

A vueltas con “el caso Telegram”. Enfoque basado en la regulación UE y la teoría del conocimiento efectivo.

La Audiencia Nacional dictó el pasado lunes 25/03/2024 una providencia en la que acordaba, con carácter previo a la suspensión temporal de los recursos asociados a Telegram, solicitar a la Comisaría General de Información un informe sobre Telegram. El magistrado solicitó información sobre sus características, y sobre la incidencia en los usuarios de la suspensión temporal que acordó en un auto anterior y cuya ejecución quedó en suspenso.

En el citado auto, el magistrado ordenaba a las operadoras de telecomunicaciones y de acceso a Internet la suspensión temporal de Telegram en el marco de un procedimiento por un delito de vulneración continuada de derechos de propiedad intelectual contra los titulares de diversos canales creados en la red social.

El auto decía que la medida tenía apoyo legal contemplado en el artículo 13.2 de la LECrim: *“En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”.*

Unas horas después de solicitar el informe policial, la AN publica un nuevo auto donde renuncia a esta medida, reconociendo que la medida era *“excesiva y no proporcional”* y admite que no se puede ignorar *“la posible afectación de múltiples usuarios ante una eventual suspensión y con ello si la medida resulta o no proporcional”*. Y se decide *“dejar sin efecto la suspensión temporal de los recursos asociados a Telegram acordada por auto de fecha 22 de marzo de 2024”*.

“La medida cautelar contra Telegram tendría un cierto impacto económico para las empresas o sociedades que desarrollan gran parte de su actividad comunicativa a través de esta plataforma de comunicación puesto que la consideran un canal fiable y seguro contra intervenciones no deseadas”

En este último auto, el juez hace mención a la Ley de Servicios Digitales (DSA) y a la Ley de Mercados Digitales (DMA). Explica que *“Telegram, como el resto de las grandes plataformas, tendrán obligatoriamente que responder por el punto de contacto en Europa para, como en el presente caso, requerirle la información precisa”*. (Efectivamente, esta regulación establece que deben tener un representante en la UE, que, entre otras cosas, está para estos casos).

La DSA se aplica desde el 17 de febrero de 2024 y aplica a todas las plataformas digitales que operan en la Unión Europea, independientemente de dónde se encuentren. Es decir, a los Meta, X, Instagram, TikTok, LinkedIn, Zalando, Booking, Dropbox, Telegram o Amazon, por ejemplo.

Pues bien, hasta ahora, con la Directiva 2000/31/CE, Directiva de Comercio Electrónico, la responsabilidad de los prestadores de servicios digitales se asentaba en dos principios fundamentales. El primero, **la ausencia de responsabilidad por los contenidos ilícitos que alojaban o transmitían siempre que no tuviesen conocimiento efectivo** de los mismos. El segundo, la inexistencia de una obligación

general de realizar seguimientos para impedir la publicación o transmisión de estos contenidos.

En el considerando 16 del Reglamento (DSA) se establece: *La seguridad jurídica que proporciona el marco horizontal de exenciones condicionales de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establecido en la Directiva 2000/31/CE, ha hecho posible que en el mercado interior surjan y se desarrollen muchos servicios novedosos. Por consiguiente, **dicho marco debe conservarse**. Sin embargo, en vista de las divergencias en la transposición y aplicación de las normas pertinentes en el ámbito nacional, y por motivos de claridad y coherencia, dicho marco debe incorporarse al presente Reglamento. También es necesario precisar determinados elementos de ese marco teniendo en cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

La trasposición al ordenamiento nacional de la anterior regulación ha devenido en el establecimiento de un régimen de sujeción de los prestadores de servicios de Internet a la responsabilidad civil, penal y administrativa general definida en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que se contempla una *exención de responsabilidad que se ha dado en llamar «teoría del conocimiento efectivo»* y que encuentra su fundamento en el hecho de que los citados operadores actúan como meros intermediarios respecto de unos contenidos que les son ajenos. El anclaje jurídico de dicha teoría se halla en lo dispuesto, entre otros, por el artículo 16.1 LSSI, el cual determina la existencia del conocimiento efectivo *«cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de (...) otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»*.

El Reglamento DSA mantiene ambos principios (Art 4-mera transmisión-; Art 5 -memoria caché; Art 6 -alojamiento de datos; Art 8- inexistencia de obligación general de monitorización). En suma, la DSA mantiene en buena medida el régimen de responsabilidad de los prestadores intermediarios, en tanto que conserva el régimen de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios de la Directiva 2000/31/CE, del Comercio Electrónico (*safe harbour*).

