

EL DERECHO DE INTERNET

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

EL DERECHO DE INTERNET

Francisco Pérez Bes (Coord.)

Pablo García Mexía

Lucas Blanque Rey

Alicia Sigüenza

Javier Puyol

Jorge Villarino

Borja Adsuara

Antonia Paniza Fullana

Mercedes Fuertes

Eloy Velasco

Agustín Puente

Rafael García del Poyo

Samuel Martínez Rojas

Vicente Moret

María José Santos

Elvira Tejada

Ana Olmos

Colección: Derecho mercantil

Directora:

Isabel Fernández Torrez

Profesora contratada doctor.

Acreditada a profesor titular

Universidad Complutense de Madrid

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Francisco Pérez Bes (Coord.), Pablo García Mexía, Lucas Blanque Rey, Alicia Sigüenza, Javier Puyol, Jorge Villarino, Borja Adsuara, Antonia Paniza Fullana, Mercedes Fuertes, Eloy Velasco, Agustín Puente, Rafael García del Poyo, Samuel Martínez Rojas, Vicente Moret, María José Santos, Elvira Tejada y Ana Olmos

© 2016 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

ISBN: 978-84-16652-07-5

Depósito legal: B-3072-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
<i>Francisco Pérez Bes</i>	
CAPÍTULO I. EL DERECHO DE INTERNET	17
<i>Pablo García Mexía, J.D., PhD.</i>	
I. Ideas introductorias	17
I.1. La evolución de Internet desde 1995:	
Panorama general de sus repercusiones legales.	17
I.2. Acerca de la denominación del Derecho de la Red.....	20
II. La evolución histórica del Derecho de Internet	20
II.1. El ciberespacio como «lugar» y la llamada ciberanarquía	21
II.2. Las visiones «no excepcionalistas» del Derecho de la Red	21
II.2.A. Los ataques anti-ciberlibertarios.	22
II.2.B. La regulación jurídica de la Red es un hecho hoy en día.....	22
III. El método del Derecho de la Red	23
III.1. Las características del Derecho de Internet	23
III.2. Las consecuencias metodológicas de las referidas características	24
III.2.A. La problemática de las fuentes del Derecho de Internet	24
III.2.B. Internet y jurisdicción	26
III.2.C. El Derecho de la Red como «antesala de reflexión»	28
III.2.E. El Derecho de Internet, en fin, como rama autónoma del Derecho	29
IV. El contenido (presente y futuro) del Derecho de Internet	30
IV.1. ¿Una regulación del código de Internet?	31
IV.2. La regulación de la red física	32
IV.3. La regulación de los contenidos	33
Epílogo: <i>Lex robótica</i> y Derecho digital	36

CAPÍTULO II. EL DEPÓSITO LEGAL DE LAS PUBLICACIONES EN LÍNEA (REAL DECRETO 635/2015, DE 10 JULIO)	41
<i>Lucas Blanco Rey</i>	
I. Introducción	41
II. El régimen jurídico del depósito legal	42
III. La regulación del depósito legal de publicaciones en línea	46
CAPÍTULO III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET	57
<i>Alicia Sigüenza Flórez</i>	
I. Introducción	57
II. La proyección de la libertad de expresión en Internet como nuevo derecho fundamental	58
III. Conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos	61
1. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen	61
2. Los derechos de propiedad intelectual	63
2.1. Trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social	64
IV. El régimen especial de responsabilidad de los intermediarios de Internet en supuestos de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos . .	66
CAPÍTULO IV. BIG DATA.	69
<i>Javier Puyol Montero</i>	
I. Introducción	69
II. Concepto	70
III. Características	73
IV. Aplicación.	76
V. Aspectos regulatorios	79
CAPÍTULO V. ASPECTOS LEGALES DEL CLOUD COMPUTING	87
<i>Jorge Villarino Marzo</i>	
I. Introducción: definición, características, modelos de implantación y modelos de servicio.	87
II. Los retos jurídicos del <i>cloud</i> , la normativa aplicable y el estatuto jurídico de las partes	90
III. Otros aspectos jurídicos: medidas de seguridad, portabilidad y cláusulas de salida.	100
Conclusión	103
CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DE LA «IDENTIDAD DIGITAL» Y LA «REPUTACIÓN ONLINE».	105
<i>Borja Adsuara Varela</i>	
I. Introducción	105
a. Redes semánticas	106
b. Términos relacionados con el concepto de «identidad»:	106
c. Términos relacionados con el concepto de «reputación»:	107
II. ¿Qué es la identidad?	107
III. ¿Un derecho fundamental a la identidad?	108

