



*Moisés Barrio Andrés*

# Introducción al Derecho de las nuevas tecnologías



# Introducción al Derecho de las nuevas tecnologías

Moisés Barrio Andrés

© Moisés Barrio Andrés, 2021

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

**Wolters KluwerLegal & Regulatory España**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** +34 91 602 01 82

**e-mail:** clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** Octubre 2021

**Depósito Legal:** M-25638-2021

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-579-1

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-580-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

#### IV. LA FUNCIÓN PARAJURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN INTERNET

La actividad regulatoria que venimos examinando se expresa como sabemos de diversas maneras, ya que se trata no de una concreta forma jurídica, sino de una modalidad de actividad administrativa, cuya finalidad es intervenir en el mercado para equilibrarlo y, por este medio, garantizar la libre competencia y los derechos de los ciudadanos. De este modo, crecientemente se han asignado también a la Administración funciones de resolución de conflictos, más allá de la «actividad arbitral» que acuñó hace años entre nosotros PARADA VÁZQUEZ.<sup>64</sup> Su intervención tiene carácter obligatorio, forma parte esencial de su actividad de regulación y garantía, y ha recibido la denominación de función *cuasijurisdiccional* o *parajurisdiccional* de la Administración reguladora.<sup>65</sup>

La atribución de funciones de resolución de conflictos a autoridades administrativas no es un tema nuevo en el moderno Derecho Público<sup>66</sup>, con ejemplos bien conocidos en algunos sectores liberalizados como las telecomunicaciones o el sector eléctrico (y otros como el deporte), tiene un doble efecto positivo, rapidez en las decisiones y tecnicidad en las mismas, siempre que se cumplan tres condiciones: la existencia de un proceso establecido en la ley para solucionar el conflicto, el posterior control de dichas decisiones por la autoridad judicial y que la competencia parajurisdiccional atribuida por la ley sea compatible desde el punto de vista sustantivo con el campo de actividad de la autoridad administrativa, atendiendo al principio de especialidad.

Así, CHEVALIER<sup>67</sup> ha subrayado cómo la potestad de resolución de conflictos requiere de «una competencia técnica, una independencia de espíritu, una autoridad moral, que transforma al "experto" en "sabio", por lo que tendría una especie de altura de vista necesaria para ejercer su función; pero la regulación supone también un conocimiento íntimo del sector que se está regulando, contactos estrechos con sus representantes, que imponen un procedimiento de acercamiento con el medio y la distancia correlativa de los límites que resultan de su pertenencia al aparato burocrático».

La asignación de esta clase de funciones a las Administraciones Públicas tiene una explicación bastante evidente en el marco de las transformaciones<sup>68</sup> del clásico Estado gestor en el nuevo Estado regulador y garante. Este cambio ha abierto nuevos espacios a la actuación de personas físicas y jurídicas de carácter privado, que antes estaban ocupados por organismos administrativos. Siguen siendo, no obstante, actividades que se

---

64. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: «Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador», en *Revista de Administración Pública*, n.o 52, 1967.

65. *Vid.*, por ejemplo, ROPPO, Vincenzo: «Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti», en *Politica del Diritto*, n.o 1, 2000, pág. 159 y ss.

66. GRISWOLD, Erwin: «The Federal Courts Today and Tomorrow: A Summary and Survey», en *South Carolina Law Review*, Vol. 38, 1987, pág. 393 y ss.

67. CHEVALLIER, Jacques: *L'État post-moderne*. Editorial LGDJ, París, 2014, 4ª edición, capítulo I.

68. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, Tomo XIV, pág. 258 y ss.

reputan de utilidad pública o de interés general en cuanto que relevantes para asegurar el bienestar y el nivel de vida de los ciudadanos. Cuando la Administración se relacionaba directamente con los usuarios de los viejos servicios públicos, o cuando supervisaba la actividad de los concesionarios gestores de los mismos, resolvía los conflictos que se planteaban mediante actos de carácter imperativo, ejecutivos como todos los suyos pero susceptibles de un control jurisdiccional último.

