exime de responsabilidad por su actuación en un ámbito o sector determinado. Dentro de estas cláusulas, en atención a su origen, deben diferenciarse dos modalidades: las que vienen establecidas por el legislador y aquellas otras que son establecidas por la propia Administración.

#### **3.1.1. Cláusula legal de exención de responsabilidad de la Administración**

El supuesto aquí contemplado puede resumirse del siguiente modo: por voluntad expresa del legislador, la Administración queda eximida de responsabilidad por los daños que su actuación pueda ocasionar en un sector determinado. El problema evidente que plantean estas cláusulas legales de exención es el de su compatibilidad con el art. 106.2 de la Constitución y, por tanto, el de su constitucionalidad.

A favor de su admisibilidad puede traerse la propia literalidad del art. 106.2 de la Constitución, en la medida en que, efectivamente, reconoce la responsabilidad de la Administración, pero “en los términos establecidos por la ley”. La ley podría, por tanto, excluir dicha responsabilidad en determinados sectores.

En contra de su admisibilidad juega el amplio reconocimiento constitucional que de la responsabilidad administrativa se realiza en el mencionado precepto constitucional. Precepto que, según la interpretación tradicional, consagra un principio general de responsabilidad de la Administración que debe ser entendido sin fisuras. La referencia que la Constitución hace a “los términos establecidos por la ley” no puede ser interpretada en el modo arriba expuesto. No cabe, pues, que la ley exceptúe la aplicación de este principio en ningún ámbito o sector. Pero, incluso

en el caso de que tal cosa fuese posible, cosa que no se comparte, la exclusión no podría establecerse sin más, sino que debería encontrarse suficientemente fundada para no atentar contra los principios constitucionales de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad. Ejemplos de estas cláusulas legales de exención de la responsabilidad administrativa podemos encontrarlos en las normas reguladoras de algunos sectores económicos sometidos a supervisión administrativa, ámbitos en los que se plantea la existencia de una responsabilidad *in vigilando* de la Administración.

En primer lugar, la ya derogada Ley del Seguro Privado, en su art. 22, establecía que el control realizado por la Administración no la convertía en responsable de las operaciones realizadas por las entidades bancarias, salvo que el daño producido lo haya sido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con las reglas generales de responsabilidad de la Administración<sup>2</sup>. La coetilla final vacía de contenido el resto del precepto, en la medida en que viene a establecer que, también en este sector, es de aplicación el régimen general de responsabilidad de la Administración. No hay, en rigor, ninguna exención de responsabilidad. Más interesante resulta el caso representado por la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, en cuyo art. 11.3 se establece la obligación de obtener una autorización previa para la constitución de estos fondos, pero sin que el otorgamiento de dicha autorización pueda en ningún caso ser título que cause la responsabilidad administrativa<sup>3</sup>. A diferencia del supuesto anterior, este precepto no contiene una coetilla final que salve la aplicación, en este sector, del régimen general de la responsabilidad administrativa. Antes al contrario, si nos atenemos a la literalidad de la ley, estamos

<sup>2</sup>Art. 22 Ley del Seguro Privado: “El ejercicio de las facultades de control no constituirá a la Administración del Estado en responsable por las actividades y operaciones de las entidades sujetas a control, salvo que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con la legislación general” (la cursiva es nuestra).

<sup>3</sup>Art. 11.3 Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones de 1987: “Con carácter previo a la constitución del fondo los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, a cuyos términos se acomodará la escritura de constitución. *El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad del Estado*” (la cursiva es nuestra).

en presencia de una auténtica exención legal de responsabilidad de la Administración en estos casos. Exención de responsabilidad que fue objeto de dura crítica por parte de la doctrina, mayoritariamente contraria a la admisibilidad constitucional, por vulnerar el art. 106.2 de la Constitución, de estas cláusulas legales de exención<sup>4</sup>.

La polémica llegó finamente al Tribunal Constitucional. La mencionada ley fue objeto de dos recursos de inconstitucionalidad, interpuestos respectivamente por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento Vasco, recursos que, acumulados, fueron resueltos en la STC 206/1997, de 27 de noviembre (Ponente: D. Rafael De Mendizabal Allende). En concreto, el Parlamento Vasco impugnó el art. 11.3 de la ley al estimar que la exención de responsabilidad en él establecido vulneraba, entre otros, el art. 106.2 de la Constitución. El Alto Tribunal, en el FJ 19º sostiene la constitucionalidad de este precepto, pero dándole una interpretación que, a nuestro juicio, se separa claramente de la pretendida por el legislador. Según el tribunal, del tenor literal del precepto no puede deducirse que no resulte aplicable el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el art. 106.2 de la Constitución. De manera que, también en este ámbito, la Administración deberá responder si concurren los presupuestos comunes para el nacimiento de la responsabilidad administrativa. Lo único que se pretende dejar claro, siempre según la sentencia citada, es que el mero hecho de otorgar la licencia no es suficiente para hacer nacer dicha responsabilidad<sup>5</sup>.

<sup>4</sup>Así, se afirma que este precepto "colisiona frontalmente con el art. 106 de la Constitución", en SORIANO, J.E., "Fondos de pensiones. Iter autorizatorio y responsabilidad del Estado: comparación con el sistema bancario", en *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. III, La Ley, Madrid, 1994, p. 2590.

<sup>5</sup>En palabras del Tribunal Constitucional, en referencia al art. 11.3 de la Ley: "Tampoco puede considerarse afectada de tacha alguna de inconstitucionalidad la exención de responsabilidad de la Administración a que alude el precepto. Por de pronto, de su dicción, debe entenderse que lo que en él se pretende es evitar que el mero hecho del otorgamiento de la autorización sea por sí solo bastante para poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ello, *no puede considerarse que en él quede neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el art. 106.2 CE si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad*. (...) La cláusula de exoneración de responsabilidad de la Administración, pues, no constituye un factor de inmunidad de ésta, sino una consecuencia lógica del

### 3.1.2. Cláusula administrativa de exención (o autoexención) de responsabilidad de la Administración

En este caso, no es el legislador, sino la propia Administración quien establece la cláusula mediante la cual se (auto)exonera de responsabilidad por los daños que su actuación pueda originar en un determinado ámbito o sector. Este modo de actuar de la Administración es frecuente en el sector de la información administrativa y, muy especialmente, cuando la actividad administrativa de información se lleva a cabo a través de Internet. La práctica totalidad de las Administraciones públicas que suministran informaciones a través de la red encabezan sus respectivas páginas informáticas con un aviso jurídico según el cual la información que se ofrece en ellas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad. En virtud de dicha cláusula, la Administración correspondiente no asume responsabilidad alguna en relación con el material contenido en esas páginas.

De nuevo, el principal problema jurídico que plantean estas cláusulas de exención de responsabilidad es el de su admisibilidad. Admitirlas supone aceptar que la Administración pueda decidir, por sí y ante sí, excluir su responsabilidad en un ámbito por ella misma decidido.

Del análisis de estas cláusulas se deriva la necesidad de diferenciar dos hipótesis que, según nuestro parecer, merecen un tratamiento distinto. La primera de ellas consiste en que la Administración, a través de esa cláusula, se exima de responsabilidad por las informaciones respecto a las que desempeña una función de mera intermediación: ofrece a los ciudadanos unas informaciones que proceden de terceros sujetos. Este supuesto será contemplado más adelante, pero ya adelantamos la existencia de una creciente tendencia a admitir la no responsabilidad de los sujetos intermediarios en el proceso informativo, incluida la Administración.

complejo entrelazamiento de actos públicos y privados que concurren en el momento constitutivo de los Fondos de Pensiones, respetando la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, de ahí que no puedan tampoco entenderse vulnerados los preceptos constitucionales que se citan en el recurso".

Trato radicalmente distinto debe darse, en nuestra opinión, a la segunda hipótesis, esto es, cuando la Administración pretende eximirse de responsabilidad, a través de esa misma cláusula, por las informaciones que tienen en ella su origen y que ella misma suministra. Esta exención debe entenderse inexistente, por vulnerar la cláusula en la que se establece el régimen constitucional y legal de responsabilidad de la Administración.

### 3.2. El límite del estado de la ciencia y de la técnica

La Administración no tiene la obligación de indemnizar aquellos daños que, causados con su actuación, sean imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia y de la técnica. Parece consagrarse, de este modo, una importante exclusión de responsabilidad: estos daños causados por la Administración no son indemnizables.

En favor de esta exclusión de la responsabilidad existen importantes argumentos normativos. Es obligado traer a colación, en primer término, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Esta ley, como es sabido, somete a un régimen de responsabilidad objetiva los daños que puedan causar los productos defectuosos<sup>6</sup>. Para que nazca responsabilidad, no se exige culpa del fabricante o importador, sino que basta con que el perjudicado pruebe únicamente la existencia del defecto, del daño y de la relación de causalidad entre ambos. Pues bien, en este contexto, el art. 6.1.e) de esa misma Ley establece que el fabricante o importador no serán responsables si prueban “que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”. Dicho de otro modo, se excluye la responsabilidad en aquellos casos en los que el defecto, causante del daño, era indetectable según el estado de la ciencia y de la técnica.

<sup>6</sup>En cumplimiento de lo establecido en la Directiva del Consejo de la Unión Europea 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

El segundo y principal argumento normativo, en tanto que este texto constituye uno de los pilares del régimen jurídico de las Administraciones, lo ofrece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la versión que la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha dado a su art. 141. La reforma, en efecto, ha añadido al primer apartado del mencionado artículo el siguiente párrafo: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Esta reforma no viene sino a positivizar una tendencia ya mayoritaria según la cual los conocimientos científicos y técnicos debían operar como uno de los límites de la responsabilidad de la Administración<sup>7</sup>.

El límite del estado de la ciencia y de la técnica es aplicable con carácter general a todas las actuaciones de la Administración y, por tanto, también a aquellas que lleve a cabo en el ámbito informativo. En consecuencia, la Administración no tendrá que indemnizar aquellos daños causados por su actividad de información que sean imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia y de la técnica de ese momento. Piénsese, por ejemplo, en las informaciones administrativas de carácter técnico, pongamos por caso muchas de las suministradas por la Administración sanitaria. Es perfectamente posible que se produzca un daño que traiga como causa esas informaciones, adecuadas según los conocimientos científico-técnicos existentes en el momento de su suministro, pero que resulten ser incorrectas a la luz de posteriores avances y descubrimientos médicos.

<sup>7</sup>Así lo había entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo. En la primera sentencia que ha dictado teniendo ya en cuenta el art. 141 reformado, esto es, en la STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999/6154), (Ponente: Excmo. Sr. D. González Navarro), se afirma, en su FJ 5º, que el legislador no ha hecho más que positivizar una regla que ya estaba latente en nuestro Derecho. Sobre esta cuestión, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales, puede verse MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 276-303.

Una última consideración antes de dar por terminado este apartado. Encabezábamos el estudio de los supuestos de exención de responsabilidad administrativa apuntando la necesidad de delimitarlos, en el sentido de que, en rigor, no debían ser considerados como tales aquellos casos en los que la Administración no responde por la sencilla razón de que no concurren todos los presupuestos necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad. Pues bien, en nuestra opinión, tal cosa es lo que ocurre en relación con el límite del estado de la ciencia y de la técnica. Ajustándonos al esquema de los presupuestos de la responsabilidad administrativa, la causación de daños que eran imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia y de la técnica debe entenderse incluido dentro del riesgo permitido y, por consiguiente, determina la no concurrencia del presupuesto de la imputación objetiva en sentido estricto<sup>8</sup>.

