



Universidad de Zaragoza
FACULTAD DE DERECHO

Trabajo de Fin de Grado

**«Ius possessionis de datos en archivos
digitales»**

Autora

Mónica Górriz Costoya

Director

Miguel Lacruz Mantecón

Zaragoza, 2015

Índice

I. Introducción	5
1. Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado.....	5
2. Razón de la elección de tema y justificación de su interés	6
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo	7
II. Los datos personales y los archivos digitales.....	7
1. <i>Cloud Computing</i>	7
2. Diferenciación entre dato personal (derecho de la personalidad) y dato informático o archivo digital	9
3. Diferenciación entre bienes inmateriales y el soporte del bien inmaterial.....	13
III. La posesión de archivos digitalizados	13
1. La posesión de cosas materiales: el comportamiento posesorio	13
2. El derecho de posesión sobre entes inmaterializados como las energías y sobre el bien inmaterial, en concreto sobre los archivos digitales o bienes binarios	16
IV. <i>Ius possidendi</i> : el derecho (titularidad) sobre los datos digitalizados.....	22
1. Propiedad intelectual y propiedad del soporte	22
2. La propiedad (o derecho más pleno) sobre los soportes, en particular sobre el archivo digital	23
3. Una resolución judicial con miras al futuro	27
V. La posesión como título adquisitivo del derecho sobre los archivos	29
1. Efectos de la posesión	29
2. Protección posesoria interdictal de bienes digitales.....	30
2.1. Los interdictos en general	30

2.2. La defensa de las situaciones posesorias.....	31
2.3. Interdicto y no reivindicatoria.....	33
2.4. Justificación de la posesión.....	33
VI. La posesión de <i>Bitcoins</i>	34
VII. Conclusiones	36
VIII. Bibliografía y referencias documentales	38
1. Bibliografía.....	38
2. Jurisprudencia.....	41

Abreviaturas

TFG	Trabajo de Fin de Grado
NTICs	Nuevas tecnologías de la información y la comunicación
<i>cit.</i>	Citado
<i>et al</i>	<i>et alii</i> (y otros)
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CC	Código Civil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
p.	Página
art.	Artículo
etc.	Etcétera
ss.	Siguientes
USB	Universal Serial Bus (memoria de almacenamiento)
EEUU	Estados Unidos
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i> (Oficina Federal de Investigación)
<i>vid.</i>	<i>Vide</i> (véase)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LPI	Ley de Propiedad Intelectual

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

Vivimos en una «sociedad de la información», sociedad plagada de nuevas tecnologías (NTICs) que han cambiado nuestra forma de relacionarnos con el entorno y con las personas y, por consiguiente, está cambiando el Derecho, entendido como el conjunto de normas que permiten a los ciudadanos vivir en una sociedad.

La cuestión tratada en este Trabajo de Fin de Grado es consecuencia de estos cambios, uno de los cuales tiene que ver con la aparición de unas nuevas realidades formadas por bits, a las que vamos a llamar datos digitales o archivos informatizados. La cuestión que nos planteamos es si podemos considerar estos datos como un bien susceptible de posesión o no, y, por consiguiente, si por el hecho de poseer estos bienes adquirimos algún derecho sobre ellos, lo que en derecho denominamos *Ius possessionis*.

En primer lugar, nos vamos a encargar de hacer una serie de distinciones de diferentes conceptos que podrían llevarnos a error a la hora de afrontar este trabajo, como es la diferencia entre los datos personales (también muy importantes en esa nueva sociedad de la información y en Internet o, más específicamente, en *Cloud Computing* o nube, explicada también en el primer punto) y los datos digitales o archivos informatizados, que son los que nos interesan realmente en nuestro TFG. La otra diferencia se da entre los bienes inmateriales, donde podríamos incluir estos datos digitales, y el soporte de estos bienes. En segundo lugar, vamos a tratar la figura del derecho que más nos importa en nuestro trabajo: la posesión; primero, dando unas pequeñas pinceladas generales sobre este concepto muy discutido por la doctrina, para después adentrarnos más en nuestro tema, preguntándonos sobre la posibilidad de posesión de los bienes inmateriales, en concreto, nuestros datos digitales.