En la actualidad, sin embargo, se trata de actividades de carácter privado, que gestionan empresas privadas que son titulares de las mismas en virtud, la mayor parte de las veces, de la libertad constitucional de empresa o de títulos habilitantes que otorga la propia Administración. Los conflictos no se plantean ya entre un servicio público y sus usuarios, sino entre empresas que desarrollan una actividad en régimen de competencia en el mercado y los particulares que utilizan sus servicios. Sin embargo, forma parte de la actividad regulatoria que los conflictos que se generan los siga resolviendo la Administración. No hay aquí ninguna clase de actividad arbitral, sino que estamos ante el componente «parajurisdiccional» que tiene la actividad de regulación. Esta clase de conflictos siempre se refiere a la aplicación de normas y disposiciones de Derecho Público procedentes de los órganos reguladores que, en último término, es el regulador administrativo el que debe interpretar y hacer cumplir. Los conflictos conciernen siempre a la exacta aplicación de las regulaciones existentes, y quien ha de despejar los problemas, resolviendo las discrepancias, es el propio regulador. En este sentido, estimamos que la función parajurisdiccional que deben cumplir los entes reguladores parte del supuesto esencial que la intervención del Estado en la economía es, ante todo, una intervención técnica para equilibrarlo.

En el marco actual, esta función resolutoria de conflictos se ha extendido también a las garantías primarias de otros derechos en los que no se producían tradicionalmente intervenciones administrativas porque las controversias estaban, en primer término, atribuidas a la jurisdicción ordinaria. En lo que se refiere a Internet, cabe apuntar dos campos muy notables: la intervención de los reguladores en los conflictos que se generan entre empresas que cuentan con ficheros informáticos que contienen datos personales y las personas concernidas por dichos ficheros, y la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las descargas ilegales en Internet.

#### **4.1. La protección de datos**

Los supuestos de intervención de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para evitar la creación y utilización de ficheros que consignen datos concernientes a las personas físicas, especialmente en lo que afecta a su honor e intimidad personal y familiar, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas reguladoras, es igualmente expresivo de la función de garantía de los derechos que venimos analizando, extendida a los derechos fundamentales, que ejerce la Administración reguladora.

El fundamento jurídico de la actuación en este caso está en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de

los derechos digitales (LOPDGDD), según el cual «Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos supervisar la aplicación de esta ley orgánica y del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, ejercer las funciones establecidas en el artículo 57 y las potestades previstas en el artículo 58 del mismo reglamento, en la presente ley orgánica y en sus disposiciones de desarrollo. Asimismo, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos el desempeño de las funciones y potestades que le atribuyan otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea».

Entre otros derechos conferidos por la legislación de protección de datos, los interesados tienen reconocidos sus derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, derecho a la limitación del tratamiento y derecho a la portabilidad (art. 15 y ss. RGPD y art. 12 y ss. LOPDGDD).

Concretamente, el derecho de oposición es el que permite al interesado que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en determinados supuestos, como cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento (siempre que exista un motivo legítimo y fundado, referido a su específica situación personal, que lo justifique, siempre que una ley no disponga lo contrario), cuando se trata de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, o cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos (art. 21 RGPD).

En consecuencia, los artículos 34 y 35 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre y todavía vigentes hasta que no se apruebe el nuevo Reglamento, disciplinan procedimentalmente ese derecho de oposición. Cuando se incluyen datos personales en ficheros informáticos sin el consentimiento de los interesados o, incluso, sin atender la oposición expresa manifestada por los mismos, además de los medios jurisdiccionales que corresponda utilizar ante los tribunales civiles y penales, cabe denunciar la situación ante el regulador de protección de datos, que habrá de intervenir en la protección de los derechos de las personas afectadas siguiendo el procedimiento administrativo que establecen los artículos 117 y siguientes del citado Reglamento.