#### **4. Exención de responsabilidad administrativa en los casos de intermediación de la Administración en el suministro de la información**

La hipótesis que aquí se contempla es distinta de la recogida en el apartado anterior. En estos supuestos, el origen de la información se encuentra en otro sujeto distinto de la Administración. Ella se limita a una labor de intermediación: facilita que el mensaje procedente

<sup>8</sup>La imputación de segundo nivel, que tiene como objeto la atribución del daño a la conducta, se compone de una primera fase naturalística, la existencia de una relación de causalidad, y de una segunda de carácter normativo, a saber, la fase de imputación objetiva en sentido estricto. Esta segunda fase precisa el cumplimiento de una serie de requisitos, siendo el primero de ellos que la conducta en examen haya creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad. Para entender que dicha conducta ha creado ese riesgo relevante debe cumplir un conjunto de condiciones, siendo una de ellas que haya creado un riesgo no permitido. El concepto clave para valorar la concurrencia de este requisito es el de error. Solamente cuando nos encontremos ante una conducta fallida del sujeto, en nuestro caso, ante un funcionamiento fallido de los servicios públicos, podrá existir responsabilidad patrimonial. Ello explica que no pueda nacer dicha responsabilidad cuando el servicio público haya funcionado de manera inmejorable, esto es, con arreglo al más alto nivel científico-técnico. De este modo, puede afirmarse que los daños inevitables o imprevisibles, a la luz del estado de la ciencia y de la técnica, forman parte del riesgo permitido y, por tanto, no deben ser indemnizados por la Administración. Sobre esta cuestión, de nuevo, MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., pp. 262-303.

del tercero llegue efectivamente a los ciudadanos. El marco en el que estos procesos de intermediación informativa tienen lugar es principalmente Internet. La mayor parte de Administraciones disponen de páginas propias en este medio en las que se facilita una creciente información. La consulta de la mayoría de ellas permite fácilmente comprobar que una gran parte de las informaciones proporcionadas no tienen su origen en la Administración titular de la página, sino que proceden y son suministradas por terceros sujetos, públicos o privados. Informaciones sobre las que, habitualmente, la Administración no efectúa un control de contenidos. E informaciones que, desde luego, pueden ser causantes de daños en aquellos ciudadanos que hayan decidido actuar de conformidad con ellas en la confianza que les haya generado el encontrarlas en una página perteneciente a una Administración pública. Nace, de este modo, el problema de si es viable imputar responsabilidad a la Administración en estos casos.

La posible exención de responsabilidad de la Administración en los supuestos de intermediación informativa debe enmarcarse dentro de la problemática más amplia acerca de si es admisible dicha exención, con carácter general, para los sujetos intermediarios de la información en Internet. En concreto, para los denominados prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información. Por ello, comenzaremos analizando el régimen de responsabilidad al que se encuentran sometidos estos sujetos, para terminar examinando si es posible extender su aplicación a las Administraciones.

#### **4.1. Exención de responsabilidad de los sujetos intermediarios de la información en Internet**

##### **4.1.1. Necesidad de matizar el régimen tradicional de responsabilidad cuando la difusión de informaciones no se realiza a través de los medios convencionales, sino a través de Internet**

La Constitución española, en su art. 20, reconoce el derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz" a través de "cualquier medio de

difusión". Internet no deja de ser un nuevo medio de difusión de informaciones y, en consecuencia, no queda al margen de la consagración constitucional de la libertad de comunicación. Ahora bien, las peculiaridades propias de este medio fuerzan a matizar el régimen tradicional, tanto normativo como jurisprudencial, al que se encuentra sometida dicha libertad<sup>9</sup>.

#### **A. Régimen tradicional de las informaciones difundidas a través de los medios de comunicación convencionales y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad**

El problema jurídico más relevante que plantea el reconocimiento constitucional de la libertad de comunicación es el establecimiento de su alcance y, por ende, de sus límites. De su resolución se ha ocupado nuestro Tribunal Constitucional. La sentencia fundamental<sup>10</sup>, en este sentido, es la de 21 de enero de 1988<sup>11</sup>. En ella aparecen recogidos los principios que deben ser tenidos en cuenta para la delimitación de la libertad. En relación con lo que ahora nos atañe,

<sup>9</sup>Sobre esta cuestión puede verse el reciente trabajo MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, en particular, pp. 162-174.  
<sup>10</sup>Así la califica S. Muñoz Machado, quien añade que "ha liderado todos los desarrollos jurisprudenciales posteriores"; en MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, ob. cit., p. 164.  
<sup>11</sup>STC 6/1988, de 21 enero, (Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León). Esta sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por Javier Crespo Martínez contra la sentencia dictada por el TS revocatoria de la dictada por la Magistratura de Trabajo que declaró improcedente su despido de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia. Los hechos, en breve, discurren del modo siguiente. El mencionado señor, tras haber prestado sus servicios laborales en periódicos dependientes del extinto Organismo Autónomo Medios de Comunicación Social del Estado, pasó a prestarlos en la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, con la categoría profesional de Redactor, adscrito a la Subsecretaría del Ministerio. Pues bien, esa misma Subsecretaría acordó su despido, principalmente por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza. Argumenta la Subsecretaría que en enero de 1985 y como consecuencia de una conversación mantenida por el mencionado señor con miembros de la redacción de la Agencia de noticias "Europa Press", ésta emitió un despacho que decía que el señor Crespo, Redactor de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, tenía la intención de dirigir próximamente un escrito al Subsecretario de Justicia, en el que expondría su preocupación por la constante filtración de noticias desde ese departamento a la Editorial PRISA. Añade que, según el periodista, lo que se considera filtración de noticias se produce desde diciembre de 1982 hasta ahora, es decir, durante el tiempo que el PSOE lleva en el poder. Este despacho de agencia fue difundido al día siguiente por diversos medios de comunicación. El Tribunal Constitucional resuelve otorgar el amparo solicitado y, tras reconocerle su libertad de información, declarar radicalmente nulo el despido de que fue objeto.

destacaremos de la mencionada sentencia su afirmación, contenida en sus FJs 5º y 7º, de que la libertad de informar es para comunicar "la verdad". Afirmación que encuentra un sólido anclaje en el reconocimiento constitucional de esta libertad para comunicar o recibir "información veraz". No cualquier tipo de información, pues, queda cubierta por la garantía constitucional, sino sólo aquella que pueda ser calificada de "veraz"<sup>12</sup>. Pero la verdad es un valor que no puede entenderse en términos objetivos y absolutos. En consecuencia, es imposible que el ordenamiento exija a quien informa que, siempre y en todo caso, acierte plenamente a narrar los hechos con un ajuste total a lo realmente sucedido. Se admite, por tanto, una limitada inexactitud en la comunicación, siempre que ella no sea causada por negligencia del informador. Se impone, en definitiva, a estos sujetos, un deber de diligencia en la realización de su actividad: el informador debe poder demostrar que ha mantenido constantemente una actitud diligente en el desempeño de su labor.

La doctrina sentada por esta sentencia del Tribunal Constitucional ha sido desarrollada y precisada por sentencias posteriores, procedentes de ese mismo tribunal o bien del Tribunal Supremo. Desarrollo y precisiones que también afectan al ámbito de la responsabilidad derivada del suministro de informaciones y sobre el que nosotros nos vamos a detener con la dos siguientes consideraciones.

En primer lugar, y según una ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la responsabilidad por informaciones que no se

<sup>12</sup>En palabras del propio Tribunal: "La comunicación que la Constitución protege es (...) la que transmita información "veraz"(...). Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado" (FJ 5º). Deber de diligencia sobre el que volverá a insistir el alto tribunal con posterioridad: "el derecho a comunicar "información veraz", aunque no deja de amparar las afirmaciones controvertibles, si requiere de quien las transmita una específica diligencia, ya que el derecho constitucional no ampara no ya sólo la "información" que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que, difundida sin contraste alguno con datos objetivos y carente de toda apoyatura fáctica, se revela después como no acreditada en el curso de un proceso" (FJ 7º).

ajustan a los límites constitucionales se puede exigir solidariamente al autor del artículo difamatorio, al director de la publicación y al editor. Estamos en presencia de lo que se ha venido en denominar una “responsabilidad en cadena” o “responsabilidad en cascada”: la responsabilidad por los daños causados por una información difundida en un medio de comunicación convencional, un periódico, pongamos por caso, no se circunscribe al periodista autor de la información, sino que se extiende al director del medio y al editor. Se entiende que todos ellos han contribuido a la producción del resultado lesivo y, consiguientemente, todos ellos son responsables del mismo<sup>13</sup>.

<sup>13</sup>Valga como ejemplo de esta jurisprudencia la reciente STS de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10151), (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). En el origen de esta sentencia se encuentra un reportaje publicado, en julio de 1989, en la revista “Tribuna de Actualidad”, en el que, bajo el expresivo título de “Acoso en el Campus de Alicante”, se denunciaba que “profesores universitarios ofrecían buenas notas a cambio de favores sexuales”, citándose expresamente, como objeto de investigación de estos hechos, a un determinado profesor de la Facultad de Filosofía al que se atribuían “acosos sexuales a las alumnas, a los fines de lograr un aprobado”. El citado profesor demanda al autor del reportaje y a la empresa editorial de la revista, “Tribuna de Ediciones de Medios Informativos, S.A.”, consiguiendo que la sentencia de primera instancia y la de apelación le den la razón, condenando solidariamente a los dos demandados al pago de una indemnización por intromisión ilegítima en su derecho al honor, solidaridad establecida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa de 28 de marzo de 1966. La entidad editora interpone recurso de casación oponiéndose a la condena solidaria y alegando que, en todo caso, no ha resultado demandado el tercero de los responsables solidarios, a saber, el director de la publicación. El TS, en el FJ 2º de la sentencia arriba citada, deniega la pretensión de la parte recurrente, afirmando, tras dejar clara su vigencia, que “el artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta establece la responsabilidad solidaria del autor, editor y director, careciendo de relevancia por ello que la demanda se dirija únicamente contra uno de ellos, o contra dos o tres de los mismos”. En realidad, el Tribunal Supremo no hace más que seguir una línea jurisprudencial firmemente asentada, en la que pueden destacarse, entre otras muchas, la SSTS de 23 julio 1990 (RJ 1990\6164), (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz); de 22 abril 1992 (RJ 1992\3317), (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete); y de 20 mayo 1993 (RJ 1993\3810), (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). La posible inconstitucionalidad del precepto de la Ley de Prensa que establece la responsabilidad solidaria del autor de la información, del director de la publicación y de la empresa editorial ha sido descartada por el Tribunal Constitucional, siendo clara esta doctrina a partir de su sentencia de 7 de marzo de 1988, en la que afirma textualmente que: “el precepto que se dice infringido (artículo 65.2 Ley de Prensa e Imprenta) en el que se establece la responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, tampoco puede estimarse derogado tácitamente ya que ni contradice el espíritu de la Constitución, ni coarta el derecho de libertad de información y comunicación, sino que contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, la relativa a la determinación de las consecuencias que se pueden derivar del mal uso del referido derecho fundamental, estableciendo a tales efectos una consecuencia jurídica lógica, la responsabilidad solidaria de quienes ocupan posiciones en dicho precepto y número indicados”.

