
La responsabilidad penal de los proveedores de servicios de Internet por la distribución de contenidos ajenos

PID_00267794

Alfonso Galán Muñoz

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 3 horas



**Alfonso Galán Muñoz**

Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, doctor en Derecho y becario Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación, de la Fundación Alexander von Humboldt y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Ha realizado numerosas estancias de investigación en las universidades alemanas de Friburgo, Múnich, Tubinga y Berlín. Es experto en criminalidad informática y económica, temas a los que ha dedicado numerosas publicaciones, tanto nacionales como internacionales. Es investigador principal y miembro de varios proyectos de investigación nacionales y autonómicos, y responsable del Grupo PAIDI SEJ-571: Grupo de Investigación sobre el Sistema Penal y Criminología (SISPECRIM). También es el director del máster de Criminología y ciencias forenses de la Universidad Pablo de Olavide.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: Josep Maria Tamarit Sumalla (2019)

Primera edición: septiembre 2019
© Alfonso Galán Muñoz
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Objetivos.....	5
1. La distribución de contenidos en Internet como conducta lesiva de bienes jurídicos.....	7
2. La concreta regulación de la responsabilidad del proveedor de almacenamiento.....	10
2.1. La existencia de una relación de dirección, autoridad o control de los proveedores de almacenamiento sobre la actividad realizada por su usuario	11
2.2. La obtención del «conocimiento efectivo» de la ilegalidad del contenido difundido por el usuario de sus servicios por los proveedores de almacenamiento	14
3. Reglas de responsabilidad del proveedor de enlaces.....	20
4. Límites a la responsabilidad del proveedor de acceso o de transmisión.....	22
5. La responsabilidad del proveedor de servicios de <i> caching</i>.....	26
Ejercicios de autoevaluación.....	33
Solucionario.....	35
Bibliografía.....	36

Objetivos

Después de trabajar los materiales que componen este módulo didáctico, el estudiante podrá alcanzar los siguientes objetivos:

- 1.** Conocer el fundamento y los efectos que tiene la Ley de servicios de la sociedad de la información sobre la posible responsabilidad penal de los proveedores de servicios en Internet.
- 2.** Saber diferenciar las distintas clases de servicios suministrados con respecto a contenidos ajenos publicados en Internet que pueden determinar la responsabilidad penal de quienes los prestan.
- 3.** Conocer y saber aplicar los requisitos que abren las puertas a la posible responsabilidad jurídica por contenidos ajenos, penal o no, de los proveedores de servicio de almacenamiento.
- 4.** Conocer y ser capaz de aplicar, en los diferentes casos que se pueden dar, los requisitos que permitirán atribuir responsabilidad a quien establece enlaces a contenidos ajenos.
- 5.** Comprender los requisitos que tiene que cumplir el proveedor de acceso o el de transmisión para quedar exento de cualquier responsabilidad jurídica por la prestación de sus servicios.
- 6.** Saber qué actuaciones de los proveedores de caching pueden determinar que la prestación de sus servicios determine su posible responsabilidad jurídica.

1. La distribución de contenidos en Internet como conducta lesiva de bienes jurídicos

Existe una enorme cantidad y variedad de informaciones o contenidos que pueden resultar lesivos para algunos de los bienes jurídicos más importantes de nuestra sociedad. De hecho, existe una amplia variedad de contenidos penalmente **ilícitos** o **nocivos** cuya publicación, distribución o, incluso, mera posesión puede llegar, en algunos casos, a constituir delito. Todas estas actuaciones, como no podía ser de otro modo, se cometen cada vez con más frecuencia utilizando Internet, dado que su carácter de medio de comunicación rápido, barato y, supuestamente, anónimo, hacen que se considere como un cauce especialmente idóneo para realizarlas.

Entendemos por **contenidos ilícitos** aquellos que, al representar por sí mismos un ataque a bienes jurídicos esenciales, son siempre considerados como contenidos penalmente prohibidos (por ejemplo, la pornografía infantil), mientras que los **contenidos nocivos** o dañinos serán los que, si bien pueden llegar a afectar a bienes jurídicos penalmente protegidos, necesitan de algo más que su mera existencia para hacerlo, como sucedería, por ejemplo, con los contenidos de pornografía de adultos, que, si bien no son penalmente ilícitos *per se*, pueden llegar a convertirse en un instrumento lesivo o dañino para determinados bienes jurídicos, como sucedería, por ejemplo, si se utilizasen para suministrarlos a menores, lo que afectaría a su indemnidad sexual.

En principio, pese a la modernidad y peculiaridades propias que presenta Internet, no parece que su uso deba plantear problema técnico alguno al derecho penal a la hora de imputar responsabilidad a la persona o personas que lo utilicen para cometer alguno de estos delitos, dado que quien difunde un contenido penalmente ilícito o nocivo en la red es tan responsable de dicha difusión como aquel que lo hace utilizando un medio de comunicación más tradicional o clásico.

Sin embargo, la utilización de este nuevo instrumento de comunicación o difusión casi siempre obliga a quien quiere utilizarlo a contar con la contribución de unos terceros, los denominados **intermediarios** o **proveedores** de servicios (*providers*), para poder hacerlo, particularidad de Internet que ha dado lugar, precisamente, al presente estudio.

El caso es que, al ser los proveedores de servicios de Internet partícipes necesarios de todas las difusiones de contenidos realizadas en la red, también lo serán de aquellas que puedan llegar a tener trascendencia penal, con lo que habrá que concretar cuándo y bajo qué condiciones se les podrá atribuir responsabilidad por haber ayudado a producirlas mediante la prestación de sus servicios.

La respuesta a esta cuestión no solo tiene una trascendencia técnica indudable, sino que resulta esencial para comprobar si nuestro sistema de responsabilidad penal es lo suficientemente equilibrado como para conseguir proteger adecuada y eficazmente los bienes jurídicos que pueden verse afectados por la publicación o difusión de ciertos contenidos en Internet, sin sacrificar o limitar excesivamente en el empeño valores tan fundamentales para toda sociedad democrática como podrían ser los de las libertades de expresión o de la información, libertades que siempre se encuentran en una relación de tensión con aquellos otros intereses, como el honor, la libertad, la protección de los menores, etc., que los delitos de difusión tratan de proteger.

Precisamente, para garantizar dicho equilibrio y dar seguridad jurídica respecto a este tema, se fueron creando paulatinamente diversas normativas estatales que trataron de precisar las posibles responsabilidades jurídicas que se podrían atribuir a los proveedores por sus labores de intermediación, concretando y delimitando cuándo y bajo qué condiciones dichos sujetos superarían el **nivel de riesgo** que se les permite generar en el ejercicio de sus funciones, abriendo así la puerta a que se les pudiese llegar a atribuir responsabilidad jurídica por la prestación de sus servicios con respecto a contenidos ajenos. La aprobación de estas normativas, no siempre coincidentes, obligaron a que la Unión Europea tuviese que adoptar una postura armonizadora con respecto a esta cuestión, dado que la evidente trascendencia económica de las actividades efectuadas por los proveedores y el marcado carácter transnacional de la red en las que se realizan no permitía que se mantuviesen las grandes divergencias normativas existentes entre los distintos países integrantes del mercado único.

En concreto, lo que hizo la UE fue aprobar la Directiva 2000/31/CE, 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 (DCE), cuyos artículos 12 y siguientes contienen una regulación del régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet. Esta Directiva es el referente fundamental de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (desde ahora LSSI), que dedica sus artículos 13 a 17 precisamente a delimitar el régimen de responsabilidad jurídica de los distintos prestadores de servicios de la sociedad de la información (**acceso, transmisión, almacenamiento, caching y enlaces**) y que tiene unos efectos sobre el sistema de responsabilidad penal de dichos profesionales que no parecen estar del todo claros.

Comencemos analizando aquella regla que está referida al que posiblemente es el más destacado de los referidos proveedores: el **proveedor de servicios de almacenamiento**.