En tercer lugar, vamos a ir un paso más allá y nos vamos a preguntar por el derecho o titularidad sobre los datos digitalizados. Primero, haciendo una pequeña diferenciación entre los derechos de propiedad intelectual, tema que, aunque no es central en nuestro trabajo, vamos a ver cómo se entrecruza en nuestro camino, y la propiedad del soporte. Y, después, hablaremos de la posible propiedad sobre los soportes, en concreto sobre el archivo digital. Como dato curioso, expondremos un caso ocurrido en Holanda que muestra el avance que se está produciendo en el Derecho, debido a los avances en las tecnologías.

Después hablaremos de la posesión como título adquisitivo del derecho sobre los archivos, tema muy novedoso al que intentaremos dar alguna respuesta jurídica.

Por último, trataremos algo muy novedoso: los Bitcoins, una forma de pago que está revolucionando la manera de entender el dinero y aporta a nuestro trabajo una nueva perspectiva, pues se trata de datos digitales con características especiales.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Los continuos avances en las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTICs) están produciendo un gran cambio en la forma de expresarnos, comunicarnos y informarnos de lo que pasa a nuestro alrededor. El documento en papel está quedándose obsoleto, pues ahora leemos libros a través del *ebook* y periódicos *online*, nos comunicamos por redes sociales y el CD ha pasado a la historia, dando lugar a otras formas de escuchar música, entre otros cambios.

Todos estos cambios se han producido gracias a la invención de nuevas realidades como los datos digitales o archivos informatizados, conjunto de bits que, a través de un ordenador o dispositivo electrónico, son procesados para poder leerlos, escucharlos, etc.

Sin embargo, no todo es una ventaja, pues *Cloud Computing* no es algo totalmente seguro, ya que es imposible controlar el recorrido de nuestros datos digitales cuando los hemos introducido en la nube.

Por eso el Derecho debe avanzar y adaptarse a estas nuevas realidades, a estos nuevos problemas. El Derecho Civil no está adaptado a esta nueva dimensión de bienes virtuales o binarios, sobre los que trataremos de explicar su susceptibilidad de ser poseídos.

Así pues, las razones de elección de este tema no son nada más que la necesidad de entender que el Derecho (en este caso civil, pero se podría trasladar al resto de ramas) debe actualizarse y debe dar respuesta a una cantidad de problema jurídicos que se están produciendo todos los días en el contexto de las nuevas tecnologías. Todo individuo debe tener la posibilidad de ejercer sus derechos en esta nueva sociedad de la información y para ello el Derecho debe avanzar a nuevas concepciones de bien, posesión, propiedad, patrimonio... Esto es lo que vamos a intentar hacer en nuestro TFG, y de ahí la importancia de este tema. Es una cuestión muy actual y de gran relevancia, puesto que cada vez hay más personas que utilizan Internet para la mayor

parte de las cosas. Podemos decir que en 2014, el 35% de la población total del mundo se puede considerar usuaria de Internet, entendida ésta como persona con acceso a la red mundial¹.

Así pues, los objetivos de este trabajo son, en primer lugar, exponer la posibilidad de que los datos digitales o archivos informatizados puedan considerarse un bien susceptible de apropiación y, en segundo lugar, consecuencia del primer objetivo, exponer si, por tanto, son susceptibles de crear derechos de posesión y propiedad sobre ellos.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para poder llevar a cabo este TFG, hemos realizado una investigación de tipo documental que consiste en la búsqueda de fuentes jurídicas que tengan que ver con el tema expuesto en nuestro trabajo.

Así pues, hemos utilizado tanto fuentes primarias como secundarias, que son las que contienen datos sobre las primeras.