La segunda consideración hace referencia a la aceptación jurisprudencial de la exoneración de responsabilidad de los medios de comunicación, en determinados casos, por las informaciones a través de ellos difundidas. Según el Tribunal Constitucional, los medios de comunicación no son responsables de los daños causados por una información cuando no hayan intervenido en su confección, sino que únicamente se hayan limitado a recoger lo que otros han dicho. Es lo que se conoce como la “técnica del reportaje neutral”. Esta técnica, a la que ya había hecho referencia la jurisprudencia constitucional<sup>14</sup>, ha sido definida expresamente por el alto tribunal en su reciente sentencia de 15 de julio de 1999, en concreto, en su FJ 4º, en los siguientes términos: “estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información

<sup>14</sup>Véanse las SSTC 41/1994 y 22/1995, en concreto, el FJ 4º de la primera y los FJs 3º y 4º de la segunda. La primera de estas sentencias, de 15 febrero de 1994, (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), tiene como objeto la posible vulneración del derecho al honor ocasionada por unas informaciones difundidas por el Diario “La voz de Asturias”. Este periódico, en efecto, publicó en febrero de 1987, unas manifestaciones del portavoz del colectivo denominado “Todos a los Lagos”, en las que aseguraba que determinados funcionarios del I.C.O.N.A. que prestaban servicios en el Parque Natural de Covadonga, no habían perseguido adecuadamente a los autores de la caza furtiva de un jabalí, participando incluso uno de ellos en el banquete que se organizó con el producto de esa cacería. Tales declaraciones, además, se efectuaron en el marco de una polémica pública de carácter nacional, sobre si la vuelta ciclista a España debía contar con un final de etapa en los Lagos de Covadonga, como propugnaban los integrantes del colectivo antes citado, a pesar de la oposición de los responsables del Parque Natural. La sentencia, en su FJ 4º, entra a analizar las posibles responsabilidades del medio de comunicación. Por su parte, la segunda de las sentencias, de 30 de enero de 1995, (Ponente: D. Julio Diego González Campos), viene motivada por la existencia de unos presuntos delitos de injurias y calumnias cometidos en las personas de doña Miriam de la Sierra Urquijo y don Miguel Escobedo Gómez-Martín. En el origen del procedimiento se encontraban dos reportajes publicados en sendos números de la revista “Interviú”, en el año 1983, en los que se ofrecía una versión del asesinato de los Marqueses de Urquijo, sosteniéndose que las citadas personas, familiares próximos de los asesinados, habían tenido algún grado de participación o conocimiento en el asunto. En los FJs 3º y 4º de la sentencia se analiza la posible responsabilidad del medio de comunicación por la difusión de esas informaciones.

haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”<sup>15</sup>.

### **B. Régimen de las informaciones difundidas a través de Internet y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad**

Descrito el régimen al que está sujeta la difusión de informaciones a través de los medios convencionales de comunicación, especialmente en lo que atañe a la responsabilidad, procede plantearse ahora si dicho régimen se puede trasladar sin más a la difusión de esas mismas informaciones pero en línea, esto es, a través de Internet.

Que Internet es un medio de comunicación no ofrece ninguna duda. Y tampoco que las informaciones puestas en circulación por este medio pueden generar daños. Por lo tanto, y en principio, la libertad de comunicación, que también cubre la comunicación en Internet, debe entenderse sujeta a los mismos límites ya fijados en el régimen tradicional.

Pero establecido el principio, de inmediato debe ser matizado. Algunos postulados de la doctrina tradicional, claramente elaborados teniendo en mente el modelo de los medios de comunicación

<sup>15</sup>STC 134/1999, de 15 julio, (Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde). Esta sentencia tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por “Publicaciones Heres, S.A.”, empresa editora de la revista “Pronto”, contra la sentencia judicial que le condenó al pago de una indemnización y a la publicación íntegra de dicha sentencia en la mencionada publicación, todo ello por la vulneración del derecho al honor y a la intimidad de los menores de edad José Zeus y Tahis Tous Abad, hijos adoptivos de José Tous Barberán y María Antonia Abad Fernández, más conocida por su nombre artístico de “Sara Montiel”. La vulneración de estos derechos habría sido cometida, en el marco de una investigación periodística que reveló la existencia de un eventual “tráfico de niños” en la ciudad de Alicante, por la publicación de dos reportajes en la revista arriba citada, especialmente, por la publicación en exclusiva, previa puja con otros medios de comunicación competidores y con el correspondiente pago de una cantidad de dinero, de una extensa entrevista a Gisela Martínez Plana, quien se confiesa prostituta e implicada en esa mencionada red de compra-venta de menores, afirmando expresamente ser la madre biológica del niño por el que el matrimonio Tous-Abad pagó una determinada suma de dinero. La sentencia, tras entrar a examinar la posible responsabilidad del medio de comunicación en sus FJs 3º y 4º, resuelve la desestimación del recurso de amparo interpuesto.

convencionales, deben ser reconsiderados cuando la comunicación se realiza a través de este nuevo medio informático.

La primera y principal razón que fuerza esta reconsideración es la propia realidad del medio. Las características de Internet diferencian profundamente este medio de comunicación de los convencionales, de manera que hacen imposible o, al menos, desaconsejable, que se le traslade automáticamente el régimen tradicional. Afirmación que, si es cierta con carácter general, particularmente lo es en lo que respecta a la responsabilidad.

Como ha quedado dicho, en relación con los medios de comunicación convencionales, se ha consolidado un sistema de responsabilidad en cadena o en cascada. La responsabilidad no se limita a la concreta persona autora de la información dañosa, sino que se extiende solidariamente a otros sujetos que, se entiende, han colaborado en la producción del daño, a saber, el director del medio de comunicación y el editor. Un número de sujetos relativamente pequeño y, en todo caso, fácilmente identificables. La situación cambia radicalmente cuando el proceso comunicativo tiene lugar en Internet. Este proceso, mediante el cual la información dañosa sale de su creador y se difunde por la red, es bastante más complejo, en tanto que puede requerir la colaboración de muchos más sujetos y en la medida en que esa difusión es potencialmente universal.

Centrándonos en el primero de los motivos de esa mayor complejidad, puede comprobarse fácilmente que la difusión de cualquier mensaje por la red puede necesitar la contribución de un gran número de sujetos que, normalmente, tendrán poco que ver con la información que se difunde. No habrán participado en su elaboración, no la habrán modificado y, probablemente, no podrán controlar su contenido. Contenido que, por lo general, desconocerán por completo. Son, pues, meros intermediarios en el proceso de comunicación informático<sup>16</sup>. Pues bien, la

<sup>16</sup>En relación con estos sujetos, S. Muñoz Machado sostiene que: “sería posible distinguir entre el editor de contenidos (crea contenidos que pone a disposición del público), el alojamiento de sitio (controla los recursos informáticos conectados a Internet), el proveedor de servicios (es el intermediario entre el editor de contenidos y el abonado), operador de ramos de

aplicación, sin más, del régimen tradicional de responsabilidad en cascada amenaza con convertir también a estos sujetos en solidariamente responsables junto al autor material de la información lesiva. Amenaza que, además de no conciliarse con una elemental idea de justicia, corre el peligro de obstaculizar el necesario desarrollo de este nuevo medio de comunicación<sup>17</sup>. Lo expuesto justifica que la tendencia actual, en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos, sea la de diferenciar, a efectos de responsabilidad, los supuestos de suministro de información mediante Internet de aquellos otros en los que la comunicación tiene lugar a través de los medios convencionales. Diferenciación que se traduce no en el establecimiento de un régimen especial de responsabilidad, pero sí en la introducción de relevantes especialidades al régimen general cuando el proceso comunicativo se lleva a cabo en el marco de Internet.

Estas especialidades, en breve, pueden sintetizarse en las notas siguientes, todas ellas en íntima conexión. La primera es la no aplicación del sistema de responsabilidad en cascada. Debe evitarse el automatismo propio de la responsabilidad en cadena. Y con ello, simultáneamente, se conseguirá evitar la excesiva extensión de la responsabilidad a la que conduce la aplicación de dicho sistema en Internet. Su aplicación, en efecto, conlleva que todos los sujetos que de alguna forma intervienen en el proceso comunicativo informático, sujetos que, como ha quedado dicho, pueden ser muy

servicios (reúne en una oferta comercial única diversos contenidos o servicios), proveedor de acceso (comercializa la prestación técnica de interconexión de equipos privados) y el transportador (que es el operador técnico que asegura la interconexión entre redes)"; en MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, ob. cit., pp. 168-169.

<sup>17</sup>Haciendo referencia a esa mayor complejidad subjetiva de Internet y en palabras del autor arriba citado: "Esta fragmentación y multiplicación de los servicios hace prácticamente imposible el automatismo de la responsabilidad en cascada. En algunos casos, desde luego, el tipo de información facilitada en línea no cambia mucho respecto de su presentación clásica (por ejemplo, los periódicos *on line*, en los que es fácil encontrar la responsabilidad editorial y la figura del director); pero la aplicación de la fórmula sería muy injusta en otros casos: ¿se puede declarar responsable a America Online, a Terra, a Ya.com o a cualquier otro portal por las comunicaciones que se hacen desde foros de discusión, páginas personales de abonado u otros servicios que no controlan pero que contribuyen a distribuir? ¿Qué decir respecto de los mensajes racistas o los atentatorios contra los menores?"; en MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, ob. cit., p. 169.

numerosos, deban ser reputados automáticamente, sin más, responsables de los daños ocasionados por la información transmitida, incluso en aquellos casos en que sean totalmente ajenos a su contenido. En otras palabras, la responsabilidad se imputa con independencia de cual haya sido la participación real del sujeto en la producción de la lesión.

Excluido el automatismo del sistema de responsabilidad en cadena, es preciso identificar otro criterio que permita determinar, de entre todos los sujetos presentes en el proceso comunicativo, aquellos concretos que puedan ser considerados responsables. Esto es, aquellos sujetos a los que pueda imputarse la responsabilidad por los daños originados por la información transmitida en Internet. Este criterio, y en ello se traduce la segunda de las notas arriba apuntadas, no puede ser otro que el de analizar cual ha sido la participación real de cada sujeto en la producción del resultado lesivo. Para este análisis deben utilizarse los principios comunes en materia de responsabilidad. Solamente aquellos a los que pueda imputarse el resultado lesivo, de conformidad con las reglas generales, deben ser considerados responsables del mismo. La tercera de las notas es la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios, esto es, aquellos sujetos que se limitan a realizar una labor de mera intermediación en el proceso comunicativo informático. Siempre que cumplan unas condiciones mínimas, cuya formulación puede variar según la concreta normativa, pero que, en esencia, exigen siempre que dicho sujeto haya limitado su intervención a la labor de intermediación en la transmisión del mensaje, no deben ser considerados responsables del contenido de la información difundida. Lo que no viene a ser más que una consecuencia de la nota anterior. Solamente el automatismo de la responsabilidad en cascada puede explicar la extensión de la responsabilidad a unos sujetos que, generalmente, son completamente ajenos al contenido de unas informaciones cuya circulación han facilitado.

De la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios pasamos a ocuparnos a continuación. Tras analizar brevemente la

evolución experimentada, en este punto, por diversos sistemas jurídicos, nos detendremos en el examen del régimen jurídico establecido por la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y la Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

#### **4.1.2. Evolución de los sistemas jurídicos hacia la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios**

Del análisis de la mayoría de sistemas jurídicos de nuestro entorno socio-cultural se deduce la tendencia común de exonerar de responsabilidad, por los daños ocasionados por el contenido de informaciones difundidas a través de Internet, a aquellos sujetos que, interviniendo en el proceso comunicativo que ha tenido como objeto la transmisión de esas informaciones, han limitado su actuación, sin embargo, a una labor de mera intermediación. El estudio de algunos de estos sistemas lo demuestra.

##### **A. El caso de los Estados Unidos**

La protección de la libertad de expresión e información no supone ninguna novedad en un país, Estados Unidos, de su ya la consagró en la Primera Enmienda de su anciana Constitución. No obstante, los esfuerzos tendentes a la delimitación de esta libertad son mucho más modernos. Tanto es así que constituye un lugar común afirmar que la doctrina americana sobre los límites de la libertad de información tiene como fecha de arranque 1964, año en el que se dictó la conocida sentencia *New York Times v. Sullivan*<sup>18</sup>. Doctrina

<sup>18</sup>Sentencia *New York Times v. Sullivan* [376 us 254 (1964)]. Se trata de una resolución dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que revoca la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Alabama que, a su vez, confirmó la dictada por un tribunal del condado de Montgomery. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes. El Sr. Sullivan, uno de los tres comisarios electos de la ciudad de Montgomery, Alabama, entre cuyas funciones se encontraba la supervisión del departamento de policía, demanda, entre otros, al *New York Times* y a su editor por una presunta difamación cometida en las páginas de ese periódico. En el marco de las luchas sociales para conseguir la no discriminación de los negros en el sur de los Estados Unidos, el citado periódico publicó a toda página, en marzo de 1960, en la que se afirmaba que miles de estudiantes negros del sur, unidos en una amplia y pacífica manifestación, estaban sufriendo una ola de terror sin

que, como puede suponerse, fue creada teniendo presente el único modelo por entonces existente, esto es, la difusión de informaciones a través de los medios de comunicación convencionales.