2. La concreta regulación de la responsabilidad del proveedor de almacenamiento

Navegar por Internet es una actividad que se ha visto enormemente facilitada por la implantación universal del protocolo TCP/IP y por la creación del protocolo de hipertexto (*HiperText Transfer Protocol*). Ambos protocolos, unidos a la aparición de diversos sistemas de programación que facilitan que el usuario medio de la red los pueda usar, han llevado a que prácticamente todos los internautas se encuentren a día de hoy en disposición de acceder a la red, pero también de crear y publicar documentos multimedia fácilmente accesibles para el resto de los usuarios.

Pese a todo, una vez que se ha creado y publicado una web o cualquier otro tipo de archivo o información, esta solo podrá ser localizable y estar accesible con carácter permanente para el resto de cibernautas que participan en Internet en la medida en que tenga asignada una dirección que la identifique y diferencie del resto de los numerosos y variados contenidos que allí se encuentran.

Se hace necesario entonces disponer de una dirección o dominio permanente que, además de indicar el protocolo por el que se transmite la información o el contenido en cuestión, lo identifique de forma precisa y concreta en qué ordenador de la red se encuentra almacenado y accesible, lo que obligará a que dicho ordenador esté en constante funcionamiento y en continua conexión para garantizar que la información en él almacenada resulte permanentemente accesible a los usuarios de la red.

No resulta nada infrecuente que el creador del contenido difundido y quien lo hace accesible al tenerlo almacenado en su ordenador sean personas distintas. De hecho, el proveedor de almacenamiento (*hosting*) es uno de los intermediarios más habituales de la red, con lo que no puede sorprender que la LSSI dedique uno de sus preceptos centrales, el artículo 16, a establecer que los sujetos cuyos servicios consistan «en albergar datos **proporcionados por el destinatario** de este servicio no serán responsables por la información almacenada **a petición del destinatario**» **mientras no tengan conocimiento efectivo** de que los mismos eran ilícitos o lesionaban intereses o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si, habiéndolo tenido, **hubiesen procedido con diligencia a retirarlos o bloquearlos** (art. 16.1).

De este modo, se establece una exención general, aunque limitada, de responsabilidad para los proveedores de almacenamiento por los contenidos ajenos que albergasen, que, sin embargo, y esto debe destacarse, tampoco operará en aquellos casos en los que se constate que el usuario o beneficiario de sus respectivos servicios había actuado «bajo la dirección, autoridad o control de su prestador» (art. 16.2 LSSI).

Nos encontramos, por tanto, ante una doble imitación de la comentada exención general y, por tanto, también ante una doble vía o posibilidad de atribuir responsabilidades jurídicas a estos proveedores por la prestación de sus servicios respecto a contenidos ajenos. Analicémoslas a continuación por separado.

2.1. La existencia de una relación de dirección, autoridad o control de los proveedores de almacenamiento sobre la actividad realizada por su usuario

Como acabamos de ver, el artículo 16.2 LSSI establece que los proveedores de servicios de almacenamiento no gozarán de la exención de responsabilidad que el primer apartado de dicho artículo les otorga cuando el destinatario del servicio o el proveedor de contenido enlazado «actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador». Esta limitación llevará a que, tan pronto como se constate la presencia de cualquiera de dichas relaciones, los mencionados intermediarios de la red se vean sometidos al régimen general de responsabilidad jurídica que establezca para ellos cada una de las ramas del ordenamiento jurídico que les afecten (civil, penal, etc.).

En un principio, algunos autores entendieron que esta limitación trataba de evitar que los proveedores a los que les resultase aplicable pudiesen abusar de la relación jerárquica que tuviesen sobre terceros para hacer que estos procediesen materialmente a publicar las informaciones ilícitas que les ordenasen, apareciendo ellos como meros proveedores de servicios e intermediarios de la difusión de una información que les sería ajena, y no como los verdaderos impulsores de su difusión que en realidad eran, lo que podría permitirles mantenerse exentos de cualquier responsabilidad por su actuación.

Sin embargo, parece evidente que la limitación del ámbito de lo permitido que se deriva de los comentados preceptos va mucho más allá de dicho supuesto de hecho. En concreto, estos preceptos van a permitir que se pueda imputar responsabilidad jurídica por la distribución de los contenidos ajenos a todos aquellos proveedores de almacenamiento que ayuden a distribuirlos gozando de capacidad de decisión y de control sobre lo difundido desde su servidor, por considerar que dicha capacidad va a permitir que se pueda entender que la información que ayudan a difundir con sus servicios ya no les resultaría completamente ajena.

Así, por ejemplo, se ha afirmado que nos encontraremos ante un supuesto de proveedor no privilegiado cuando quien suministra un servicio de almacenamiento para un contenido en principio ajeno, además de prestar tal servicio, también actúe como verdadero editor del contenido ajeno que almacenase, ya que, al haber supervisado o controlado la labor del creador de la información difundida, esta ya no le sería completamente ajena, sino que tendría que ser considerada como procedente, cuando menos en un sentido amplio, de su esfera de organización.

Pese a la aparente claridad de este ejemplo, no resulta nada fácil precisar y concretar en qué casos un proveedor de almacenamiento ostentará ese grado de dirección, de autoridad o de control sobre la actuación de los usuarios o beneficiarios de sus servicios de la que habla la LSSI.

¿Se podrá entender que cuando el proveedor de un servidor de grupo de noticias (*newsgroups*) o de un foro se reserva el privilegio de moderarlo, goza de una relación de control con respecto a las actuaciones que sus usuarios realicen en el mismo que automáticamente determine que no se encuentre amparado por la exención general de responsabilidad que inicialmente le concede la LSSI como proveedor de almacenamiento? ¿Cabría apreciar la existencia de una de las comentadas relaciones de control entre las distintas empresas proveedoras de servicios de Internet que integrasen cualquier tipo de consorcio o grupo de empresas en que se diese una subordinación de unas respecto de otras? ¿Se podría considerar, entonces, que en estos casos la empresa dominante de dicho consorcio o unión de empresas tiene autoridad con respecto a la dominada y que por ello sus responsables siempre podrían responder jurídicamente por los contenidos ajenos que la filial ayudase a difundir o por los que distribuyese como propios?

Es más, ¿tendrá que quedar también al margen de la exención general de responsabilidad contemplada en la LSSI el responsable de aquella empresa u organismo público (por ejemplo, un centro docente) que preste uno de los servicios comentados a sus empleados (por ejemplo, un profesor) o a otros sujetos que se encontrasen, aunque fuera de modo general, bajo su control o autoridad (por ejemplo, los alumnos)?

Para responder a estas cuestiones hay que tener en cuenta, a nuestro modo de ver, que el propio tenor literal del artículo 16.2 LSSI señala que se excluyen de la exención general de responsabilidad contenida en el primer apartado de dichos preceptos aquellos supuestos en los que el destinatario del servicio, es decir, el usuario transmisor de la información en cuestión, hubiese realizado su actuación «bajo la dirección, la autoridad o el control del prestador». De esta expresión legislativa se deduce, en primer lugar, que la relación que ha de mediar entre el proveedor y su usuario para que el primero pueda recibir algún tipo de responsabilidad jurídica por sus servicios debe ser **previa o por lo menos concurrente a la conducta de este último**.

Esto es, tiene que ser una relación que ha de concurrir en el momento de la creación del contenido, o cuando menos, en el de su almacenamiento o difusión, con lo que ninguna relación posterior podrá dar lugar a la exclusión de la exención general de responsabilidad inicialmente otorgada a estos proveedores.

Pese a la importancia de esta primera delimitación, la comentada expresión legislativa todavía permite deducir otro de los caracteres básicos que habrá de tener toda relación determinante de la exclusión de los servicios de estos proveedores del ámbito de lo generalmente permitido, ya que, al afirmar que la actuación del proveedor debe hacerse «bajo la relación de dirección, autorización o control entre proveedor y usuario», no solo está exigiendo que dicha relación deba preceder o concurrir con la actuación del usuario, sino que también se está requiriendo que la misma tenga que ser una relación directamente referida a la conducta difusora del contenido realizada por parte este último sujeto.