Entre las fuentes primarias destacamos legislación, manuales y monografías. Y entre las secundarias, jurisprudencia y artículos jurídicos.

Otra de las fuentes fundamentales de nuestro trabajo es una fuente no jurídica, son los artículos periodísticos cuya su importancia se explica por el continuo debate y el gran interés que suscita esta cuestión en la sociedad, lo cual hace que sea muy frecuente encontrar artículos de prensa sobre este tema todas las semanas.

II. LOS DATOS PERSONALES Y LOS ARCHIVOS DIGITALES.

1. CLOUD COMPUTING

Internet ha supuesto un cambio en nuestro comportamiento y, sobre todo, en lo que se refiere a la gestión de la información². En las últimas décadas, los sistemas de almacenamiento, tratamiento y captación de datos, sean personales o no, han aumentado considerablemente por la introducción de lo que llamamos *Cloud Computing*, computación ubicua o nube, entre otras denominaciones³. Son muchas las ventajas que hacen este sistema imparable: su ilimitado almacenamiento de datos, la rapidez, la

¹ Encuesta realizada en 2014 por la agencia Wearesocial

² BLANCO ANTÓN, M.J., «Fuentes de información sobre protección de datos en Internet» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 19-20, 2003, p. 357

³ DOMAICA MAROTO, J. M., «Algunas cuestiones en torno al Derecho Fundamental a la protección de datos en la denominada información ubicua» en *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012, p. 223

disponibilidad de estos en cualquier lugar del mundo con tan solo tener acceso a la red, etc.⁴ Sin embargo, nos hemos topado de golpe con una gran desventaja y es que este desarrollo tecnológico tan veloz no ha ido al mismo ritmo que la capacidad de reacción frente a los posibles riesgos para nuestra privacidad, entendiéndola esta en sentido amplio⁵. Uno de los riesgos más importantes es la fuga de información. Cuando utilizamos un servicio en la nube estamos confiando casi ciegamente en el proveedor, puesto que dejamos en sus manos información que nos pertenece, lo cual es muy útil para los piratas cibernéticos que intentarán robar, vender o manipular cualquier tipo de información con la que puedan sacar algún beneficio económico⁶.

Cloud Computing ha sido definida por el Instituto Nacional de Estándares y Tecnologías de los Estados Unidos como un «modelo para habilitar el acceso unívoco, por demanda, a un conjunto de recursos informáticos configurables provistos rápidamente y publicados con un mínimo esfuerzo de gestión o servicio del proveedor»⁷. Las características que definen este sistema son el autoservicio –el usuario puede hacerlo todo por su cuenta, no necesita acudir al proveedor del servicio–, el amplio acceso a la Red –se puede acceder desde infinidad de dispositivos–, agrupación y reserva de recursos; rapidez y elasticidad, y el hecho de que se trata de un servicio medible y supervisado. Hay tres tipos de nubes: nubes públicas, aquellas administradas por el proveedor del servicio cuya ventaja es que no tienen gastos para el cliente y son compartidas dentro de los centros de procesamiento de datos o *data centers* del proveedor; nubes privadas, aquellas administradas por el propio cliente; nubes comunitarias, cuando dos o más organizaciones se unen para crear una infraestructura de *cloud* con unos objetivos comunes, y, por último, nubes híbridas, donde el cliente tiene el control de las aplicaciones principales y deja en manos del proveedor las que considere secundarias⁸.