Como ha quedado apuntado, la peculiar naturaleza del nuevo medio de comunicación representado por Internet ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas a tener que reconsiderar algunos de los postulados de la mencionada doctrina tradicional.

Los primeros casos que se plantearon judicialmente en EE.UU, en el ámbito que ahora nos interesa, tenían como objeto la existencia de una presunta difamación producida en Internet. Uno de los principales problemas jurídicos que se suscitaron en estos casos consistía en determinar si los proveedores de servicios de Internet (ISPs), meros intermediarios en el proceso comunicativo, podían ser considerados editores o distribuidores del material difamatorio y, en ese caso, responsables junto al autor de la difamación. Ello no sería más que la obligada consecuencia derivada de la traslación automática a Internet del sistema de responsabilidad en cascada propio de los medios convencionales de comunicación. De este período inicial merece ser destacado un caso judicial: el asunto *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.* (1991)<sup>19</sup>. En esta misma línea, pero más reciente,

precedentes. Con el objeto de ilustrar esta ola de terror, se denunciaba, entre otras cosas, que la policía había expulsado de la universidad a los líderes estudiantiles usando armas de fuego, gases lacrimógenos y acordonando el campus universitario de Alabama con tanquetas. Además, se les impidió el acceso al comedor del citado campus, negándoseles, de este modo, su derecho a la alimentación. Por último, se remarca que estas acciones, en las que se insinúa la implicación de la policía, llegaron al extremo de traducirse en intimidaciones y violencias contra Martin Luther King, referente del movimiento de protesta, cuya casa fue bombardeada, estando a punto de morir en el acto su esposa e hijos. A lo que deben sumarse las numerosas encarcelaciones de que fue objeto bajo peregrinas acusaciones como conducir con exceso de velocidad o realizar actos de vagabundeo. Leídas estas noticias, el Sr. Sullivan, que las niega, especialmente la implicación policial en los atentados contra Martin Luther King, las interpreta como una difamación ya que, aunque su nombre no aparece mencionado expresamente, se siente aludido en su condición de responsable del cuerpo policial. Llegado el caso a la justicia, los tribunales le conceden la razón y condenan a los demandados al pago de una indemnización. La corte suprema americana, sin embargo, revoca la sentencia inferior alegando, entre otras argumentaciones, que la Constitución garantiza a la prensa la libertad incondicional de poder criticar las conductas que los empleados públicos realicen en cumplimiento de sus funciones.

<sup>19</sup>Caso *Cubby Inc., Skuttlebut y Robert. G. Blanchart. v. Compuserve Inc., Rumorville y Don Fitzpatrick*. En este complejo caso, los actores eran los siguientes. En la parte demandada nos encontramos, de entrada, a Compuserve,

puede citarse el asunto *Zeran v. AmericaOnline Inc.* (1997)<sup>20</sup>.

## B. El caso de Francia

Igualmente temprana es la protección de la libertad de expresión e información en Francia, garantizada ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en sus arts. 10 y 11.

Paralelo a lo ocurrido en EEUU, también en Francia el desarrollo de Internet ha originado la necesidad de reconsiderar el régimen de responsabilidad aplicable a la transmisión de

servidor de Internet que, a través de su filial CIS, proporciona servicios de información, foros de opinión y, entre ellos, en concreto, el denominado "Journalism Forum". En segundo término, está Cameron Communication Inc. (CCI), empresa totalmente independiente de CompuServe, contratada para dirigir, revisar, crear, borrar y, en definitiva, controlar los contenidos de "Journalism Forum". Asimismo, en la parte demandada encontramos a Rumorville USA, publicación disponible en el "Journalism Forum" y que es editada por Don Fitzpatrick y Asociados (DFA) de San Francisco, empresa dirigida por el Sr. Fitzpatrick. Esta empresa, que no está ligada por relación laboral ni contractual alguna con CompuServe, llevaba a cabo la citada publicación en aquel forum gracias a un contrato celebrado con CCI. Contrato que supone la total aceptación por DFA de la responsabilidad por los contenidos de Rumorville y por el que CCI se obliga a limitar el acceso a Rumorville a los suscriptores de CIS que hayan tramitado su acceso directamente con DFA. En cualquier caso, queda claro que CompuServe no ha tenido la oportunidad de revisar los contenidos de Rumorville antes de que DFA los haya introducido en las bases de datos de CompuServe y, consiguientemente, sean de acceso inmediato para los clientes usuarios de CIS. En la parte demandante, por su parte, se sitúan Cubby Inc., Skuttlebut y el Sr. Robert Blanchart. Cubby y el Sr. Blanchart han desarrollado Skuttlebut, una base de datos diseñada para publicar y distribuir electrónicamente noticias y chismes de televisión y radio, con la intención de competir con Rumorville. Los hechos, objeto de la sentencia, son los siguientes. Cubby y el Sr. Blanchart ponen de manifiesto que, de modo reiterado, a lo largo del año 1990, Rumorville publicó noticias falsas y difamatorias en relación con Skuttlebut y que CompuServe incluyó en su "Journalism Forum", noticias en las que, por ejemplo, se describe Skuttlebut como la puesta en marcha de un nuevo negocio de estafas y timos. A la vista de los hechos, Cubby y el Sr. Blanchart interponen demanda, entre otros, contra CompuServe, por difamación contra el Sr. Blanchart y por competencia desleal y descrédito en los negocios a Skuttlebut. CompuServe se defiende alegando que no pone en duda el carácter difamatorio de las noticias indicadas, pero señala que se limitó a actuar como distribuidor y no como editor y, por tanto, no se le puede imputar responsabilidad por unas declaraciones cuyo contenido no conoce y que no tiene razón alguna para conocer. El tribunal falla, finalmente, a favor de CompuServe.

<sup>20</sup>Caso *Razing Zeran v. America On Line*. El Sr. Zeran demanda a America On Line (AOL) por el irrazonable retraso a la hora de retirar mensajes atentatorios a su intimidad, puestos en circulación por una persona desconocida. Los hechos controvertidos se sucedieron del modo siguiente. Una persona, cuya identidad se desconoce, colgó un mensaje en un boletín de anuncios de AOL. En dicho mensaje se decía que los interesados en comprar unas determinadas camisetas

informaciones a través de este nuevo medio. Y, muy especialmente, la necesidad de replantearse el tratamiento jurídico que debe otorgarse, a efectos de responsabilidad, a los prestadores de servicios intermediarios.

Los numerosos problemas jurídicos que ha planteado el desarrollo de Internet y de las redes digitales motivó que el Primer Ministro francés solicitase un estudio al Consejo de Estado de ese país<sup>21</sup>. La parte cuarta de dicho estudio se dedica a "Luchar contra los contenidos y los comportamientos ilícitos" que pueden tener lugar en Internet. Y dentro de ella, se ocupa expresamente de "Aclarar las responsabilidades de los autores" que operan en ese medio. La primera conclusión del Consejo de Estado francés, en materia de responsabilidad, es que Internet no es una zona de no derecho: "por mucho que los internautas proclamen que el Net es un espacio de libertad, el derecho lo alcanza cuando hace falta que alguien responda de las informaciones perjudiciales que hayan circulado por la red". De este modo, resulta que "la responsabilidad de los actores de Internet es una

debían llamar a un número de teléfono, indicándose como tal el que correspondía al domicilio particular del Sr. Zeran. Como consecuencia de la publicación de este mensaje, el citado Sr. Zeran comenzó a recibir en su casa numerosas llamadas telefónicas, ya sea solicitando el producto publicitado, ya fuesen de reclamaciones varias. El Sr. Zeran puso en conocimiento de AOL la situación, recibiendo como respuesta que el anuncio sería eliminado, aunque no era de su competencia imponer restricciones a los anuncios. Al día siguiente, otra persona desconocida puso un nuevo anuncio, similar al anterior, dando nuevamente el teléfono particular del Sr. Zeran. Este estado de cosas se prolongó por varios días, incrementándose paulatinamente el volumen de llamadas recibidas, hasta el punto de alcanzar una frecuencia de una llamada cada dos minutos. El Sr. Zeran comunica los hechos al FBI y demanda a AOL, argumentando que estaba al corriente de los mensajes atentatorios contra su intimidad y que, consiguientemente, desde el momento en que entró en dicho conocimiento, es responsable de los daños causados en su condición de distribuidor. El tribunal, tras afirmar que la distinción entre responsabilidad del editor y responsabilidad del editor es ambigua, exime de responsabilidad a AOL por las informaciones que tienen su origen en terceras personas.

<sup>21</sup>Es el rapport "Internet y las redes digitales", de 8 de septiembre de 1998. Este estudio fue solicitado por el Primer Ministro Lionel Jospin el 22 de Septiembre de 1997, especificándose en la solicitud que lo que se demanda es la "realización de un estudio sobre las cuestiones de orden jurídico planteadas por el desarrollo de Internet", en la medida en que "hoy en día, el crecimiento de Internet suscita nuevos interrogantes que se derivan, en especial, de la dimensión mundial de esta red, de su gestión descentralizada y de la multiplicidad de sus actores", entendiéndose, por tanto, que "es actualmente menester determinar orientaciones sobre las adaptaciones necesarias de nuestro derecho", adaptaciones que "deberán, siguiendo y asegurando la promoción de la libertad de comunicación, permitir luchar eficazmente contra los desvíos a los cuales Internet puede dar lugar".

de las cuestiones clave de la regulación de este nuevo espacio”.

La regulación de la responsabilidad en Internet - siempre según el estudio del Consejo de Estado- debe dar respuesta al problema principal que no es otro que el de “repartir y especificar las responsabilidades respectivas de los actores de la comunicación electrónica”. Hay que aclarar, pues, quién es responsable de que cosa y en que condiciones.

La respuesta al problema planteado, tras tener en cuenta determinadas consideraciones<sup>22</sup>, debe partir de “la inadecuación de la responsabilidad en cascada en el mundo de las redes”<sup>23</sup>. Esta inadecuación se debe a tres motivos fundamentales. “En primer lugar, es difícil fijar, a priori, una cadena de responsabilidades de actores, con unas funciones estables y determinadas, ya que éstos pueden, en las redes, ejercer prácticamente todas las funciones”. De manera que, en Internet, es necesario un análisis funcional: “hay que razonar entonces por función y determinar en cada caso, el esquema de responsabilidad”. No obstante, “el propio análisis funcional puede ya no ser válido en función de la evolución de las técnicas”. El segundo motivo es “la multiplicidad de los servicios ofrecidos por Internet” que claramente “no corresponde a la lógica simple y unívoca de la responsabilidad editorial en cascada”. El último motivo viene constituido por “el funcionamiento específico y original de Internet, fundado en las relaciones hipertexto que crean una arborescencia de la información a nivel mundial”, funcionamiento que “no es el de un control de contenido, sino de una facilidad ampliada de consulta y de acceso”.

<sup>22</sup>En síntesis, estas consideraciones formuladas por el Consejo de Estado son las siguientes. Primera: se trata de una respuesta a un problema que se plantea a nivel mundial. Segunda: la respuesta que se ofrezca tendrá importantes consecuencias económicas para los actores implicados y para el desarrollo del mercado. Tercera: las respuestas deben ser eficaces, legítimas y adaptables a un entorno en continua evolución. Y cuarta: más allá de la responsabilidad, lo que está en tela de juicio es la ética de este nuevo espacio, en el sentido de que debe hacerse de Internet un nuevo espacio de “cortesía mundial” y no de delincuencia.