Dos son, por tanto, los caracteres que habrían de concurrir en la relación de autoridad, control o dirección del proveedor con el usuario para que la prestación de servicios realizada por el primero deje de poder considerarse como general y completamente permitida. Dicha relación tiene que **preceder o concurrir en el tiempo** con la conducta difusora realizada por el usuario y, además, ha de estar **directamente vinculada** con dicha actividad.

No bastará, por tanto, con la existencia de una previa relación de autoridad o dirección general entre proveedor y usuario (por ejemplo, la que se establece entre alumno o trabajador de un centro docente y el responsable del mismo) o con una simple subordinación jerárquico-organizativa entre ambos (por ejemplo, responsable de empresa filial y responsable de la empresa matriz). Para que las prestaciones de servicios de estos intermediarios de la red dejen de estar dentro del ámbito de lo generalmente permitido para su actividad, los proveedores de almacenamiento tendrán que haber actuado, además de como tales, como verdaderos directores o editores de la información o del medio utilizado por el usuario para difundirla.

Así sucederá, por ejemplo, con aquel proveedor de un servicio de grupo de noticias o de un foro moderado que se reservase la capacidad de controlar y de decidir qué contenidos podrían publicar los usuarios de su servicio en el mismo, lo que le permitirá controlar la actuación difusora de estos últimos sujetos antes de que llegase a producirse, tal y como exige el artículo 16.2 LSSI, y que, precisamente por ello, impedirá que se pueda aplicar a este proveedor la exención general de responsabilidad prevista en el primer apartado de dicho artículo para los proveedores de almacenamiento.

Habrà de entenderse, por tanto, como hacen, por ejemplo, Rodríguez Sau y Rubio Velázquez (2002), que dado que la exención de responsabilidad jurídica de los proveedores comentados contenida de la LSSI se fundamenta, entre

otras cosas, en que estos proveedores no tienen por qué controlar en su origen la información ajena que ayuden a distribuir, tal exención desaparecerá en el mismo momento en que dichos sujetos hubiesen establecido voluntariamente dicho control. Es decir, en el mismo momento en que se hubiesen reservado la posibilidad de controlar la actividad difusora que el beneficiario de sus servicios pretendía llevar a cabo gracias a los mismos.

2.2. La obtención del «conocimiento efectivo» de la ilegalidad del contenido difundido por el usuario de sus servicios por los proveedores de almacenamiento

Como ya hemos adelantado, los proveedores de almacenamiento que no tengan una de las relaciones anteriormente comentadas con los usuarios de sus servicios quedarán completamente exentos de cualquier responsabilidad por la prestación de los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1.a LSSI, mientras «no tengan **conocimiento efectivo** de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización». Sin embargo, este conocimiento no siempre determinará que los proveedores que lo posean dejen de estar automáticamente amparados por dicha exención de responsabilidad, ya que los referidos sujetos podrían continuar beneficiándose de tal exención si tras haberlo adquirido, hubiesen actuado «**con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos**».

Un importante sector de la doctrina española ha entendido que el requisito del conocimiento efectivo al que alude la letra *a* del artículo 16.1 de la LSSI establece una limitación de naturaleza eminentemente subjetiva a la exención general de responsabilidad de sus proveedores.

A juicio de estos autores, cuando estas prescripciones normativas condicionan la exención general de responsabilidad prevista para dichos intermediarios de la red a los casos en que hubiesen actuado sin conocer la ilegalidad de la información ajena que ayudasen a transmitir, están limitando la posibilidad de imputarles responsabilidad a aquellos supuestos en los que hubiesen prestado sus servicios con dolo directo respecto de la actuación ilícita realizada por su usuario o beneficiario, ya que la exigencia del conocimiento efectivo de la ilicitud de la conducta del usuario en el proveedor excluiría cualquier posibilidad de hacerlo si actuasen con un mero dolo eventual (Mata y Martín, 2004; Miró Llinares, 2012) o con una simple ceguera voluntaria (*willfull blindness*) con respecto a dicha actuación (Sieber, 1995).

Otros autores consideran, sin embargo, que lo dispuesto por el artículo 16.1 LSSI no afecta, ni puede afectar, al dolo típico del injusto que se podría imputar a los proveedores por su actuación.

A su juicio, la falta de identidad entre el dolo típico y el conocimiento efectivo al que alude la LSSI es tal que resulta perfectamente viable que se puedan dar casos en los que, concurriendo dicho conocimiento en la actividad del proveedor, no lo haga, sin embargo, «el dolo exigido por el derecho penal para afirmar la existencia de la tipicidad subjetiva», ya que el mero conocimiento de la existencia del contenido ilícito ajeno no supone, ni tiene por qué suponer, que quien lo ostente haya necesariamente de albergar en su dolo el resto de los elementos de la estructura típica que se le tratase de imputar.

Es más, a juicio de estos autores, el conocimiento efectivo del que habla la LSSI no es un conocimiento referido a la existencia del contenido ajeno en sí o a su propia ilegalidad, sino aquel relativo a la existencia de una declaración de ilicitud o de una orden de retirada referida al contenido en cuestión y emitida por un organismo judicial o administrativo competente para poder hacerlo.

Así lo entienden, atendiendo a lo establecido en el propio artículo 16.1 LSSI *in fine*, donde expresamente se afirma que: «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo *a* 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».

Esto, a su modo de ver, obliga a entender que solo el conocimiento relativo a una de tales declaraciones u órdenes podrá ser considerado como un conocimiento efectivo, pero, además, y al mismo tiempo, también determina que resulte perfectamente posible que el proveedor que las llegue a conocer y, en consecuencia, pueda ser ya considerado como responsable conforme a lo establecido en la LSSI, pueda, sin embargo, actuar sin el dolo que el derecho penal en muchos supuestos requeriría para apreciar la tipicidad subjetiva de su actuación como sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que no hubiese compartido y rechazase la valoración contenida en tales resoluciones (Gómez Tomillo, 2006).

Precisamente por ello, una parte de estos autores optaron por entender que la verdadera finalidad de la exigencia legislativa del conocimiento efectivo no era otra que la de precisar los casos en los que se podrá apreciar aquella posición formal de garante del proveedor que permitiría imputarle responsabilidad, en comisión por omisión, en caso de que no borrarse o bloquease el contenido que almacenaba en su servidor, tal y como le exigía el artículo 16 LSSI que hiciese cuando tuviese dicho conocimiento, pese a haber podido hacerlo. Una posición que, a su modo de ver, solo aparecerá, por expresa prescripción del mencionado precepto, cuando tales proveedores posean el conocimiento efectivo de la antijuridicidad o ilicitud de la información ajena que almacenasen y que, consecuentemente, no se podrá, sin embargo, apreciar cuando hubiesen actuado albergando cualquier clase de duda sobre dicha cualidad de la información.

Esta sería, a su juicio, la única interpretación posible de lo establecido por el artículo 16.1.a LSSI, ya que solo entendiendo que este precepto define y delimita las posiciones de garante de los proveedores a los que se dirige, podría entenderse que su apartado *b* afirma que, una vez que el proveedor adquiriese el referido «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos, continuará, sin embargo, manteniéndose exento de cualquier clase de responsabilidad si procede a retirarlos o a bloquearlos de una forma diligente. Esta última prescripción, a su modo de ver, vendría simplemente a dejar claro que cuando los proveedores, teniendo dicho conocimiento, cumplan con el deber positivo de bloquear o eliminar los contenidos ajenos que les corresponde precisamente por tenerlo, dejarán de poder ser responsabilizados en comisión por omisión por su difusión (véase, por ejemplo, Gómez Tomillo, 2006).

La postura doctrinal comentada, claramente contrapuesta con la anterior, ha tenido, a nuestro modo de ver, la enorme virtud de haber puesto de manifiesto el hecho incuestionable de que el «conocimiento efectivo» al que alude la LSSI no puede asimilarse sin más al dolo configurador de los injustos penales que, aparentemente, se podrían imputar en principio a los proveedores por haber favorecido objetivamente la difusión de contenidos ilícitos ajenos al prestar sus servicios.