⁴ BLANCO ANTÓN, M.J., «Fuentes de información...» *cit.*, p. 357

⁵ POULLET, Y., «Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC» en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 5, 2007, p. 34

⁶ ÁVILA MEJÍA, Ó., «Computación en la nube» en *ContactoS* nº 80, 2011, p. 50

⁷ PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al., «Dificultades de Investigaciones Penales en Cloud Computing» en el *Tercer Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática*, 2014, p. 3

⁸ FERNÁNDEZ ALLER, C., «Algunos retos de la protección de datos en la sociedad del conocimiento. Especial detenimiento en la Computación en la Nube (Cloud Computing)» en *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012, p. 133-134

2. DIFERENCIACIÓN ENTRE DATO PERSONAL (DERECHO DE LA PERSONALIDAD) Y DATO INFORMÁTICO O ARCHIVO DIGITAL.

Básicamente cuando hablamos de computación en la nube nos estamos refiriendo a los servicios de la red como el correo electrónico, almacenamiento, uso de aplicaciones... De tal forma que cuando utilizamos estos servicios, la información con la que trabajamos es procesada y ejecutada por un servidor en Internet⁹.

Al hablar de datos en el contexto de *Cloud Computing*, podemos encontrarnos con la dificultad de no saber si nos estamos refiriendo a los datos personales que integran un derecho de la personalidad, es decir, del derecho fundamental a la intimidad y la propia imagen, que está recogido en el artículo 18 de la CE¹⁰, o nos estamos refiriendo a los datos informáticos, también llamados archivos digitales.

En cuanto al primer significado de datos como datos personales, podemos decir que es uno de los temas centrales cuando se habla de *Cloud Computing*, dado que una de las desventajas de esta nueva forma de almacenamiento es la mala utilización de estos datos por parte de *ciberdelincuentes*.

Actualmente podemos hablar de una «sociedad de la información». Solo necesitamos un dispositivo, ya sea un ordenador, un móvil, una *tablet*, entre otros, para poder acceder a una infinidad de servicios y aplicaciones donde se almacenan y tratan datos personales. Y por ello, cada vez es más importante la posibilidad por parte de los usuarios de elegir qué datos proporcionan a terceros, saber quién y para qué los posee, incluso oponerse a esta posesión, y esto es lo que se traduce en el derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho ha sido recogido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 8, donde se puede leer: «Toda persona tiene Derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan». Este derecho ha sido desarrollado con el tiempo: se parte del derecho a la intimidad y privacidad que, combinado con el derecho a la autodeterminación informática o informativa¹¹, produce como resultado el reconocimiento del derecho

⁹ ÁVILA MEJÍA, Ó., «Computación...» *cit.*, p. 45

¹⁰ El art. 18 CE dice: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

¹¹ El derecho a la autodeterminación informática o informativa consiste en la facultad de cada personas a ejercer un control sobre información personal que le concierne, contenida en registros privados o públicos, especialmente los almacenados en medios informáticos (MARECOS GAMARRA, A., (2013 15 de marzo), Configuración jurídica del derecho a la autodeterminación informativa, consultado el 28 de

independiente de la protección de datos. La sentencia del TC 292/2000, en su fundamento jurídico séptimo, expone el contenido de este derecho fundamental, de tal manera que dice que «consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese Derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional el Derecho fundamental a la protección de datos personales los Derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del Derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el Derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele». En resumen, para la correcta utilización de estos datos por un tercero, debe existir un título que permita la utilización, además se debe advertir al interesado sobre el paradero y los usos que se están haciendo de sus datos¹².

Podemos definir como FERNÁNDEZ ALLER el derecho a la protección de datos como el derecho que tiene toda persona a «controlar el uso que se hace de la información que personalmente le concierne, sea de carácter íntimo o no, para evitar o rechazar usos que puedan perjudicarle». Se encuentra recogido en el art. 18.4 CE, tal y

abril de 2015 en <http://oiprodat.com/2013/03/15/configuracion-juridica-del-derecho-a-la-autodeterminacion-informativa/>

¹² DOMAICA MAROTO, J. M., «Algunas cuestiones...», *cit.*, p. 224-234

como reconoce la STC 254/1993 al decir que «la constitución de 1978 ha incorporado el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados [...] son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 de la constitución, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos»¹³.