El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea (online platforms) se establece en el artículo 14 del Reglamento de Servicios Digitales. Este régimen establece una regla general de exención de responsabilidad para los prestadores de servicios de intermediación en línea, siempre que no sean conscientes de la ilegalidad del contenido o actividad que alojan o facilitan.

Los prestadores de estos servicios no serán responsables del contenido subido por los usuarios, si en el momento en el que tienen conocimiento efectivo del contenido ilícito, actúan de manera diligente para su retirada o inhabilitan el acceso.

El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo a través de órdenes de los organismos competentes, investigaciones realizadas por iniciativa propia o notificaciones de los afectados, en la medida en que sean suficientemente precisas y estén bien fundamentadas.

El considerando 17: *Las normas de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en el presente Reglamento solo deben determinar cuándo no se pueden exigir responsabilidades al prestador de servicios intermediarios de que se trate en relación con contenidos ilícitos proporcionados por los destinatarios del*

servicio. No cabe entender que esas disposiciones sienten una base positiva para establecer cuándo se pueden exigir responsabilidades a un prestador, lo que corresponde determinar a las normas aplicables del Derecho de la Unión o nacional. Asimismo, las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento deben aplicarse a cualquier tipo de responsabilidad respecto de cualquier tipo de contenido ilícito, sea cual sea la materia o naturaleza precisa de dichas normas.

Por tanto, estos prestadores de estos servicios, cuando actúen como meros intermediarios, no serán responsables del contenido subido por los usuarios, si en el momento en el que tienen conocimiento efectivo del contenido ilícito, actúan de manera diligente para su retirada o inhabilitan el acceso. El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo a través de órdenes de los organismos competentes, investigaciones realizadas por iniciativa propia o notificaciones de los afectados, en la medida en que sean suficientemente precisas y estén bien fundamentadas.

Llegados a este punto, el auto recuerda que las autoridades de las Islas Vírgenes no han colaborado con la comisión rogatoria enviada con el fin de que Telegram informase de determinados datos técnicos que permitirían identificar a los titulares de las cuentas utilizadas para la infracción de los derechos de propiedad intelectual de las entidades personadas como acusación particular. Es decir que es la falta de colaboración de las autoridades de Islas Vírgenes, no de la empresa, a las que se les pide una actividad de comunicación a los responsables de la red social Telegram (que al parecer no ha tenido lugar).

Pero no parece que el juez español haya comunicado nada a telegram a efectos del régimen de responsabilidad anteriormente expuesto, para que telegram “tenga conocimiento efectivo”, y de ahí derivar o no su responsabilidad (y de momento las acciones se dirigen solo a los canales infractores).

Pues bien, si miramos la "info" que hay en los "terminos de uso" de telegram <https://telegram.org/tos/eu-dsa#contact-points-for-competent-authorities-in-eu-countries> encontramos diversos medios destinados a recibir este tipo de comunicación de las autoridades UE (e_mail, postal y teléfono).

Contact points for competent authorities in EU countries

Competent authorities of the EU and EU members willing to contact Telegram under the Digital Services Act can obtain the necessary contact details from European Digital Services Representative (EDSR), Telegram's representative pursuant to Article 13 of the Digital Services Act, registered at Avenue Huart Hamoir 71, 1030 Brussels, Belgium. EDSR can be contacted by email dsa.telegram@edsr.eu, by phone +32 2 216 19 71 or by post. Requests can be accepted in English and French. If you are not a competent EU or EU member authority, your request will not be processed and you will not get a response.

Por tanto, cabe preguntarse si el quid de la cuestión ha sido prescindir de un análisis del régimen de responsabilidad DCE y DSA y sobre cómo hacer valer o aplicar la "teoría del conocimiento efectivo" (incluso considerando la jurisprudencia del TS español al respecto) para a partir de ahí derivar o no responsabilidad a la red social.

No es menos cierto, y es de reseñar, que el último auto, el que deja la medida sin efecto, se menciona la DSA y se espera que “Por tanto, Telegram, como el resto de las grandes plataformas, tendrán obligatoriamente que responder por el punto de contacto en Europa para, como en el presente caso, requerirle la información precisa”, aunque lo

que no acabamos de entender es porque no se ha tomado en cuenta el punto de contacto mencionado que hemos encontrado nosotros publicado en los *términos de uso* de la red social.

Salvo mejor opinión

[Circular 1/2019, de 6 de marzo](#), de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