Sin embargo, como contrapartida, también se enfrenta al problema de que ni se acomoda con la finalidad con que la LSSI fue creada, ni con el propio tenor literal de los preceptos sobre los que pretende sustentarse.

En efecto, esta ley no se creó para fundamentar u originar nuevas posibles responsabilidades jurídicas de los proveedores. De hecho, lo que dicha norma trata de hacer es de restringir las que se le podían imputar antes de su creación atendiendo a lo dispuesto por las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

Así lo demuestra, a nuestro juicio, en primer lugar, que el artículo 13.1 de la LSSI establezca que «Los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, **sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley**», lo que, sin duda, pone a las claras que serán estas normas generales, civiles, penales o administrativas, y no las concretas reglas contenidas en la LSSI, las que podrán y, en su caso, habrán de fundamentar la concreta responsabilidad de dichos sujetos. Pero también, y sobre todo, lo acredita el que sea el propio artículo 16.2 LSSI el que expresamente califique lo dispuesto en el apartado que le precede, y que venimos comentando, como una **exención de responsabilidad**, expresión legislativa que deja definitivamente clara la finalidad restrictiva y en modo alguna creadora o fundamentadora de nuevas posibles formas de responsabilidad jurídica de los sujetos a los que dirige sus prescripciones. Esto es, a los proveedores.

Difícilmente, por tanto, estos preceptos se van a poder considerar como fuentes directamente generadoras de la posición de garante que se requeriría para imputarles responsabilidad en comisión por omisión por las difusiones de contenidos realizadas por sus usuarios, lo que irremediablemente nos enfrenta a una pregunta.

Entonces, ¿qué función está llamado a desempeñar en el sistema de responsabilidad penal del proveedor de almacenamiento lo establecido en artículo 16.1 LSSI?

A nuestro juicio, esta pregunta tiene una respuesta inmediata.

Lo que este precepto trata de evitar es que los proveedores de los que habla, ante la amenaza de poder ser considerados responsables o incluso sancionados penalmente por haber contribuido con el suministro o mantenimiento de sus servicios a la publicación o difusión de contenidos ajenos cuya ilicitud hubiesen conocido por cualquier medio (por ejemplo, porque un usuario de la red se lo comunicase), puedan previsiblemente optar por impedir la publicación o difusión de cualquier contenido o información que tuviese el más mínimo viso de ser ilícitos, opción que, si bien les llevaría a impedir, muy probablemente, la publicación de muchas informaciones penalmente ilícitas o nocivas, también les llevaría sin duda a imposibilitar la difusión de muchas otras perfectamente legales y permitidas, transformándose así la red en un medio de comunicación censurado y amordazado, en el que los ciudadanos no podrían ejercer de una forma plena sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información.

Esto es, precisamente, lo que trata de evitar el artículo 16.1 de la LSSI. Es un precepto que intenta evitar que los intermediarios necesarios de Internet a los que se dirige (los proveedores de almacenamiento) puedan llegar a asumir una actitud tan «diligente» a la hora de retirar o bloquear los contenidos ajenos que ellos mismos, o cualquier tercero, consideren o sospechen que podrían ser ilícitos, que pudiesen llegar a actuar como verdaderos censores de la red, limitando de forma completamente desproporcionada el libre ejercicio de la libertad de expresión e información de sus usuarios (Galán Muñoz, 2011).

Precisamente para evitar este indeseable efecto de desaliento sobre el ejercicio de tan importantes derechos fundamentales, es para lo que el citado precepto establece expresamente que solo cuando los prestadores de almacenamiento suministren sus servicios conociendo la existencia de una orden de retirada o la declaración de ilicitud emitida por el órgano administrativo o judicial competente para poder dictarla, tendrán el conocimiento efectivo respecto a tales aspectos del contenido difundido que permitirá imputarles responsabilidad por haber ayudado a difundirlos. Esto impide que se pueda entender que dicho conocimiento podría proceder de la propia representación que tuviese el proveedor o de cualquier comunicación realizada por un tercero, con lo que se evitará que se pueda llegar a producir el desproporcionado e inaceptable

efecto restrictivo indirecto o de desaliento sobre el ejercicio de las libertades de expresión e información en la red de sus ciudadanos que se generaría si cualquier sospecha o comunicación recibida por los proveedores pudiese determinar que se les considerase responsables del delito ocasionado por su distribución.

Así, pues, hay que entender que hasta que el proveedor no conoce dichas resoluciones judiciales o administrativas referidas al contenido que ayuda a difundir, realiza una prestación completamente permitida (Galán Muñoz, 2011), consideración que no cambiará porque los haya proporcionado de forma dolosa o imprudente, pero que tampoco podrá hacerlo porque los hubiese suministrado de forma activa o meramente omisiva.

Ahora bien, resulta evidente que la obtención del referido conocimiento por parte del proveedor tampoco será suficiente para poder imputar responsabilidad al proveedor por la prestación de sus servicios, ya que, como ya vimos, y atendiendo a lo establecido en el apartado *b* del propio artículo 16.1. LSSI, los proveedores que tuviesen dicho conocimiento todavía podrán mantenerse exentos de cualquier clase de responsabilidad por la prestación de sus servicios si retrasen o bloqueasen los contenidos en cuestión «con diligencia».

Podría pensarse, como hacen algunos de los autores anteriormente citados, que es precisamente esta norma, y no la contenida en el artículo 16.1.a LSSI, la que vendría a establecer aquel deber general de supresión o bloqueo para los proveedores que permitiría apreciar su omisión y que haría posible que el mero mantenimiento de sus servicios pudiese llegar a ser normativamente equiparado a su prestación activa.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención al tenor literal de dicho precepto, veremos que el mismo no exime de responsabilidad al proveedor cuando su conducta activa consiga borrar o bloquear los contenidos ajenos que almacena cuya existencia e ilicitud hubiese llegado a conocer de forma efectiva, sino que lo hace cuando simplemente «actúe con diligencia» para lograr dicho bloqueo o eliminación. Esta expresión legislativa, a nuestro juicio, pone de manifiesto el hecho de que tal prescripción no trata de obligar *ex novo* al proveedor a tener que borrar o bloquear el contenido ajeno cuya licitud hubiese llegado efectivamente a conocer, sino que lo que realmente pretende es determinar el modo en que dicho sujeto tendrá que cumplir con dicha obligación, cuando la tenga atendiendo a lo establecido en otras normas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el Código penal), para poder continuar exento de cualquier posible responsabilidad jurídica por su actuación.

Dicho con otras palabras, lo que hace el artículo 16.1.b LSSI no es establecer o definir un nuevo deber de resultado del proveedor que le obligue a borrar o bloquear el contenido en cuestión y que en caso de ser incumplido le haga responsable de su difusión (**el deber del garante**). Lo único que hace es definir el modo (**de forma diligente**) en que habría de cumplir con dicho deber de borrado o bloqueo, cuando exista, para poder continuar exento de responsabilidad por la prestación de sus servicios.

Si el prestador cumple con su deber de forma diligente, no tendrá ninguna responsabilidad por la prestación de sus servicios.

Esto, en primer lugar, eliminará cualquier posibilidad de atribuirles cualquier clase de responsabilidad objetiva a dichos sujetos por las acciones u omisiones que hubiesen podido efectuar, lo que aunque en derecho penal está completamente excluido, como consecuencia de la estricta exigencia del principio de culpabilidad, en otros ámbitos como el civil podría llegar a cuestionarse. Pero, por otra parte, también convertirá la infracción del deber objetivo de cuidado que se predique con respecto a los proveedores obligados a bloquear o retirar contenidos en el referente básico que habrían de respetar para continuar exentos de responsabilidad jurídica por la prestación de sus servicios, permitiéndose así que se les pueda tener como responsables no solo si no realizan su debida actuación bloqueadora de forma diligente (por ejemplo, si la omiten o retrasan en exceso), sino también si la llevan a cabo, pero lo hacen de forma errónea o negligente y ocasionando efectos dañinos a terceros.

Ejemplo de retirada o bloqueo efectuado de forma errónea o negligente

Por ejemplo, utilizar una técnica que determina una indebida e innecesaria pérdida de datos o de lucro para terceros.