De nuevo la posición de garantía de los derechos se extiende mucho más allá de lo que es el cumplimiento de regulaciones de carácter económico, y el regulador ejerce aquí competencias muy característicamente «parajurisdiccionales» de resolución de una controversia entre partes. Pero también se trata de velar por el cumplimiento de las normas que reglamentan una actividad determinada, más allá de las cuales ésta es ilícita. Es el regulador quien tiene que interpretar el alcance de las normas y resolver los conflictos. En último término, la garantía final se traslada a la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### **4.2. La protección de la propiedad intelectual en Internet**

El segundo ámbito de proyección de esta función de resolución de conflictos lo encontramos en la reciente legislación que trata de poner freno al fenómeno de la «piratería» en el ciberespacio, es decir, la descarga y otros modos de difusión, como el

*streaming*, de obras protegidas por los derechos de autor a través de Internet sin contar con la correspondiente autorización, fenómeno que ha sido asumido por una parte importante de la población, y que asimismo hemos analizado en otra obra.<sup>69</sup>

Concretamente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), ha introducido, en su disposición final cuadragésima tercera, varias modificaciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (LSSI), del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto 1/1996, de 12 de abril (TRLPI), y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), para instaurar diversas reglas concernientes a la protección de los derechos de autor frente a las descargas ilegales, así como para la eliminación de contenidos ilícitos.

El esquema regulatorio consiste en atribuir al reformado organismo administrativo regulador de la propiedad intelectual, ahora denominado «Comisión de Propiedad Intelectual» (CPI), la competencia para acordar medidas para la interrupción de la prestación de servicios en Internet que vulneren derechos de propiedad intelectual o para retirar contenidos que infrinjan los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Se establece a tal fin un procedimiento administrativo especial para la adopción de estas decisiones, configurado con carácter general en el actual artículo 195 del TRLPI y desarrollado en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

El procedimiento se inicia con un requerimiento al prestador (de servicios de la sociedad de la información) responsable de la vulneración, otorgándole un plazo de cuarenta y ocho horas para que retire voluntariamente los contenidos «declarados infractores» (por la propia Comisión, que ha de realizar una evaluación jurídica previa al respecto) o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que considere necesarias. Al término del procedimiento, la Comisión dicta una resolución respecto de la retirada de los contenidos. Puede producirse ésta, cumpliendo la resolución, de modo voluntario. Si no es así, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exige una autorización judicial previa que ha de adoptarse conforme al procedimiento establecido en el apartado segundo del nuevo artículo 122 *bis* de la LCA (la evaluación que ha de hacer el Juzgado de lo contencioso-administrativo competente concierne esencialmente a la verificación de la posible afectación a los derechos y libertades consagrados en el artículo 20 de la Constitución). Igualmente, la resolución final puede prever la colaboración de los operadores de telecomunicaciones y proveedores de Internet (los ISP) para, según los casos, procederse al corte del servicio de alojamiento a la web infractora, al bloqueo de la misma impidiendo su acceso por parte de los operadores de acceso a Internet establecidos en España, a la desactivación de los enlaces que dirijan a los contenidos infractores o a la desindexación de las URL en que se hallen los contenidos infractores por parte de los motores de búsqueda.

---

69. BARRIO ANDRÉS, Moisés: *Derecho Público y propiedad intelectual: su protección en Internet*. Editorial Reus, Madrid, 2017.



Con la continua y fotónica evolución de la sociedad digital que desafía los límites del Derecho, surgen nuevos retos al tratarse de un entorno que sobrepasa las fronteras de los Estados dada la no territorialidad de los datos o de los servicios y contenidos digitales. Por eso, este libro ofrece una visión general de los desarrollos más recientes que afectan al marco jurídico europeo y español del Derecho de las nuevas tecnologías —o Derecho digital, como se denomina ahora esta disciplina—. Además de examinar los grupos normativos más relevantes, la obra quiere ofrecer el sentido de las principales instituciones y cuestiones de la regulación de la sociedad digital.

ISBN: 978-84-9090-579-1



9 788490 905791



3652X61023