<sup>23</sup>Según el Consejo de Estado: “La transposición del régimen de responsabilidad editorial “en cascada” en el mundo de Internet y de las redes ha generado muchas controversias, tanto entre los actores privados como en el seno de la doctrina. Está claro que este régimen, concebido para proteger la libertad de expresión del periodista y para facilitar el establecimiento de la prueba no responde a la lógica y a las prácticas de este nuevo mundo”.

Todos estos motivos, a juicio del Consejo de Estado, “muestran claramente que el espacio de red no es un simple espacio nuevo de difusión de información, sino un espacio de comunicación, interactivo, multiforme, comercial o no, que se aleja de la edición clásica de contenidos y hace difícil la fijación de un régimen único de responsabilidades, basado en el principio de cascada”.

Como ya hemos apuntado, los tribunales franceses se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad en el mundo de Internet. En concreto, también han abordado la necesidad de replantearse el tratamiento jurídico que debe ofrecerse, a efectos de responsabilidad, a los prestadores de servicios intermediarios.

La peculiaridad del caso francés consiste en que, en la mayoría de los asuntos que se han planteado judicialmente, el debate se suscita porque se acusa a estos sujetos intermediarios de haber podido evitar el mensaje difamatorio y, con él, la producción del daño, pero que, en cambio, no lo han hecho. Pueden citarse, en este sentido, el caso UEF v. Costes (1997)<sup>24</sup>, el relativo a la

<sup>24</sup>Caso UEFJ v. Costes, Altern-B y AUI, resolución del Tribunal de Gran Instancia de París de 10 julio 1997. El demandante es la UEJF (Unión de estudiantes judíos de Francia). Los demandados son el Sr. Jean-Louis Costes (autor, compositor e intérprete de canciones que pertenecen al género “rock alternativo”), el Sr. Valentin Lacambre (en representación de Altern-B, un proveedor de alojamientos de Internet) y la AUI (Asociación de usuarios de Internet), que pide y obtiene la intervención voluntaria en el proceso, al lado del demandado Valentin Lacambre, a los efectos de unir sus medios de defensa a los suyos. Los hechos, en breve, son los siguientes. Corre el mes de abril de 1997 cuando la UEJF demanda a Costes y Lacambre. Contra Costes arguye que ha puesto a disposición del público, en la red Internet, unas canciones con textos ultrajantemente racistas. A Lacambre, por su parte, suministrador del alojamiento de Costes, reprocha el haber permitido la difusión pública de los escritos incriminados. UEJF solicita la condena solidaria de los dos demandados al pago de una cantidad de dinero y, además, pide a Lacambre que sea condenado a hacer inaccesibles los escritos de su sitio web. Lacambre contesta la demanda alegando que la actividad del prestador de alojamiento es puramente técnica y que se limita exclusivamente al almacenamiento de informaciones, declinando asumir toda responsabilidad sobre dichas informaciones. Alega, en este sentido, que no le corresponde entrar a controlar el contenido de las canciones litigiosas, ni operar una labor de selección suprimiendo partes de sus contenidos contra la voluntad del autor. UEJF replica que el suministrador de alojamiento ha incurrido en una falta, en tanto que hay una total ausencia de vigilancia del prestador de servicios sobre sus clientes y de intervención para hacer inaccesibles las informaciones incriminadas. Se defiende Lacambre afirmando que no existe ninguna obligación de control e intervención sobre los contenidos de las informaciones albergadas, siendo estas informaciones de exclusiva responsabilidad de su autor. El tribunal, tras analizar el texto de las canciones incriminadas, desestima la demanda,

asociación “Confédération du Renouveau Français” (1998)<sup>25</sup> o los recientes casos UEJF v. Yahoo (2000)<sup>26</sup>, y UEJF v. SA Multinamania (2000)<sup>27</sup>, entre otros muchos<sup>28</sup>.

Del análisis de esta jurisprudencia destaca un doble dato. El primero es que ninguna resolución ha

---

argumentando que las expresiones utilizadas en las canciones no son subsumibles en los supuestos de hecho contemplados en la legislación francesa que castiga los delitos de provocación e injurias contra personas o grupos de personas por razón de su pertenencia a una raza determinada.

<sup>25</sup>Resolución de la Corte de Casación de 8 diciembre 1998. El demandado es M.R., en su condición de presidente de la asociación “Confédération du Renouveau Français”. Los hechos son los siguientes. La citada asociación tuvo la iniciativa de abrir un servicio telemático denominado “3165 Renouveau”, con el objetivo de permitir a “diversos movimientos de la derecha católica” francesa de intercambiar “sus opiniones religiosas y políticas”. A estos efectos, el mencionado presidente de la asociación firmó un acuerdo con un centro servidor para la puesta en funcionamiento de un sistema que comportase el acceso, a través de telécel (minitel), a un forum, en el que cualquier persona podía inserir sus opiniones en tiempo real. En abril de 1994, se insertaron en dicho forum una serie de mensajes anónimos, visibles por todos los usuarios de minitel, que se considera constituyen delitos de provocación a atentados contra la vida y la integridad de las personas, provocación a la discriminación y apología de crímenes contra la humanidad. Siendo desconocidos los autores de estos mensajes, se imputan los cargos al prestador de servicios intermediario. La Corte de apelación, sin embargo, le libera de dichos cargos, en tanto que considera que ese sujeto no tiene la posibilidad de controlar los mensajes, ni antes ni después de su comunicación pública y, por consiguiente, no tiene la posibilidad de eliminar parte de sus contenidos de la red. La Corte de casación, con distinto criterio, anula la sentencia de este tribunal, entendiendo que la asociación citada ha creado un forum para el intercambio de opiniones sobre temas previamente definidos por ella, siéndole imputable responsabilidad en calidad de productor del servicio.

<sup>26</sup>La resolución de 22 mayo 2000, del Tribunal de Gran Instancia de París, a instancia de la UEJF (Unión de estudiantes judíos de Francia), obliga a Yahoo Inc. a la toma de las medidas necesarias tendentes a disuadir y a hacer imposible en Yahoo.com toda consulta de servicios de venta o subasta de objetos nazis y de cualquier otro servicio que constituya una apología del nazismo o una contestación de los crímenes nazis.

<sup>27</sup>La resolución de 24 mayo 2000, del Tribunal de Gran Instancia de Nanterre, entra a resolver la demanda interpuesta por la UEJF (Unión de estudiantes judíos de Francia), contra Multinamania, prestador de alojamiento en Internet. Utilizando sus servicios, un menor creó la dirección “www.multinamania.com/nsdap”, web en la que se hacen aparecer numerosas referencias a la ideología nazi, bajo las formas de cruz gamadas, extractos de Mein Kampf y canciones neonazis. El tribunal rechaza la demanda con el argumento de que no se exige al prestador del alojamiento que ejerza una vigilancia minuciosa y profunda de las páginas que alberga, sin bien debe adoptar las medidas razonables que un buen profesional tomaría a los efectos de evitar sitios cuya ilicitud sea evidente. Concluye el mencionado tribunal constatando que Multinamania ha satisfecho sus obligaciones y, en consecuencia, no puede exigírsele responsabilidad.

<sup>28</sup>Destacamos, entre los muchos existentes, el caso UEJF v. Calvacom y otros (Tribunal de Gran Instancia de París, 12 junio 1996); el caso Ministerio Público y Mademoiselle S. v. Monsieur F. (Tribunal de Gran Instancia de Privas, septiembre 1997); y el caso Monsieur le Procureur de la République v. Monsieur Philippe H. (Tribunal de Gran Instancia de Le Mans, 16 febrero 1998).

puesto en práctica el régimen de la responsabilidad en cascada. El segundo, que debe evitarse todo tipo de automatismo, de modo que la atribución de responsabilidad debe realizarse a posteriori, caso por caso, en función del conocimiento y el grado de control efectivo sobre el contenido.

Las ideas expuestas, manifestadas tanto por el Consejo de Estado francés como por la jurisprudencia de ese mismo país, aparecen recogidas en un documento preparatorio de un proyecto de ley francés sobre la sociedad de la información, a través del cual se pretende dar transposición a la Directiva europea sobre comercio electrónico. Ya en la introducción de este documento, que lleva por título “Assurer la liberté des communications en ligne, en clarifiant les droits et les responsabilités de chacun”, se afirma que el proyecto de ley se articulará sobre unos determinados ejes, entre los que se encuentra la clarificación de las responsabilidades<sup>29</sup>. En el punto 1.2 del documento se contienen las reflexiones sobre la responsabilidad en el ámbito de Internet. En breve, destacan las dos siguientes. Por lo pronto, se afirma que debe lograrse un difícil equilibrio entre la libertad de expresión y el respeto de los derechos fundamentales de la persona<sup>30</sup>. En segundo lugar, y como ya nos consta, se sostiene la necesidad de diferenciar, a efectos de responsabilidad, la figura del editor del servicio de la del prestador técnico del mismo, sujeto este último al que, de limitarse a ser un mero intermediario en el proceso informativo, no debe aplicársele el sistema de responsabilidad en cascada<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup>En palabras del documento: “Le projet de loi sur la société de l’information s’articulera autour de trois axes: la clarification des droits et des responsabilités de chacun, afin d’assurer la liberté des communications en ligne, la démocratisation de l’accès à la société de l’information et la sécurité et la loyauté des transactions électroniques”.

<sup>30</sup>Comienza el apartado 1.2 del documento del siguiente modo: “Un équilibre doit être trouvé entre liberté d’expression et respect des droits fondamentaux de la personne. (...) Le régime de responsabilité qui sera mis en place, tenant compte des expériences internationales et des risques de délocalisation de la création, devra assurer, conjointement avec le principe de liberté de communication, la confiance des acteurs de la société de l’information”.

<sup>31</sup>En palabras del documento: “Il est indispensable (...) d’effectuer la distinction entre l’éditeur du service, qui doit être responsable de l’information mise à la disposition du public, et le prestataire technique qui n’est pas en mesure de contrôler systématiquement l’information qu’il n’aura pas élaborée. Les simples intermédiaires techniques ne devront pas pas voir leur responsabilité engagée en cascade, selon le principe applicable pour la presse où peuvent être responsables successivement les directeurs de publication ou éditeurs, les auteurs, les imprimeurs, les vendeurs, distributeurs et afficheurs”.

### C. El caso de la OCDE

En el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se ha producido también una importante declaración sobre la cuestión que estamos abordando, con ocasión de la conferencia europea celebrada en Roma en julio de 1997. En la declaración ministerial redactada con motivo de esta conferencia se afirma, en efecto, lo siguiente: “Los ministros subrayan que las normas referentes a la responsabilidad por el contenido deberían estar fundadas en un conjunto de principios comunes capaces de asegurar el respeto de las reglas del juego. En consecuencia, los intermediarios como los operadores de red y los proveedores de acceso no deberían, generalmente, ser responsables del contenido. Este principio debería aplicarse de tal forma que tanto los intermediarios como los operadores de red y los proveedores de acceso no fuesen sometidos a normas que no son razonables, que son desproporcionadas o discriminatorias. No se debería, bajo ningún concepto, esperar por parte de los servicios que alojan un contenido perteneciente a terceros ningún control previo sobre el contenido, si nada les lleva a pensar que es ilegal. Debería tenerse claramente en cuenta, en lo referente a este tipo de intermediarios, si poseen o no, dentro de lo razonable, los medios para enterarse y la posibilidad de controlar el contenido. Los ministros estiman que conviene que los dispositivos relativos a la responsabilidad den lugar al principio de la libertad de expresión, respeten el interés público y privado y no impongan obligaciones desproporcionadas a los actores”. En palabras del Consejo de Estado francés, el enfoque del tema que ofrece esta declaración es claro: “favorable a los transportadores, se aleja de cualquier esquema automático de responsabilidad y prefiere que se trate a posteriori, caso a caso, en función del conocimiento y de los medios de control sobre el contenido”, añadiendo que “suscribe además una estricta lógica económica”<sup>32</sup>.