Para terminar, debe señalarse que los proveedores de almacenamiento son unos de los destinatarios de la norma que se contempla en el artículo 195.3 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (TRLPI), en la que se establece que tales sujetos tendrán el conocimiento efectivo del que habla el artículo 16 LSSI tan pronto como se constate que el titular de los derechos de explotación de un contenido de propiedad intelectual ilícitamente distribuido en Internet por un tercero les habría remitido un requerimiento de retirada de sus servicios respecto a tal contenido. Esta posibilidad que, evidentemente, puede ser objeto de abusos por parte del emisor de dicha clase de requerimientos abrirá las puertas a que se puedan llegar a bloquear o eliminar contenidos perfectamente lícitos, de forma injusta y puramente preventiva, generándose de este modo, a nuestro modo de ver, un efecto de desaliento respecto a lo que serían legítimos ejercicios de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información que obliga a cuestionar la proporcionalidad del referido artículo de la Ley de propiedad intelectual y, en consecuencia, también su posible constitucionalidad.

3. Reglas de responsabilidad del proveedor de enlaces

De modo análogo a lo que establece el artículo 16 LSSI con respecto al proveedor de almacenamiento, el artículo 17 de la referida Ley establece que estará exento de cualquier responsabilidad el proveedor cuya actividad consista en: «facilitar enlaces a otros contenidos o incluir en los suyos servicios de búsqueda de contenidos:

1. Mientras el destinatario de sus servicios no actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.
2. Si no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos ajenos que enlaza o si, teniéndolo, procede a eliminar su servicio de forma diligente».

La evidente similitud existente entre las reglas establecidas con respecto a este proveedor y las que delimitan la responsabilidad de los proveedores de almacenamiento nos permite remitir gran parte de la explicación de ambos supuestos a lo ya mencionado con respecto a dichos sujetos.

También aquí hará falta que la publicación del contenido ajeno se haya realizado bajo la autoridad del proveedor o que tenga el conocimiento de una resolución emitida por el órgano correspondiente y, pese a ello, mantenga negligentemente sus servicios, para que podamos considerar que su conducta superaría el nivel de riesgo que se les permite generar en el ejercicio de su actividad y podría, por ello, generarle alguna responsabilidad.

Ahora bien, pese a todo, resulta necesario hacer dos precisiones importantes por lo que se refiere a los proveedores aquí analizados a la hora de determinar el régimen que determinará su posible responsabilidad penal por la contribución que realizarían a la difusión de contenidos ajenos.

La primera es que estos proveedores (los de enlaces), una vez tengan conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido ajeno que enlazan, no podrán ni deberán bloquearlo o eliminarlo para quedar exentos de responsabilidad. Bastará con que, si están obligados a hacerlo, eliminen o bloqueen de forma diligente el servicio que prestan. Esto es, dejen de enlazar el contenido ajeno en cuestión, para que su actividad se mantenga dentro del ámbito del riesgo permitido y ellos queden, en consecuencia, completamente exentos de responsabilidad por su actividad.

La segunda, y esto es importante, que, sorprendentemente, los proveedores de enlaces, como sucede con los de almacenamiento, también son destinatarios de la norma que se contempla en el artículo 195.3 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (TRLPI), en la que se establece que tales sujetos

tendrán el conocimiento efectivo de que habla el artículo 17 de la LSSI tan pronto como se constate que el titular de los derechos de explotación de un contenido de propiedad intelectual ilícitamente distribuido en Internet por un tercero les remitió un requerimiento de retirada de sus servicios respecto a tal contenido, algo que, evidentemente, también puede ser objeto de abusos y, consecuentemente, plantea los mismos problemas de proporcionalidad y constitucionalidad que tuvimos ocasión de comentar con respecto a los proveedores de almacenamiento.

4. Límites a la responsabilidad del proveedor de acceso o de transmisión

El artículo 14 de la LSSI determina el nivel de riesgo permitido para los proveedores de servicios de acceso a la red y para aquellos otros que simplemente faciliten la transmisión de datos ajenos («facilitados por el usuario de su» servicio) a través de ella, estableciendo, en primer lugar, que dichos sujetos solo podrán ser considerados como responsables por «la información transmitida» cuando hubiesen originado la transmisión realizada, hubiesen modificado o seleccionado los datos finalmente transmitidos o hubiesen seleccionado a sus concretos destinatarios.

Ello lleva a que, *de facto*, estos proveedores queden generalmente exentos de cualquier responsabilidad por la prestación de sus servicios respecto a contenidos ajenos, mientras se limiten a suministrarlos sin haber adquirido ningún control o dominio positivo sobre el contenido de la información transmitida o sobre la transmisión realizada, dominio que evidentemente ostentarían si hubiesen sido ellos quienes hubiesen originado la transmisión o si hubiesen intervenido con posterioridad a su emisión, modificando o seleccionado los datos transmitidos o eligiendo a los destinatarios que finalmente habrían de recibirlos.

En efecto, si el proveedor es el generador inicial de la transmisión, actúa como un usuario más de la red y no como un mero intermediario de transmisión y es, por ello, por lo que su conducta ya no se mantendrá dentro del ámbito de lo generalmente permitido para dichos intermediarios y podrá llegar a generarle responsabilidad.

Lo mismo sucederá si modifica los datos inicialmente transmitidos por un tercero, ya que, al hacerlo, será él, y no el usuario de sus servicios, quien determine el contenido finalmente transmitido.

Debe reseñarse, sin embargo, que no se podrán considerar como modificaciones de datos, a estos efectos, aquellas alteraciones o manipulaciones realizadas por el proveedor respecto a lo transmitido por el usuario de los servicios que resulten estrictamente técnicas y que tengan lugar durante su transmisión, ya que, al ser tales cambios estrictamente automáticos y no afectar al contenido finalmente transmitido, no le atribuyen control alguno al proveedor que las realiza sobre tales datos, ni pueden servir, por tanto, para imputarles ninguna responsabilidad por su transmisión.

Cualquier otra modificación o selección de los contenidos ajenos realizada por uno de estos proveedores superará el umbral de lo permitido establecido y permitirá que se le puedan imputar no solo cualquier tipo de responsabilidad penal que se pudiese derivar de la aportación que hubiese efectuado a su difusión, sino también cualquier otra que se pudiese fundamentar en la propia realización de dicha modificación, como, por ejemplo, la derivada del delito de daños por interferencia sobre datos del artículo 264 CP ocasionado por dicha alteración.

Algo similar sucedería si el proveedor no modifica ni selecciona los datos ilícitos ajenos transmitidos gracias a sus servicios (por ejemplo, un correo electrónico amenazante o injurioso), pero los redirecciona hacia una persona distinta de aquella a la que el usuario de su servicio lo había dirigido inicialmente. Es decir, cuando fuese el proveedor quien decidiese y eligiese el destinatario final de la información transmitida. También aquí se puede y se debe considerar que el proveedor es la persona directamente responsable de la comunicación y difusión finalmente producida con respecto a los destinatarios por él elegidos.

Nos encontramos, por tanto, ante un artículo que limita, significativamente y puede que en algunos casos de forma más que cuestionable, las posibles responsabilidades penales de estos sujetos, provocando, por ejemplo, que se tenga que considerar como completamente permitida y, por tanto, como penalmente atípica y neutra aquella actuación realizada, por ejemplo, por el proveedor de acceso que, teniendo un establecimiento dedicado al suministro de un servicio de acceso a la red (piénsese en un cibercafé), prestase sus servicios a un tercero, a pesar de saber que este los iba a utilizar para difundir o comunicar un contenido lesivo y penalmente prohibido (por ejemplo, un contenido injurioso) desde los terminales de su establecimiento.

Ahora bien, el régimen privilegiado de responsabilidad derivado del artículo 14 LSSI no solo es aplicable a aquellos proveedores que realizan tareas consistentes en permitir el acceso a la red o en transmitir datos a través de la misma. En realidad, para que se pueda producir una efectiva transmisión de datos a través de la red se necesita, en ocasiones, que la información comunicada por los usuarios se almacene de forma temporal y automática en los sistemas informáticos de algunos proveedores que prestan dicho servicio con la única finalidad de facilitar su posterior transmisión.