a) La Constitución (1978).....	108
b) La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948)....	109
c) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)	109
d) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).....	109
IV. La protección de la identidad en el Código Penal.....	111
a) La identidad	111
b) La identificación	111
c) El estado civil	112
d) Los datos personales	113
e) El nombre	113
V. La protección de la identidad en otras leyes.	113
a) La Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (2015)	113
b) La Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (1999)	114
c) Ley del Registro Civil (2011)	115
VI. La protección de la identidad en el entorno digital	116
VII. ¿Qué es la reputación?.....	117
VIII. La reputación como derecho humano	118
a) La Constitución (1978).....	118
b) La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	118
c) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)	119
d) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010) .	119
e) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).....	119
IX. La protección de la reputación en el Código Penal.....	120
a) Honor	120
b) Propia imagen	120
c) Sinónimos: dignidad, fama, estimación, crédito, prestigio	120
X. La protección de la reputación en otras leyes.....	121
a) Ley Orgánica de Protección Civil (1982).....	121
b) Ley de Marcas (2001).....	121
c) Ley de Competencia Desleal (1991)	122
XI. La protección de la reputación <i>online</i>	122
 CAPÍTULO VII. EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INTERNAUTA.....	 125
<i>Antonia Paniza Fullana</i>	
I. Ideas previas: el concepto de consumidor y el consumidor de contenidos digitales	125
II. Marco normativo y sus especialidades	128
III. La protección del consumidor en la contratación electrónica.....	130
1. En general.....	130
2. Los deberes de información previos a la contratación	131
3. La documentación de la información y otros requisitos formales ...	133
4. El derecho de desistimiento	134
IV. Un supuesto específico: la contratación electrónica de viajes combinados y servicios asistidos de viaje (los «click through»)	135

V. Algunos aspectos relacionados con la publicidad y el consumidor en el comercio electrónico.	139
1. Comunicaciones comerciales por vía electrónica	139
2. La protección del consumidor y su privacidad: el uso de <i>cookies</i> . . .	141
CAPÍTULO VIII. NEUTRALIDAD DE LA RED Y CALIDAD DEL SERVICIO	145
<i>Mercedes Fuertes</i>	
1. Introducción	145
1. Unas mínimas condiciones de calidad	147
2. Una gestión razonable sin discriminación	150
3. La información veraz y el principio «no sin mi consentimiento previo».	156
CAPÍTULO IX. LA PRUEBA TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL.	159
<i>Eloy Velasco</i>	
I. Introducción	159
II. Derechos afectados en la investigación penal tecnológica	162
III. Obtención de la prueba tecnológica	165
1. En redes	166
2. En terminales	167
3. En dispositivos almacenadores de memoria informática.	169
a) Los aporta la víctima	170
b) Se ocupan al imputado en lugar cerrado	170
c) Se ocupan al imputado en espacio público	171
d) Se ocupan al imputado en poder de tercero	173
e) Se ocupan a tercero.	174
IV. Aseguramiento de la prueba tecnológica.	175
V. Custodia de la prueba tecnológica	176
VI. Análisis pericial de la Información de la prueba tecnológica	178
CAPÍTULO X. EL «DERECHO AL OLVIDO»	181
<i>Agustín Puente</i>	
I. Introducción. La trascendencia de la sentencia del «Caso Google».	181
II. El fundamento del «derecho al olvido». Una denominación engañosa. . .	183
III. El razonamiento de la Sentencia. La garantía de los derechos a la intimidad y la protección de datos como fundamento del «derecho al olvido».	193
3.1. La aplicabilidad de la Directiva 95/46/CE	193
3.2. Los conceptos de dato personal, tratamiento y responsable en la sentencia.	197
3.3. Aplicación de los principios de calidad de datos y legitimación para el tratamiento.	199
3.4. El ejercicio de los derechos de bloqueo, supresión y oposición. Las características del «derecho al olvido» según el Tribunal	201
IV. Las consecuencias de la Sentencia. La actuación posterior de Google y los criterios de ponderación.	213
4.1. Cuestiones prácticas relacionadas con el ejercicio del derecho	214
4.2.1. Primeras aproximaciones a la sistematización de los criterios para llevar a cabo la ponderación exigida por la sentencia . . .	221