<sup>32</sup>Nos referimos al ya mencionado estudio “Internet y las redes digitales” de 1998 del Consejo de Estado francés.

### 4.1.3. Exención de responsabilidad del prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información establecida en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y en la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

#### A. Normativa aplicable

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE L-178, de 17 de julio de 2000), tiene como confesado objetivo “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros” (art. 1.1).

En la medida en que resulte necesario para alcanzar este objetivo “se aproximarán entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información” relativas, entre otras cuestiones y respecto a lo que ahora nos interesa, a “la responsabilidad de los intermediarios” (art. 1.2). En desarrollo de lo dicho, la Directiva dedica la Sección 4, del Capítulo II, a la “Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios”, en concreto, sus arts. 12 a 15.

Dado lo mutable de la realidad que pretende ser regulada por esta Directiva, el apartado primero de su art. 21 prevé expresamente que periódicamente será revisada para adaptarla, en su caso, a la evolución jurídica, técnica y económica que se haya producido en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información<sup>33</sup>. En el apartado segundo de ese mismo artículo se precisa que, a la hora de examinar la necesidad de llevar a cabo las mencionadas adaptaciones, debe analizarse

<sup>33</sup>Bajo la rúbrica de “Reexamen”, el mencionado art. 21, apartado primero, dispone que: “Antes del 17 de julio de 2003 y, a continuación, cada dos años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre su aplicación, que irá acompañado, en su caso, de propuestas para adaptarla a la evolución jurídica, técnica y económica en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, en particular por lo que respecta a la prevención del delito, protección de menores, de los consumidores y al buen funcionamiento del mercado interior”.

especialmente el tema relativo a la responsabilidad<sup>34</sup>.

Con la intención de llevar a cabo la transposición de esta Directiva a nuestro Derecho<sup>35</sup>, las Cortes Generales han aprobado recientemente la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002). En la propia Exposición de Motivos puede leerse los motivos de su redacción: “La presente Ley tiene como objeto la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio del año 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta ley”.

Prosigue la Exposición de Motivos de la ley estatal justificando la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado para disipar las incertidumbres jurídicas que pueda generar la implantación de Internet y las nuevas tecnologías: “Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina «sociedad de la información» viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la

<sup>34</sup>Art. 21.2 de la Directiva: “Al examinar la necesidad de adaptar la presente Directiva, el informe analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización, a los procedimientos de “detección y retirada” y a la imputación de responsabilidad tras la retirada del contenido. El informe analizará asimismo la necesidad de establecer condiciones suplementarias para la exención de responsabilidad, dispuesta en los artículos 12 y 13, en función del desarrollo tecnológico, así como la posibilidad de aplicar los principios del mercado interior a las comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas”.

<sup>35</sup>En el apartado primero del art. 22 de la Directiva, bajo la rúbrica “Trasposición”, puede leerse: “Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 17 de enero de 2002. Las comunicarán inmediatamente a la Comisión”.

vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero, la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”.

El marco jurídico de las actividades realizadas por medios electrónicos, sin embargo, no se pretende que venga constituido exclusivamente por esta ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Como explicita su Exposición de Motivos, resultarán de aplicación a dichas actividades las normas, tanto generales como especiales, que las regulen, de manera que la futura ley se ocupará “tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación”.

De manera coherente con lo que dispone la Directiva, la Ley, en su art. 1.1, se fija como objetivo “la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica”. Entre otras cuestiones, y respecto a lo que nos interesa, se marca como fin regular dicho régimen jurídico “en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones” y “el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios, incluidos los intermediarios, la Ley dedica la Sección segunda, Capítulo segundo, del Título segundo, en concreto, sus arts. 13 a 17<sup>36</sup>.

## B. Definiciones legales

Antes de adentrarnos en el examen del régimen de responsabilidad que la Directiva establece, es

<sup>36</sup>A diferencia de texto definitivo, el Anteproyecto de Ley se marcaba expresa y concretamente como fin, entre otras cuestiones, regular el régimen “de la responsabilidad de los prestadores de servicios, incluidos los intermediarios”.

preciso hacer unas previas aclaraciones conceptuales. En concreto, es preciso determinar lo que deba entenderse por “prestador de servicios”, “destinatario del servicio”, “consumidor” y “servicios de la sociedad de la información”. Estas definiciones vienen suministradas por la propia Directiva, en su art. 2, y por la Ley, en un Anexo al que se remite la Disposición Adicional Primera. El ámbito de aplicación de estas definiciones se circunscribe a la materia que es objeto de regulación por esos textos normativos<sup>37</sup>.

El “prestador de servicios” es definido por la Directiva como “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”. Definición que es recogida en términos prácticamente idénticos por la Ley española<sup>38</sup>.

Prácticamente idénticas son también las definiciones del “destinatario del servicio”. La Ley lo define así: “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”. La Directiva, coincidiendo plenamente, quizás se detiene un poco más en los motivos de la utilización de estos servicios: “cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible”<sup>39</sup>.

La noción de “consumidor” es definida por la Directiva del modo siguiente: “cualquier persona

física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”. La Ley define esta noción mediante la remisión a la legislación sobre consumidores y usuarios: “persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”<sup>40</sup>.

Por último, el concepto de “servicios de la sociedad de la información” es definido por la Directiva en examen mediante el reenvío a lo establecido en otra Directiva. Por tales debe entenderse los “servicios en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE”. Más claro resulta, en este punto, el texto de la Ley, que define esa noción como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, añadiendo que: “El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. Termina la definición legal del concepto mediante una delimitación positiva y negativa del mismo. Desde un punto de vista positivo, la norma contiene un listado de servicios que “son servicios de la sociedad de la información, entre otros, y siempre que representen una actividad económica”. Asimismo, y desde una perspectiva ahora negativa, afirma que “no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular”, los que se contienen en el listado que se adjunta<sup>41</sup>.

<sup>37</sup>Así, el art. 2 de la Directiva, con el esclarecedor encabezamiento “Definiciones”, establece que “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:”, prosiguiendo la enumeración de definiciones. Por su parte, la Disposición Adicional Primera de la Ley, bajo la rúbrica “Significado de los términos empleados por esta Ley”, dispone que: “A los efectos de la presente Ley, los términos definidos en el anexo tendrán el significado que allí se les asigna”. Y el mencionado Anexo, con el encabezamiento “Definiciones”, comienza del siguiente modo: “A los efectos de esta Ley, se se entenderá por:”.

<sup>38</sup>El Anteproyecto de Ley, en cambio, precisaba más el concepto por la vía de concretar los servicios prestados por el sujeto, de modo que lo definía del siguiente modo: “es la persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información, como la contratación de bienes o servicios en línea, la organización de mercados virtuales, la realización de comunicaciones comerciales, el suministro de información en línea, el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, el alojamiento de información, aplicaciones o servicios, la distribución de contenidos de baja demanda o la transmisión de información a través de una red de comunicación”.

<sup>39</sup>El Anteproyecto de Ley ofrecía, en cambio, una definición más escueta: “es la persona física o jurídica que utiliza, por cualquier motivo, un servicio de la sociedad de la información”.

<sup>40</sup>Por su parte, el Anteproyecto de Ley ampliaba esta noción, hablando de “consumidor o usuario”, y la define en los siguientes términos: “es la persona física o jurídica que actúa con una finalidad distinta a la de su actividad económica, profesional o de negocio, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

<sup>41</sup>El Anteproyecto de Ley optaba por otra definición: “todo servicio prestado generalmente a cambio de una remuneración, sin presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, por vía electrónica y a petición individual de su destinatario. Se excluirán de este concepto los servicios que, en cada momento, se determinen en las correspondientes normas reglamentarias por las que se incorpore a nuestro Ordenamiento jurídico la normativa comunitaria”.

### **C. Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios**

#### **C.1. Principio general de responsabilidad de los prestadores de servicios**

El art. 13, apartado primero, de la Ley establece lo que la Directiva no explicita, pero presupone, a saber, el principio general de responsabilidad de los prestadores de servicios: “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el Ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”<sup>42</sup>. Por lo tanto, estos sujetos están sometidos al régimen general de responsabilidad que causen en nuestro Derecho positivo, con las especialidades que pueda establecer la futura Ley de servicios de la sociedad de la información.

#### **C.2. Régimen especial de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios**

##### **a. Noción y modalidades de intermediarios**

En el art. 12.2 del Proyecto de Ley se podía encontrar implícita la definición de los “prestadores de servicios intermediarios”, al afirmar que son aquellos “prestadores de servicios que, en el ejercicio de actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen contenidos ajenos”<sup>43</sup>.

<sup>42</sup>El Anteproyecto de Ley también recogía expresamente este principio general de responsabilidad de los prestadores de servicios, aunque en términos diferentes: “los prestadores de servicios de la sociedad de la información responderán de los daños y perjuicios que causen en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley o no actúen con la debida diligencia”. De su lectura se deduce la importancia que adquieren las obligaciones legales impuestas a estos sujetos. Dicho en otras palabras, la determinación de las obligaciones que pesan sobre los prestadores de servicios se erige, a tenor de lo que disponía este precepto reproducido, en una de las tareas principales a la hora de dilucidar los supuestos de responsabilidad en que puedan incurrir estos sujetos. Con carácter general, el Anteproyecto de Ley dedicaba toda la Sección primera, del Capítulo segundo, del Título segundo, arts. 6 y 7, bajo la expresiva rúbrica de “Obligaciones”, a la determinación de las obligaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El Proyecto de Ley, por su parte, y bajo la misma rúbrica, les dedica igualmente la Sección primera, Capítulo segundo, Título segundo, arts. 9 a 11.

<sup>43</sup>Una definición expresa, en cambio, se contenía en el art. 9 del Anteproyecto de Ley: “A los efectos de esta Ley, se entenderá que son intermediarios los prestadores de servicios

De conformidad con la regulación proporcionada por la Directiva, tienen la condición de intermediarios aquellos sujetos que presten alguno de los siguientes tres tipos de servicios de la sociedad de la información: servicios de mera transmisión, servicios de almacenamiento automático, provisional y temporal de datos y, por último, servicios de alojamiento de datos. La Ley, por su parte, recoge estas tres modalidades de prestadores de servicios intermediarios y añade una cuarta: los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Téngase presente que las modalidades enumeradas no son excluyentes, antes al contrario, lo habitual será que un mismo sujeto preste simultáneamente varios de esos servicios<sup>44</sup>. El primer tipo de intermediario son los prestadores de servicios de “mera transmisión”, en palabras de la Directiva, o bien “operadores de redes (de telecomunicaciones) y proveedores de acceso (a una red de telecomunicaciones)”, según la denominación acogida por el texto legal español. Por tales deben entenderse aquellos sujetos que presten un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, o bien, en facilitar acceso a una red de comunicaciones (art. 12.1 Directiva y art. 14.1 Ley)<sup>45</sup>.

El segundo tipo de intermediario son los prestadores de servicios de transmisión de datos con almacenamiento automático, provisional y temporal de los mismos, denominados por la Ley como “prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios”. Son aquellos sujetos que, en el marco de la prestación de un servicio consistente en

de la sociedad de la información que realicen actividades de mera transmisión, almacenamiento o alojamiento de datos”.

<sup>44</sup>Así, por ejemplo, el servicio de almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos, se presta en el marco de otro servicio de la sociedad de la información, a saber, el consistente en la transmisión por una red de comunicaciones de datos facilitados por el destinatario del servicio (art. 12.2 Directiva y art. 13.2 Proyecto de Ley).