Es precisamente por ello por lo que el artículo 14.2 LSSI ha ubicado expresamente entre los proveedores de acceso y transmisión a aquellos que suministran un servicio de almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos, destinado exclusivamente a permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones. Esta prescripción pone de manifiesto la clara intención legislativa de aplicar el régimen jurídico de los proveedores de transmisión a proveedores de servicios que técnicamente no lo son, como los de correo elec-

trónico (*mail server*), excluyendo así la posibilidad de que se le pudiese aplicar el régimen más severo de responsabilidad que se prevé, por ejemplo, para los proveedores de almacenamiento.

Nada se puede objetar a esta determinación legislativa, ya que, el proveedor de servicios de correo electrónico actúa indudablemente como uno de los principales mediadores en la transmisión de información en la red y es, por tanto, uno de los más frecuentes proveedores de servicios de transmisión en la misma.

Sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 14.2 LSSI condiciona el mantenimiento de dicha consideración y, por tanto, también la aplicación del citado régimen de responsabilidad al proveedor de servicios de correo electrónico, al hecho de que este efectúe un almacenamiento de datos que **no supere el tiempo «razonablemente necesario»** para conseguir su transmisión.

El problema surge entonces a la hora de determinar qué debe entenderse por tal expresión legislativa y qué efectos ha de tener la superación del plazo que la misma establece. Es decir, a la hora de definir qué se considera por un tiempo razonablemente necesario para la transmisión y a la hora de concretar los efectos jurídicos que generará el hecho de que el almacenamiento brindado por estos proveedores llegue a superar dicho límite temporal.

En primer lugar, partiendo de la literalidad del precepto que venimos comentando, podría pensarse que el tiempo máximo de almacenamiento de estos proveedores se superaría en el mismo momento en que el correo enviado por un usuario de la red hubiese llegado al buzón de su destinatario, ya que, en ese mismo momento se habría conseguido transmitir el correo que se pretendió transmitir, con lo que su proceso de transmisión habría finalizado.

Por otra parte, en relación con la segunda de las cuestiones planteadas, podría considerarse, como hacen muchos autores, que la superación de dicho límite temporal llevaría a que el proveedor en cuestión dejase automáticamente de estar amparado por la exención de responsabilidad otorgada por la LSSI a los proveedores de transmisión, lo que haría factible imputarle cualquier clase de responsabilidad que se pudiese derivar de su actuación.

Sin embargo, estas dos posibles interpretaciones olvidarían, a nuestro modo de ver, dos hechos esenciales.

En primer lugar, olvidarían que la transmisión o comunicación de datos en Internet, como cualquier acto comunicativo humano, es un proceso que comienza con la emisión de un contenido comunicativo, pero que no termina sino hasta que dicho contenido es efectivamente recibido por su destinatario. Pero además y en segundo lugar, también olvidarían que el artículo 14.2 LSSI que trata de estos proveedores no es un precepto que delimite ni trate de fijar el ámbito de lo que se les permite hacer en el ejercicio de su actividad, sino que

lo único que pretende definir es cuáles de los proveedores que realizan almacenamientos de contenidos ajenos con carácter temporal habrán de ser tratados como prestadores de servicios de transmisión y no de almacenamiento.

Lo primero, a nuestro juicio, obliga a considerar que hasta que el destinatario del mensaje o correo transmitido por la red no llega efectivamente a acceder al contenido de lo que se le ha enviado, el mensaje se estaría transmitiendo, con lo que si uno de estos proveedores lo almacena sin haber superado dicha frontera, lo hace por un tiempo «razonablemente necesario» para conseguir transmitirlo y tendrá que ser tratado como si de un verdadero prestador de servicios de transmisión se tratase.

Lo segundo, por su parte, nos lleva a entender que la superación, por parte de uno de estos proveedores, del límite temporal al que dicho precepto alude no determinará que su actuación deje de estar generalmente permitida, sino tan solo que ya no pueda ser valorada conforme a lo establecido en el artículo 14.1 LSSI y pase a tener que serlo atendiendo a lo fijado por el artículo 16 de dicha Ley. Es decir, atendiendo al artículo que, como vimos anteriormente, delimita el ámbito de lo permitido para los proveedores que prestan servicios de almacenamiento.

5. La responsabilidad del proveedor de servicios de *caching*

El artículo 15 LSSI establece un régimen jurídico distinto a los hasta ahora analizados para aquel prestador que, si bien almacena los datos ajenos en su servidor, lo hace de forma automática, provisional, temporal y con la única finalidad de hacer más eficaz su posterior transmisión a los sujetos que soliciten acceder a los mismos. Esto es, para los proveedores que suministran los servicios de *caching*.

Como fácilmente se puede comprobar, el suministro de servicios de *caching*, o de memoria tampón, como también se les ha dado en llamar, supone la prestación de un servicio de almacenamiento de contenidos ajenos, pero también conlleva la de otros servicios que tienen una marcada finalidad transmisora de los contenidos almacenados, lo que acerca la actividad de este proveedor a la que realizan los de transmisión contemplados en el artículo 14.2 de la LSSI.

Pese esta patente cercanía, la LSSI ha optado por establecer un régimen jurídico independiente y diferenciado para los proveedores de *caching*.

En concreto, la LSSI establece un régimen jurídico para estos proveedores que se sitúa a medio camino entre el previsto para los *proveedores de transmisión* y el que otorga a los denominados *proveedores de almacenamiento*, lo que ha llevado a que establezca unas limitaciones de su responsabilidad que, si bien no resultan idénticas a las que se contemplan en los artículos 14 y 16 LSSI para tales proveedores, si presentan notables semejanzas con las mismas.

Resulta significativo, en tal sentido, que el artículo 15 de la LSSI no contemple la posibilidad de excluir la exención general de responsabilidad que otorga a los proveedores de *caching* (como hace el art. 14.1 LSSI respecto a los proveedores de transmisión) en caso de que eligiesen a los destinatarios de la información ajena que ayudasen a transmitir. Esta divergencia se debe al hecho de que, mientras que en los servicios de transmisión el destinatario del contenido transmitido no tiene por qué haber solicitado la información que va a recibir, lo que permitirá que el proveedor de este tipo de servicios pueda elegir o seleccionar quiénes iban a hacerlo, esto no va a suceder con los de *caching*. En el suministro del servicio de *caching*, el proveedor solo podrá transmitir la información ajena que tuviese temporalmente almacenada en su servidor a aquellos usuarios que se lo hubiesen solicitado, lo que impide que pueda seleccionar a los destinatarios finales de dichos contenidos tal y como lo podría hacer el proveedor de transmisión.

El proveedor de *cached* no puede seleccionar directamente a los destinatarios de las transmisiones que ayuda a realizar. Las características técnicas de su servicio no le otorgan dicha posibilidad, luego no tendría sentido que el artículo 15 de la LSSI viniese a contemplar dicha actuación del proveedor como una de las que superarían el umbral de lo generalmente permitido y abrirían las puertas de su posible responsabilidad jurídica por la prestación de sus servicios.

Ahora bien, lo que este proveedor sí puede hacer es permitir que un usuario pueda acceder al contenido ajeno que tenía temporalmente almacenado en su servidor sin cumplir con las condiciones que previamente había impuesto su emisor original para permitirlo.

Así sucedería, por ejemplo, cuando un servidor de *cached* permitiese el acceso a dichos contenidos sin introducir aquella palabra clave (*password*) que su emisor inicial había exigido para permitirlo. En este caso, sería el proveedor de *cached*, y no el transmisor original del contenido transmitido, quien decidiría y elegiría las personas que podrían acceder al mismo, con lo que sería este intermediario de la red, y no el transmisor inicial, quien seleccionaría, de una forma cuando menos indirecta, a los receptores finales de lo transmitido.