CAPÍTULO XI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS	225
<i>Rafael García del Poyo y Samuel Martínez Rojas</i>	
I. Introducción. La expansión de los prestadores de servicios de intermediación	225
II. Tipologías de prestadores de servicios de intermediación	226
III. Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación	230
3.1. Consideraciones preliminares	230
3.2. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso. .	235
3.3. Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (<i>catching</i>)	237
3.4. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.	239
3.5. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda	244
VI. Principales diferencias entre la LSSI y la Directiva 2000/31/CE	249
VII. Régimen sancionador incluido en la normativa de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico	250
VIII. Conclusiones	251
CAPÍTULO XII. EL MARCO JURÍDICO DE LA CIBERSEGURIDAD EN ESPAÑA	253
<i>Vicente Moret</i>	
I. Poderes públicos y ciberespacio	253
II. Las amenazas en el ciberespacio	256
III. El marco jurídico de la ciberseguridad en España	260
La Constitución	260
El marco legal de la ciberseguridad en España	267
Conclusiones	275
IV. El marco jurídico europeo de la ciberseguridad	276
V. La futura Directiva NIS	278
VI. El marco jurídico-administrativo de la ciberseguridad tras la aprobación de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional	283
La Estrategia de Seguridad Nacional	284
La Estrategia de Ciberseguridad Nacional	288
El sistema Nacional de Ciberseguridad	290
El Comité Especializado de Ciberseguridad	290
El Comité Especializado de Situación	292
La estructuración de la dirección del Comité Especializado de Ciberseguridad	292
V. El marco jurídico de la ciberdefensa	293
El marco jurídico de la OTAN	294
El marco jurídico español	295
La Directiva de Defensa Nacional 2012	295
La Ciberdefensa en sus normas reguladoras	297
VI. Conclusiones y propuestas	298
CAPÍTULO XIII. LA GESTIÓN DE INCIDENTES DE SEGURIDAD EN LA RED	301
<i>María José Santos</i>	
I. Contexto legal europeo	301

1.	Contexto legal español.	305
a.	Seguridad Nacional española.	305
b.	Los equipos de respuesta a emergencias informáticas (CERTs) . .	306
c.	Regulación de la gestión de incidentes de seguridad informática en España	307
CAPÍTULO XIV. LA RETENCIÓN OBLIGATORIA DE DATOS DE TRÁFICO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y LA PRESERVACIÓN ESPECÍFICA DE DATOS INFORMÁTICOS COMO HERRAMIENTAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL.		315
<i>Elvira Tejada</i>		
I.	Introducción.	315
II.	Retención obligatoria de datos informáticos	320
a)	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de abril de 2014	322
b)	Efectos de la invalidación de la Directiva 2006/24CE en las legislaciones internas sobre la materia	327
c)	Análisis de la Ley 25/2007 en atención a la Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014	329
III.	Preservación específica de datos informáticos.	335
CAPÍTULO XV. LA GOBERNANZA DE INTERNET.		343
<i>Ana Olmos</i>		
I.	Introducción.	343
II.	Eficiencia de la regulación técnica	344
III.	Papel de Estados Unidos	347
IV.	La Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información.	349
V.	Foro de Gobernanza de Internet	351
VI.	NETMundial	352
VII.	Recursos Críticos de Internet	354
1.	Traspaso de las funciones IANA.	355
2.	Rendición de cuentas de ICANN	356
VIII.	Retos para la Gobernanza de Internet.	358

PRÓLOGO

Cuando la profesora Isabel Fernandez (UCM) pensó en mi para dirigir esta obra, mis primeras reacciones fueron la de un profundo agradecimiento —que aún mantengo— y la sensación de poder cumplir con un antiguo deseo, como era el de participar en la publicación de un libro sobre aspectos jurídicos de Internet.

En este caso he tratado de darle a esta publicación un doble enfoque: por un lado, un toque personal, aprovechando la libertad de poder contar con un grupo de profesionales que, desde mi punto de vista, trabajan en conocer y difundir los aspectos jurídicos que encierra la sociedad de la información de una manera rigurosa, generosa y constructiva. Y a los que, además, considero profesionales de primer nivel avalados por una trayectoria profesional brillante, que abordan cualquier iniciativa de este tipo desde la excelencia.

En cuanto a los temas que se han querido abordar, desde el principio éramos plenamente conscientes de que escribir sobre derecho e internet tiene el peligro de quedar rápidamente obsoleto. Con tal de evitar eso, se ha tratado de dar a los temas que se abordan una visión amplia, de manera que se puedan analizar aquellos principales problemas que no solo nos afectan en la actualidad, sino que considero van a seguir existiendo a largo plazo.