<sup>45</sup>Estas actividades de transmisión y concesión de acceso incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre y cuando dicho almacenamiento sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de comunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión (art. 12.2 Directiva y art. 14.2 Ley).

transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, llevan a cabo el almacenamiento automático, provisional y temporal de esa información, en el bien entendido de que dicho almacenamiento se realiza con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión posterior a otros destinatarios que los soliciten (arts. 12.2 y 13.1 Directiva y arts. 14.2 y 15 Ley)<sup>46</sup>. El último tipo de intermediario previsto por la Directiva son los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. Son aquellos sujetos que prestan un servicio de la sociedad de la información consistente, precisamente, en albergar datos facilitados por el destinatario del servicio (art. 14.1 Directiva y art. 16.1 Ley). El cuarto tipo de intermediario, previsto sólo la Ley, son los “prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”. Son definidos como aquellos sujetos que prestan un servicio de la sociedad de la información consistente en facilitar enlaces a otros contenidos o bien en contener en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos (art. 17.1 Ley).

#### **b. Régimen especial de responsabilidad de los intermediarios**

Dentro de la categoría de prestadores de servicios de la sociedad de la información, los intermediarios están sometidos a un régimen especial, a tenor de lo que dispone la Directiva y el texto legal español. Al establecimiento de este régimen especial de responsabilidad dedica la Directiva toda la Sección cuarta de su Capítulo segundo (arts. 12 a 15). En esta misma línea, el art. 13.2 de la Ley, establece que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios “se estará a lo establecido en los artículos siguientes”. Es en dichos artículos, en concreto, del art. 14 al 17, donde se articula el régimen especial de estos sujetos. El régimen especial al que se encuentran sometidos los prestadores de servicios intermediarios puede caracterizarse a través de tres notas: exención de responsabilidad bajo

<sup>46</sup>Es lo que la Directiva denomina “Memoria tampón (Caching)” (art. 13 Directiva).

condiciones, inexistencia de una obligación general de supervisión, pero, en cambio, imposición de obligaciones de información o comunicación y de un deber de colaboración.

#### *1. Exención de responsabilidad bajo condiciones*

La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que no se pueda considerar al intermediario responsable de la información que constituya el objeto de su actividad. Siempre y cuando, eso sí, concurren determinadas condiciones. Esta exención de responsabilidad es recogida, de conformidad con lo prescrito por la Directiva, por la Ley española. Su examen requiere examinar por separado las distintas modalidades de intermediario. Primero: exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de mera transmisión (operadores de redes y proveedores de acceso). Estos sujetos no serán responsables de la información transmitida, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Estas condiciones son, en concreto, que el prestador del servicio: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no haya seleccionado al destinatario de la transmisión; y c) no haya seleccionado ni modificado los datos transmitidos<sup>47</sup> (art. 12.1 Directiva y art. 14.1 Ley). Segundo: exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de transmisión de datos con almacenamiento automático, provisional y temporal de los mismos (proveedores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios). Estos sujetos no serán responsables de la información que tengan almacenada de modo automático, provisional y transitorio<sup>48</sup>, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. En concreto, que el prestador del servicio: a) no modifique la

<sup>47</sup>Según el segundo párrafo del art. 13.1 de la Ley: “No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión”. Lo que supone modificar la redacción del paralelo precepto del Anteproyecto, en concreto, su art. 10.1, según el cual: “No se entenderá por modificación la operación estrictamente técnica que no altere la integridad de los datos”.

<sup>48</sup>El art. 15 de la Ley concreta el alcance de esta exoneración de responsabilidad, al establecer que estos sujetos “no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos”.

información almacenada; b) cumpla las condiciones de acceso a la información<sup>49</sup>; c) respete las normas relativas a la actualización de la información generalmente aceptadas y utilizadas por el sector; d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología, generalmente aceptada y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información<sup>50</sup>; y e) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o bien, para hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo de alguno de los siguientes hechos: que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a ella o, por último, que un tribunal o autoridad administrativa competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13.1 Directiva y art. 15 Ley).

Tercero: exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. No podrán ser considerados responsables de los datos que tengan almacenados a petición del destinatario, siempre que, también en este caso, se cumplan un conjunto de condiciones. A saber, que el prestador del servicio: a) no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita; y b) en cuanto entre en ese efectivo conocimiento, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos<sup>51</sup> (art. 14.1 Directiva y art. 16.1 Ley).

Esta exención de responsabilidad, sin embargo, no operará en aquellos casos en los que el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad, dirección o control del prestador del servicio (art. 14.2 Directiva y art. 16.2 Ley).

Cuarto: exención de responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. En este supuesto el texto de la Ley sigue la misma

<sup>49</sup>De manera más detallada, el texto de la Ley impone como condición que el prestador del servicio permita el acceso a la información "sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita".

<sup>50</sup>De nuevo, de manera más detallada, la Ley impone como condición que el prestador del servicio no interfiera la utilización lícita de tecnología empleada "con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información".

<sup>51</sup>La Ley exige al prestador del servicio que actúe "con diligencia" para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

estructura marcada por la Directiva para los casos anteriores. De este modo, este prestador de servicios no será responsable por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización<sup>52</sup>; y b) en el caso de que tengan ese conocimiento efectivo, que actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (art. 17.1 Ley).

Al igual que en el supuesto anterior, también en éste se establece que la exención de responsabilidad no operará en aquellos casos en los que el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad, dirección o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos (art. 17.2 Ley).

## *2. Inexistencia de una obligación general de supervisión*

De conformidad con lo establecido en el art. 15.1 de la Directiva, los Estados miembros no podrán imponer a los prestadores de servicios intermediarios arriba referidos una obligación general de supervisión, en el sentido de que no tendrán obligación de supervisar, siempre y en todo caso, la totalidad de los datos que transmitan o almacenen, ni tampoco la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades o informaciones ilícitas<sup>53</sup>.

Este principio general de no supervisión es compatible, sin embargo, con la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa

<sup>52</sup>A los efectos de delimitar los casos en los que pueda entenderse que el prestador de servicios no tiene el conocimiento efectivo exigido, el segundo párrafo del art. 17.1 de la Ley establece: "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) [no conocimiento efectivo de la ilicitud] cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse".

<sup>53</sup>La inexistencia de esta obligación general de supervisión se recoge, asimismo, en el art. 13.3 del Anteproyecto de Ley.

competente pueda imponer una obligación particular de supervisión a los prestadores de servicios intermediarios, siempre que dicha imposición se rodee de garantías suficientes<sup>54</sup>.

### 3. Obligaciones de información o comunicación y deber de colaboración

La exención de responsabilidad que se establece en favor de los prestadores de servicios intermediarios debe conjugarse, no obstante, con la imposición de una serie de obligaciones y deberes.

Según dispone el art. 15.2 de la Directiva, los Estados miembros podrán imponer a los prestadores de servicios intermediarios una doble obligación de información o comunicación, por un lado, y la obligación de suspender la prestación del servicio para poner fin a una infracción o para impedir su comisión.

En primer término, se le puede imponer al prestador de servicios la obligación de comunicar a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por el destinatario del servicio. Comunicación que deberá realizar con la mayor prontitud, esto es, en el momento mismo en que entre en conocimiento de la existencia de esos datos o actividades ilícitas (art. 15.2 Directiva). En segundo lugar, se le puede también imponer la obligación de comunicar a las autoridades públicas competentes, a solicitud de éstas, la información que les permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (art. 15.2 Directiva).

Esta doble obligación de información o comunicación se completa con la posibilidad de imponer una nueva obligación, a saber, la de suspender la prestación del servicio que sea (transmisión de datos, acceso a la red o alojamiento de datos) cuando ello sea necesario para poner fin a una infracción que se esté cometiendo o para impedir que llegue a

<sup>54</sup>Así lo entendía el Anteproyecto de Ley, en cuyo art. 13.3 in fine, recogía expresamente la posibilidad de imponer dicha obligación particular de supervisión "siempre que ésta sea técnicamente posible, en el marco de un procedimiento concreto y en relación con la actuación de un prestador y para casos específicos y determinados".

cometerse, siempre que así le sea requerido por una autoridad judicial o administrativa con competencia para ello (arts. 12.3, 13.2 y 14.3 Directiva).

Con la habilitación concedida por la Directiva, la Ley española contempla la imposición de obligaciones diversas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En primer lugar, el art. 9 de la Ley impone a los prestadores de servicios establecidos en España una obligación de comunicación: tienen el deber de comunicar al Registro público competente la obtención, sustitución o cancelación de su nombre de dominio o dirección de Internet. Obligación que debe cumplirse en el plazo de un mes, a contar desde el momento en que se haya producido esa obtención, sustitución o cancelación.

El art. 10 de la Ley, por su parte, impone a los prestadores de servicios una obligación de información general. Según su tenor, estos sujetos están obligados a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a las informaciones que minuciosamente se detallan en el precepto. La obligación de facilitar esta información, sin embargo, se dará por cumplida si el prestador del servicio la incluye en su página o sitio de Internet.

El art. 11 del mismo texto legal impone un deber de colaboración específicamente a los prestadores de servicios de intermediación: "cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores (...) que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran".

Dada la gravedad de las medidas referidas en el párrafo anterior, la misma ley dispone una serie de límites y garantías. Por lo pronto, establece que en la adopción y cumplimiento de dichas medidas se

respetarán los derechos fundamentales de la persona: “se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el Ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados”.

Además, el normador dispone que esas medidas “serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias” y añade que “se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda”.

Por último, el art. 12 de la Ley establece un deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas. De este modo, “los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses”. Los datos que deban ser retenidos “serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información”, de manera que “en ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones”.

#### **4.2. Extensión del régimen de exención de responsabilidad de los sujetos intermediarios de la información a la Administración: aplicabilidad de la Directiva y de la Ley española a la Administración**

Ni la Directiva ni la Ley hacen referencia expresa a su aplicabilidad a la Administración pública. A nuestro parecer, esta aplicabilidad puede ser sostenida con base en dos argumentos principales.

De entrada, en la amplia definición que de “prestador de servicios” ofrecen los dos textos normativos en examen. No hace falta forzar la literalidad de estos preceptos para poder subsumir

a la Administración dentro de la expresión “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”. Y, en segundo lugar, en el hecho de que la Administración presta servicios que pueden ser englobados dentro de la categoría de “servicios de la sociedad de la información”. Hecho que resultaba implícitamente aceptado por el Anteproyecto de Ley cuando, en su art. 2.3, en el marco de la regulación del régimen de libre competencia y de libre prestación de servicios, dispone que: “la prestación de servicios de la sociedad de la información *por las Administraciones públicas* o los organismos o sociedades de ellas dependientes, se realizará con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación” (la cursiva es nuestra).

No faltan argumentos, no obstante, para sostener la tesis contraria. Así, por ejemplo, a la hora de determinar los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la ley, el art. 5 de la Ley, en su letra a), excluye expresamente “los servicios prestados por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas”. Por tanto, de la lectura del precepto se deduce la existencia de una ligazón entre los servicios excluidos y el ejercicio de funciones públicas: no se excluyen todos los servicios que puedan prestar estos sujetos, sino únicamente aquellos cuya prestación resulte del ejercicio de funciones públicas. Teniendo presente que lo propio de las Administraciones es, precisamente, el ejercicio de funciones públicas, podría concluirse que es voluntad del normador que estos sujetos públicos queden excluidos del ámbito de aplicación de la ley<sup>55</sup>.

En consecuencia, concluimos que la exención de responsabilidad propia de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información es también aplicable a la Administración cuando realice esas mismas actividades. Ahora bien, esta afirmación debe ser

<sup>55</sup>Aún de aceptarse esta tesis, sería posible introducir alguna matización. Así, por ejemplo, la necesidad de diferenciar los servicios de la sociedad de la información que prestan las Administraciones públicas y que pueden calificarse como servicio público de aquellos otros que no son encuadrables en esta categoría. La exclusión apuntada en el texto, podría concluirse, alcanza sólo al primer grupo de servicios, no siendo extensible al segundo de ellos.

completada con las siguientes observaciones. De entrada, la exención de responsabilidad de la Administración no significa que el daño causado por la información no deba ser reparado. Lo único que sucede es que no deberá serlo por la Administración intermediaria, sino por el sujeto fuente de la información. En consecuencia, la víctima deberá dirigirse, a través del cauce jurídico correspondiente, no contra la Administración, sino contra ese tercer sujeto para exigirle la oportuna reparación del daño sufrido.