Las similitudes de esta conducta del proveedor de *cached* con la actuación no permitida que efectúa el proveedor de transmisión que selecciona a sus destinatarios (art. 14.1 LSSI) son innegables y es precisamente por ello por lo que el artículo 15.b de la LSSI sitúa al margen de lo generalmente permitido al proveedor de *cached* que hubiese permitido que alguno de los usuarios de sus servicios hubiese podido acceder a los contenidos ajenos que almacenaban sin cumplir con «las condiciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita».

Otra previsión del artículo 15 LSSI que muestra la evidente cercanía existente entre el régimen jurídico otorgado al proveedor de *cached* y el que se establece para el proveedor de transmisión es aquella que aparece contenida en la letra *a* de dicho artículo, conforme a la cual se podrá imputar responsabilidad al proveedor de servicios de memoria tampón que hubiese modificado la información ajena que almacenaba en su servidor.

La similitud de esta conducta no permitida del proveedor de *cached* con aquella otra que contempla el artículo 14.1 LSSI con respecto a los proveedores de acceso o transmisión y que también permite imputarle responsabilidad si modifican los datos suministrados por el destinatario de sus servicios, resulta incuestionable.

En ambos casos, nos encontramos con conductas que convierten a los proveedores que las realizan en verdaderos creadores o proveedores, cuando menos parciales, de los contenidos finalmente difundidos desde su servidor, lo que llevará a que no se les pueda considerar como meros intermediarios de la difusión de contenidos ajenos y a que no puedan disfrutar de la exención general de responsabilidad que la LSSI otorga a quienes actúan como tales.

De hecho, la cercanía de ambos preceptos es tal que nos ha llevado a entender que, aunque el artículo 15.a LSSI no lo establezca de forma expresa, como sí lo hace el artículo 14.1 LSSI, no se podrá considerar como modificaciones no permitidas de contenidos ajenos aquellas que el proveedor de *caching* realizase de forma automática y por razones puramente técnicas de su servicio, ya que este tipo de alteraciones, al igual que sucede con las que los proveedores de transmisión realizan con fines análogos, tampoco afectarían a la integridad o al contenido final de la información ajena inicialmente transmitida, con lo que no convertirán a quienes las realizan en sus verdaderos creadores.

Ahora bien, como ya hemos adelantado, la LSSI no solo delimita el ámbito de lo generalmente permitido para los proveedores de memoria también por la prestación de sus servicios mediante el establecimiento de unos requisitos muy similares a los contemplados respecto a otros proveedores, como los de transmisión. También fija dicho ámbito de actuación mediante la exigencia de condiciones o requisitos que atienden específicamente a las particularidades que este tipo de servicios presentan.

Así sucede con los requisitos establecidos en las letra *c* y *d* del artículo 15 LSSI, apartados que condicionan la exención general de responsabilidad de estos proveedores por la prestación de sus servicios al hecho de que actualicen de una determinada forma la información ajena que tenían almacenada y a que no interfieran en la utilización lícita de tecnología destinada a la obtención de datos sobre la utilización de la información ajena que ayudasen a transmitir.

Comenzando por esta última limitación, hemos de señalar que, a nuestro juicio, la misma convierte en no permitidas las interferencias que los proveedores de *caching* realizasen sobre la utilización de tecnología lícita de obtención de datos de uso del contenido que ayudaban a difundir para garantizar, por ejemplo, que los instrumentos de control de visitas que su emisor originario pudiese tener establecidos (tan importantes en ocasiones para medir o evaluar, por ejemplo, el precio de la inserción de publicidad en el mismo o para efectuar una publicidad personalizada) no resulten completa o parcialmente ineficaces, precisamente, como consecuencia de la intervención en su difusión de los proveedores de servicios de *caching*.

Solo cuando el proveedor de *caching* establezca unos sistemas de almacenamiento temporal y automático de contenidos ajenos que garanticen que quienes establecen estos mecanismos de control recibirán la misma información, si dichos contenidos se visitan en su lugar de almacenamiento temporal (en el servidor de *caching*) o en su lugar de emisión original, dejará de interferir en el uso de dichas tecnologías y actuará dentro del ámbito de lo generalmente permitido, lo que supone que estos proveedores tendrán que establecer esta clase de sistemas si pretenden evitar que el usuario de dichos mecanismos pueda llegar a exigirles cualquier tipo de responsabilidad jurídica por el daño que le llegase a ocasionar la pérdida de información estadística derivada de su no implantación.

Más controvertida resulta la limitación establecida en el primero de los apartados citados, el de la letra *c* del artículo 15 de la LSSI, según la cual el proveedor que venimos comentando tan solo quedará exento de responsabilidad por la prestación de sus servicios cuando respete en el mismo «las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información».

Resulta ciertamente difícil establecer, atendiendo a criterios puramente técnicos, un límite temporal rígido a la hora de definir la duración del almacenamiento automático y transitorio de contenidos ajenos que están autorizados a realizar los proveedores de *caching*, ya que dicha duración, como consecuencia de la usual renovación de contenidos albergados en este tipo de servicios, podrá depender tanto de la capacidad de almacenamiento con que contase cada servidor, como del número de peticiones que cada uno de los contenidos almacenados recibiese.

Precisamente por ello, DCE convirtió «las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información» en el referente esencial a tener en cuenta a la hora de delimitar la duración de los almacenamientos de contenidos ajenos que podrían realizar los proveedores de *caching* de forma completamente permitida, postura que, como se puede comprobar, ha sido directamente acogida por el artículo 15.c de nuestra LSSI.

Esta expresión legislativa supone la expresa aceptación legal de un «estándar» industrial o profesional como criterio básico de referencia en el análisis o valoración jurídica de los almacenamientos realizados por estos proveedores, criterio que, si bien parte de que dichos sujetos tienen que actualizar y eliminar los contenidos ajenos que almacenan en su servidor de forma periódica, delimita dicho deber de una forma lo suficientemente flexible como para que pueda adaptarse y pueda responder a las evoluciones técnicas y también a las muchas particularidades que la prestación de este tipo de servicios presenta en una realidad tan cambiante y diversa como la existente en Internet.

Se fija así el criterio objetivo de referencia desde el que se tendrá que valorar si el almacenamiento automático y temporal de contenidos ajenos realizado por un proveedor de *caching* se mantendrá dentro del ámbito de lo generalmente permitido para el mismo o podrá llegar a acarrearle alguna responsabilidad jurídica, precisamente, como consecuencia de que su suministro hubiese superado la duración que se considera como generalmente permitida o admisible en la prestación de sus servicios.

Ahora bien, la importancia de la actualización de contenidos ajenos inherente a la prestación de servicios de *caching* no solo ha encontrado reflejo normativo en el comentado precepto, sino que también se ha reflejado, a nuestro modo de ver, en la última de las condiciones que impone la LSSI para mantenerlos dentro del ámbito de lo generalmente permitido, la contenida en la letra *e* de su artículo 15.

Según dicho precepto, los proveedores de *caching* quedarán exentos de responsabilidad solo si: «retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1. Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.
2. Que se ha imposibilitado el acceso a ella.
3. O que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella».

Este precepto, al igual que sucedía con los contemplados en los artículos 16.1.b y 17.1.b LSSI, referidos a los proveedores de almacenamiento y de enlaces, respectivamente, no delimita el dolo, ni atribuye posición de garante alguna a estos proveedores con respecto a los ilícitos o delitos que se pudiesen derivar de la difusión de los contenidos ajenos efectuados gracias a sus servicios, sino que tan solo trata de delimitar y definir cómo deben actuar para mantener sus servicios dentro del ámbito de lo generalmente permitido.

El artículo 15.e LSSI cumple, entonces, con respecto al proveedor de *caching*, con una función muy similar a la que desempeñan los artículos 16.1.b y 17.1.b LSSI en relación con los proveedores de almacenamiento y de enlaces, aunque lo hace de una forma ciertamente diferente.

Frente a ellos, el artículo 15.e LSSI solo permite dejar completamente exentos de responsabilidad a los proveedores de *caching* si retiran o bloquean **inmediatamente** los contenidos que almacenan (no de forma diligente como sucedía con aquellos), y lo hacen, además, no solo cuando hubiesen conocido efecti-

vamente que un órgano competente había ordenado su retirada o bloqueo, sino también cuando conociesen que **ya había sido retirado o bloqueado** en su lugar de origen.