Por eso no es casualidad que el primero de los capítulos sea una reflexión sobre la regulación de internet y del ciberespacio, en el que se trata desde un punto de vista de análisis y reflexión cuál es y debe ser la regulación de este nuevo escenario en el que vive una sociedad conectada. Este es sin duda, uno de los capítulos más difícil de escribir, que el autor resuelve con maestría.

Partiendo de esa base, se van analizando, de manera conectada, diferentes aspectos que resultan de capital importancia a la hora de tratar el asunto de la regulación de internet.

En particular, y dentro de la problemática que encierra la propiedad intelectual en la Red, se trata una de las principales novedades surgidas en este ámbito, como es el del depósito legal de las publicaciones online y un análisis del reciente Real Decreto 635/2015, cuya aplicación práctica será compleja.

El lector también encontrará un capítulo dedicado a los derechos fundamentales en la Red, aunque centrado en la libertad de expresión en Internet como paradigma de la problemática que plantea Internet en el ámbito de la compartición de información, contenidos y opinión.

Derivado de lo anterior, se abordan los fenómenos del *Big Data* y *Cloud Computing*, cuyos retos jurídicos son muy amplios, y exigen un análisis legal riguroso que sienta las bases para poder abordar las grandes problemáticas que ya está planteando en el mercado.

También los temas de identidad digital y reputación online han venido siendo, y continuarán siendo, una de las principales materias a abordar desde una perspectiva legal. No sólo desde el punto de vista marcarío y de negocio para las empresas, sino también desde el punto de vista del individuo, y de otras consecuencias que también se tratan en el libro, como es lo que afecta al derecho al olvido o a los ciudadanos necesitados de una especial protección, como es el caso de los menores.

La protección del consumidor internauta es un tema clave a tratar cuando se estudia el comercio electrónico, y por eso merece un apartado específico donde analizar los principales aspectos jurídicos y herramientas que el elenco normativo reserva a este nuevo consumidor.

También encontrará el lector tratamiento de temas más técnicos, como son el de la neutralidad de la red y la prueba tecnológica en el proceso penal, que se abordan con visión jurídica ambos, y muy práctica el segundo, lo que aporta un alto valor añadido al tratamiento de esta materia dentro del conjunto.

Mención especial merecen los capítulos en los que se trata un tema novedoso, pero de una importancia creciente que, de una manera u otra, va a exigir a la profesión jurídica tener conocimientos sobre este tema, no sólo cuando asesoren, sino también a nivel de ciudadano. Nos referimos a la ciberseguridad. En este caso, se ha pretendido que el enfoque en su tratamiento fuese de difusión y concienciación; por ello se hace una exposición clara y ordenada sobre cuál es la regulación aplicable, y se detiene en la resolución de incidencias.

Dentro de los temas que han tenido, y tendrán, gran repercusión en lo que al derecho digital se refiere, no podría faltar el derecho al olvido y su gran complejidad a la hora de diferenciarlo de otros derechos. Por ello se ha querido exponer no sólo la historia de su reconocimiento, sino

que el autor profundiza de manera brillante en su verdadera naturaleza y evolución.

Para terminar, la responsabilidad de los intermediarios, que vuelve a resurgir con fuerza en una nueva era del Internet de las cosas o del «todo conectado», incluyendo ropa, objetos cotidianos y hasta ciudades, que de buen seguro planteara nueva conflictividad.

Por último, se cierra el círculo con un elemento que cohesiona todo lo anterior, como es el tema de la Gobernanza de Internet, con el ánimo de dar una visión global a los aspectos regulatorios, así como a su problemática internacional.

Es mi deseo que este libro sirva de consulta a los profesionales del Derecho digital, que no sólo ven a Internet como una fuente creciente de problemas legales, sino que se ven a sí mismos como agentes con la responsabilidad de involucrarse a la hora de aportar propuestas y soluciones válidas sobre cómo debe ser el futuro de la regulación de Internet en todos sus aspectos.

Francisco Pérez Bes

*Secretario General del Instituto Nacional
de Ciberseguridad de España (INCIBE)*

*Vocal de la Comisión Jurídica del Consejo General
de la Abogacía Española (CGAE)*

*Vicepresidente de la Asociación de Expertos Nacionales
de la Abogacía TIC (ENATIC)*