En segundo lugar, en el caso de que haya diversas Administraciones en presencia, la exención de responsabilidad se predica exclusivamente de la Administración que haya sido intermediaria de la información. Estamos pensando en aquellos supuestos en los que el tercero origen de la información es otra Administración y no un sujeto privado. El particular lesionado por esa información deberá dirigir su demanda de responsabilidad contra la Administración, pero no contra la intermediaria, sino contra aquella que es la fuente de la información lesiva. En esta hipótesis, por tanto, existe responsabilidad administrativa, pero no atribuible a la Administración intermediaria que se encuentra amparada en la exoneración de responsabilidad. Por último, conviene reflexionar sobre la diferente naturaleza y función que corresponden a la Administración en comparación con las propias de los sujetos privados intermediarios de información. A pesar de que puedan estar realizando materialmente la misma actividad, resulta evidente que no son un mismo tipo de sujeto. Es por ello que la apuntada exención de responsabilidad, que se predica sin demasiados impedimentos de los sujetos privados, resulta más difícil de aceptar, así, sin más, sin ningún tipo de matización o condicionamiento adicional, cuando se refiere a un sujeto público, esto es, a una Administración. Las peculiares naturaleza, posición y función de la Administración, frente a las propias del particular, pueden aconsejar que se le imponga la obligación de realizar un control de contenidos.

### **III. Consideraciones finales sobre la responsabilidad de la Administración en materia informativa**

#### **1. Cuestiones estrechamente ligadas al tema de la responsabilidad**

Existen toda una serie de cuestiones, en materia de comunicación pública, que se encuentran estrechamente ligadas al tema de la responsabilidad derivada de la actividad informativa de la Administración:

##### **1.1. Responsabilidad y grado de preparación de los funcionarios responsables de la información**

Ya hemos tenido ocasión de subrayar la importancia de cuidar la formación y los incentivos, tanto personales como económicos, de los funcionarios que se ocupan de la actividad informativa de la Administración, desde los funcionarios en contacto directo con el público hasta los responsables al más alto nivel<sup>56</sup>. La potenciación de su preparación y motivación conllevará la mejora de la imagen externa de la Administración y, por otro lado, de la propia comunicación de servicio. En lo que ahora nos interesa, puede afirmarse que esos dos factores, preparación y motivación, son inversamente proporcionales a los supuestos de responsabilidad de la Administración. En otras palabras, su incremento supondrá una mejor prestación del servicio informativo y, en consecuencia, una disminución de los supuestos en los que se reclame responsabilidad administrativa por informaciones incorrectas<sup>57</sup>.

##### **1.2. Responsabilidad y nivel cualitativo de la información**

Según acabamos de ver, el grado de preparación y motivación de los funcionarios encargados de suministrar la información influye sobre la responsabilidad administrativa, en la medida en que lo hace sobre la calidad de la información

<sup>56</sup>GALÁN GALÁN, A., "Comunicación pública", en TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A., (coords.) *Comunicación Pública: la información administrativa al ciudadano*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

<sup>57</sup>La voluntad de ofrecer un servicio informativo cada vez de mayor calidad, unido al temor a recibir numerosas quejas por el suministro de informaciones incorrectas por parte de funcionarios no dotados de una capacitación adecuada, ha provocado que las Administraciones tiendan a concentrar el ejercicio de la función informativa en organismos específicamente creados al efecto, con un personal especialmente formado para el desempeño de esta labor.

proporcionada. Es decir, esa mayor formación incide directamente sobre el nivel cualitativo de la información e, indirectamente, sobre la responsabilidad de la Administración en caso de informaciones incorrectas: a mayor formación, mayor calidad de la información suministrada y, por consiguiente, menor riesgo de que se proporcionen informaciones incorrectas que generen responsabilidad. En definitiva, la existencia de supuestos de responsabilidad de la Administración depende de la calidad de la información, la cual, a su vez, depende de la preparación de los funcionarios que la suministran. Ahora bien, tal nivel cualitativo no depende exclusivamente de ese factor. Junto al grado de preparación de tales sujetos, otros diversos elementos tienen también particular incidencia (el nivel de las técnicas comunicativas disponibles, la sensibilidad informativa de la organización, etc.). Por tanto, es correcto pero no suficiente afirmar que la existencia y la cantidad de supuestos de responsabilidad depende del grado de formación e incentivo del personal encargado de la función informativa. Es más exacto ligarlo, con carácter general, al nivel cualitativo de la información suministrada<sup>58</sup>.

## **2. Factores relevantes en la valoración de la responsabilidad**

Podemos identificar una serie de datos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la existencia o, al menos, de modular la responsabilidad de la Administración en materia informativa:

<sup>58</sup>Es evidente que el nivel cuantitativo de la información también puede influir sobre los supuestos de responsabilidad de la Administración, pero lo hará en la medida en que se traduzca en una merma de la calidad de las informaciones suministradas. Cuando hablamos de nivel cuantitativo no nos referimos, en este momento, a cada información individualmente considerada, en el sentido de que el hecho de que se suministre una mayor cantidad de información en cada caso deba suponer necesariamente un aumento de los supuestos de responsabilidad por informaciones incorrectas. Nos referimos al volumen total de la información suministrada por los funcionarios encargados, de manera que cuanto mayor sea su volumen de trabajo mayor será también la probabilidad de que cometan errores que finalmente se traduzcan en demandas de responsabilidad contra la Administración. No obstante, es mediata la influencia de las variaciones del nivel cuantitativo: sólo incidirán en la existencia y cantidad de supuestos de responsabilidad en la medida en que incidan previamente sobre la calidad de la información, haciendo incrementar el número de errores o inexactitudes.

## **2.1. Desde un punto de vista subjetivo: el tipo de funcionario que suministra la información y el tipo de sujeto destinatario**

### **2.1.1. El tipo de funcionario que suministra la información**

No es indiferente el concreto funcionario que proporciona la información al particular. En este sentido, conviene diferenciar según que haya sido suministrada por un organismo administrativo especializado en materia informativa o bien por cualquier otro funcionario.

En el primer caso, el ciudadano ha entrado en contacto con un funcionario específicamente encargado de la función informativa, de modo que parece razonable que nazca una legítima confianza en la información suministrada. Es razonable que el particular actúe confiado en la corrección de los datos proporcionados por el organismo creado específicamente para tal labor.

Diversa es la situación en el segundo de los casos mencionados. Aquí, el ciudadano ha solicitado y obtenido la información de un funcionario no especializado en tareas informativas. Por tanto, de un empleado público que no cuenta con el mismo grado de preparación propio de los primeros. La información así suministrada no parece digna de generar ningún tipo de confianza legítima o, al menos, en el caso que aceptemos que la genera, lo hará en una medida muy inferior al supuesto anterior.

Este mismo razonamiento puede ser también examinado desde la perspectiva de la diligencia empleada por el ciudadano. En efecto, no parece discutible que el grado de diligencia mostrado es mucho mayor cuando la información requerida es solicitada a un organismo especializado que no cuando se dirige indiscriminadamente a cualquier funcionario<sup>59</sup>.

<sup>59</sup>La valoración del grado de diligencia empleado por el particular que solicita la información puede también depender, no obstante, de otros factores materiales. Por ejemplo, de la categoría profesional del funcionario interrogado. Una mínima diligencia obliga a que la solicitud de información se dirija a aquel funcionario que, al menos aparentemente, posea una categoría profesional acorde con los datos requeridos. Por otro lado, esa misma diligencia conduce a formular la mencionada solicitud a un funcionario que trabaje si no específicamente en aquello que es objeto de la solicitud, si al menos en la materia a la que se refieran los datos necesitados. Por último, el grado de confianza que la información proporcione al ciudadano dependerá de las condiciones en que ésta haya sido

### 2.1.2. El tipo de sujeto destinatario de la información

Si hemos visto que no es indiferente el tipo de sujeto que suministra la información, tampoco lo es el tipo de sujeto que la recibe. El grado efectivo de incidencia de la información en el destinatario dependerá, en gran medida, de condiciones subjetivas del receptor y, en particular, de su grado de conocimiento de la materia objeto de información. En otras palabras, no influirá igual una misma información sobre un especialista o técnico en ese campo que sobre un ciudadano medio, desconocedor de esa parcela de la realidad. Así por ejemplo, difícilmente se podrá admitir que el primero denuncie un daño causado por el suministro de informaciones administrativas incorrectas ya que, como experto en la materia, entra dentro de lo razonablemente exigible que dicho sujeto haya detectado tal incorrección y, en consecuencia, no haya dejado influir su comportamiento por los datos erróneos proporcionados<sup>60</sup>.

### 2.2. Desde un punto de vista objetivo: el tipo de información suministrada

Si no es indiferente el sujeto que proporciona la información, tampoco lo es su objeto. A efectos de valorar la corrección de la información y, por tanto, la existencia de una eventual responsabilidad de la Administración, conviene diferenciar entre dos tipos de información: informaciones fácticas o de hechos e informaciones jurídicas o de derecho<sup>61</sup>. La diferencia debe encontrarse en sus respectivos objetos. Como su propio nombre indica, la información fáctica es aquella que versa sobre los hechos. La corrección de este tipo de información dependerá de su correspondencia con la realidad: será correcta únicamente si los datos

suministrada y las circunstancias que hayan rodeado tal suministro (así, si ha sido proporcionada rápidamente y por teléfono, de manera informal y superficial, etc.).

<sup>60</sup>Por ejemplo, una información tributaria incorrecta no influirá de la misma manera sobre un contribuyente medio, desconocedor del compleja realidad fiscal, que sobre una gestoría o sobre un asesor fiscal que hacen de dicha realidad, precisamente, su objeto cotidiano de trabajo.

<sup>61</sup>Una amplia exposición sobre la noción y diferencias entre ambos tipos de informaciones puede encontrarse en MELONCELLI, A., *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli Editore, 1993, pp. 162-172.

suministrados se corresponden con los datos de la realidad. Por su propia naturaleza, no se trata de una materia opinable. En consecuencia, si los datos suministrados por la Administración no coinciden con la realidad, nos encontraremos ante una información incorrecta y, por tanto, susceptible de generar responsabilidad administrativa.

La información jurídica, por su parte, consiste en la transmisión de conocimientos relativos a una situación de derecho, sirviendo para resolver dudas en orden a la interpretación de una norma. Contiene, en definitiva, la opinión jurídica de la Administración: la representación de aquello que, para la autoridad administrativa, es conforme a derecho. Ahora bien, evidentemente la opinión jurídica de la Administración puede no coincidir con la propia del sujeto destinatario. En ese caso, el particular conserva la libertad de actuar conforme a su propio criterio, si bien siendo consciente de su disconformidad con aquél sustentado por la Administración. Más problemática se plantea la discrepancia de pareceres jurídicos entre la autoridad administrativa y los tribunales. La cuestión que se suscita es determinar si la Administración, bajo la cobertura ofrecida por el suministro de informaciones jurídicas, puede proporcionar al ciudadano una opinión jurídica que sea discrepante con la sostenida por los tribunales. Sin necesidad de entrar en la discusión sobre el alcance de la vinculación de la jurisprudencia sobre la Administración, nos parece como mínimo exigible que, en estos supuestos, la Administración complete la información suministrada acompañando su opinión jurídica con el dato de su disconformidad con el criterio sentado por los tribunales, indicando, además, cuál sea tal criterio jurisprudencial. En definitiva, la Administración debe evitar inducir a confusión al sujeto destinatario, ofreciéndole la posibilidad de elegir entre las diversas opiniones jurídicas discrepantes.