Lo que el legislador pretende mediante estas últimas prescripciones no es sino asegurarse de que los proveedores de *caching* actualicen y eliminen, en su caso, los contenidos ajenos temporalmente almacenados en sus servidores no solo cuando ello se derive de la realización de las actualizaciones periódicas que se efectúen conforme a «las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector» a las que alude el artículo 15.c LSSI, sino también cuando llegasen a conocer efectivamente que tales contenidos ya no resultaban accesibles en su lugar de origen o que no debían de estarlo porque así lo había ordenado un órgano competente para poder hacerlo.

El apartado *e* del artículo 15 LSSI actúa, por tanto, como una simple ampliación de la regla general de actualización estándar contemplada en el apartado *c* del mismo artículo y viene a incrementar el número de los casos en los que la no actualización o eliminación de los contenidos ajenos que tuviesen almacenados por parte de los proveedores de *caching* podría llegar a generarles responsabilidad. Lo que pretende conseguir es que, además de que las órdenes de retirada de determinados contenidos referidas a sus ubicaciones originales resulten realmente efectivas y no se vean vulneradas por el mantenimiento automático de copias del mismo en dichos proveedores, también se evite que estos proveedores pudiesen llegar a eludir las posibles responsabilidades jurídicas que se les pudiesen atribuir por no haber eliminado los contenidos ajenos que sabían que ya no estaban o debían estar disponibles en su lugar de origen, amparándose en el hecho de que no tenían que hacerlo conforme a las reglas de actualización generalmente seguidas en su sector de actividad y en que nadie les había ordenado expresamente que lo hiciesen.

Esto obliga a entender que el proveedor de *caching* puede ser considerado responsable por no haber eliminado o bloqueado aquellos contenidos ajenos que tenía obligación de borrar o bloquear en más supuestos de los que lo podrían ser los proveedores de almacenamiento o de enlaces. El nivel de riesgo permitido otorgado por la LSSI para sus servicios resulta, por tanto, mucho más reducido que el que concede a estos últimos sujetos, lo que, a nuestro modo de ver, se fundamenta en que, si bien ambos proveedores almacenan contenidos ajenos, lo hacen de una forma que les otorgan un papel muy diferente en su efectiva difusión, ya que mientras el proveedor de *hosting* los almacena de forma permanente y es quien lo hace así accesible de forma estable a sus destinatarios, el de *caching* solo los alberga de forma temporal y automática, y lo hace para agilizar y hacer más rápido el acceso al mismo a sus usuarios, con lo que la retirada de su servicio solo ralentizará, pero no impedirá que el contenido en cuestión continúe accesible para los internautas en su lugar de emisión original.

Así, pues, habrá que entender que el hecho de que los proveedores de almacenamiento o *hosting* tengan un papel mucho más importante que los de *caching* a la hora de garantizar la difusión de contenidos ajenos en Internet ha sido determinante para que la LSSI otorgue a los primeros un nivel de riesgo permitido mayor en el ejercicio de sus actividades que a estos últimos sujetos, ya que solo protegiendo especialmente el papel de los primeros se podrá garantizar que Internet siga siendo un espacio donde se garanticen y protejan las libertades de expresión y de información.

Ejercicios de autoevaluación

1. Las prescripciones contenidas en la LSSI con respecto a la posible responsabilidad jurídico-penal de los distintos proveedores de servicios...

- a) definen las posiciones de garante que obligarán a dichos sujetos a dejar de prestar sus servicios con respecto a determinados contenidos ajenos.
- b) concretan el nivel de riesgo que se les permite generar de forma general en el ejercicio de sus labores de intermediación para garantizar el correcto ejercicio de las libertades de expresión e información Internet.
- c) establecen con qué dolo debe actuar un proveedor para poder ser autor de un delito por ayudar a difundir un contenido ajeno.
- d) determinan con qué dolo debe actuar un proveedor para poder ser partícipe de un delito por ayudar a difundir un contenido ajeno.

2. El proveedor de servicios de almacenamiento...

- a) podrá recibir responsabilidad penal por mantener indebidamente su servicio respecto a un contenido ajeno si tiene conocimiento efectivo de su declaración de ilicitud.
- b) responderá por los contenidos ajenos siempre que sea el empleador de aquel que publicó un contenido penalmente ilícito en Internet gracias a sus servicios.
- c) tendrá siempre, y en todo caso, una posición de garante con respecto a los contenidos ajenos que albergue, con lo que si no los borra pudiendo hacerlo, responderá por su distribución en comisión por omisión.
- d) tendrá que retirar el contenido ajeno que almacene tan pronto como sospeche que el mismo es ilícito.

3. El proveedor de enlaces...

- a) tendrá que borrar el contenido enlazado si cree y está convencido de que es ilícito para poder quedar exento de responsabilidad penal.
- b) podrá responder por haber establecido un enlace a un contenido ajeno si sabe que el mismo había sido declarado como ilícito por una autoridad competente para hacerlo.
- c) siempre, y en todo caso, estará obligado a dejar de prestar sus servicios tan pronto como reciba un requerimiento de un interesado que se lo solicite, siendo penalmente responsable si no lo hace.
- d) responderá jurídicamente si no procede a eliminar su servicio respecto a un contenido ajeno en el mismo instante en que sepa que este habría sido declarado ilícito.

4. El proveedor de servicio de correo electrónico...

- a) será considerado como proveedor de transmisión de los mensajes ajenos que almacene por la LSSI hasta que el mensaje haya sido recibido por su destinatario.
- b) siempre será considerado como un proveedor de servicio de almacenamiento respecto a los mensajes ajenos que almacene.
- c) será considerado como proveedor de transmisión tan solo hasta que el mensaje que ayuda a transmitir aparezca en la cuenta de su receptor, aunque este no haya llegado a acceder al mismo.
- d) será considerado como un proveedor de *caching*, ya que almacena de forma automática los mensajes transmitidos por otros.

5. ¿Cuál de estas circunstancias NO abrirá las puertas a que se pueda atribuir responsabilidad al proveedor de servicios de acceso a Internet por los contenidos que el beneficiario de sus servicios distribuya en la red?

- a) Que el proveedor seleccione a los destinatarios de tales mensajes.
- b) Que el proveedor altere el contenido del mensaje transmitido.
- c) Que el proveedor conozca el carácter ilícito del contenido que el beneficiario de sus servicios va a distribuir en la red.
- d) Que el proveedor seleccione los datos transmitidos por el usuario.

6. El proveedor de *caching*...

- a) podrá responder jurídicamente si dirige la actividad realizada por el beneficiario de sus servicios.
- b) podrá responder jurídicamente si no elimina de forma diligente los contenidos ajenos que almacene, pese a sospechar que eran ilícitos.
- c) no responderá nunca por almacenar contenidos ajenos, a no ser que estos hayan sido declarados previamente como ilícitos por un órgano competente para poder hacerlo.
- d) podrá responder jurídicamente por la difusión de contenidos ajenos si no actualiza los contenidos que almacena en su servidor conforme a lo que suele ser lo usual en su sector de actividad.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. a

3. b

4. a

5. c

6. d

Bibliografía

Galán Muñoz, A. (2010). *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet. Un estudio sobre la incidencia penal de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Tomillo, M. (2006). *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*. Cizur Menor: Aranzadi.

Mata y Martín, R. (2004). «Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen». En: C. Ruiz Miguel y otros. *Temas de Direito da informática e da internet*. Coimbra: Editora Coimbra.

Miró Llinares, F. (2012). «Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los tribunales españoles». En: S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo (dirs.); V. Gómez Martín (coord.). *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez Sau, C.; Rubio Velázquez, R. (2002). *Todo sobre la LSSI y de comercio electrónico*. Barcelona: Editorial Experiencia.

Sieber, U. (1999). *Verantwortlichkeit in Internet. Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedialrechtlichen Regelungen*. Múnich: V. Beck.