Sin embargo, este derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, puesto que entra en contacto con la esfera de otros derechos también fundamentales, como es el derecho a la libertad de expresión, de propiedad intelectual o de empresa. No debemos confundir el derecho a la protección de datos o, dicho de otra forma, el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática con una facultad absoluta de un sujeto sobre las informaciones que son legítimamente disponibles a terceros. Los derechos, pues, pueden verse limitados siempre que esta restricción sea necesaria para «lograr el fin legítimo previsto». Hay que tener en cuenta que, cuando hablamos de vida privada, hemos de entenderla desde una interpretación extensiva y eso es lo que se recoge en el sentencia del TC 173/2011 de 7 de noviembre, cuando se dice que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] en su sentencia de 16 de febrero de 2000, dictada en el caso Amann contra Auiza, considera que ‘el término “vida privada” no se debe interpretar de forma restrictiva’, de forma que éste ‘engloba el derecho del individuo de crear y desarrollar relaciones con sus semejantes’, sin que ‘ninguna razón de principio permita excluir las actividades profesionales o comerciales’». Así pues, en esta misma sentencia, comparaban un terminal informático con un domicilio electrónico, es decir, como un objeto digno de protección por las posibilidades de ser un foco de acceso a la intimidad de la persona. Es decir, el contenido de un PC es digno de una especial protección jurídica¹⁴.

Por otro lado, al hablar de datos hemos dicho que podríamos estar refiriéndonos a datos informáticos o archivos digitales. Desde los años 60, se han producido grandes cambios en la tecnología, lo que ha llevado a una nueva forma de gestionar la información, hemos pasado de los tradicionales documentos en papel a crear

¹³ FERNÁNDEZ ALLER, C., «Algunos retos...», *cit.*, p. 128

¹⁴ FERNÁNDEZ ALLER, C., «Algunos retos...», *cit.*, p. 129-130

documentos directamente en los ordenadores, que, además, almacenamos directamente en ellos, dando lugar a los archivos o datos digitales¹⁵.

Cuando nos referimos a datos informáticos, estamos hablando de expresiones generales que describen características sobre las que operan los algoritmos, de tal manera que los datos por sí solos no nos dan ninguna información, sino que esta aparece en el momento en que son procesados por computadoras¹⁶.

Según la normativa australiana, se trata de «unidades estructuradas de información registrada, publicada o no publicada, y gestionada como unidades discretas en sistemas de información»¹⁷. Son «las unidades básicas de información, cualquiera que sea su contenido (un número, una palabra, un sonido, una imagen) y que al ser procesados dan lugar a la información que resulta de la conexión entre dos o más datos» de tal forma que documentos electrónicos son «los resultados del procesamiento de los datos obtenidos con distintas aplicaciones»¹⁸. También puede ser denominado fichero y es almacenado en cualquier medio que pueda ser utilizado por aplicaciones de una computadora¹⁹.

Para diferenciar un archivo de otro hay un nombre y una extensión diferente que permite distinguir el formato del archivo e interpretar, al mismo tiempo, los caracteres que lo conforman. Así podemos hablar de extensiones como .txt, .doc, .jpg, entre otras²⁰.

Las características que los distinguen de los documentos tradicionales son: para poder ser leído, el contenido precisa de un aparato que lo procese, no es suficiente con el ojo humano; en segundo lugar, el contenido puede ser separado del medio en el que se registró por primera vez, es decir, podemos cambiar su soporte; por último, el archivo digital como tal no tiene estructura física, sino que esta es la de su soporte; sin embargo, sí que tiene una estructura lógica que lo diferencia del resto²¹.

¹⁵ MARCOS, M.C., «Los archivos en la era digital», en *Revista Internacional científica y profesional*, 1999

¹⁶ Definición de datos- Qué es, Significado y Concepto consultado el 20 de marzo en <http://definicion.de/datos/#ixzz3SkiZDEWk>

¹⁷ MARCOS, M.C., «Los archivos...», *cit.*

¹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 01-14, 1999, capítulo II, punto 1.

¹⁹ Qué es un archivo digital consultado el 20 de marzo en <https://doradoque.wordpress.com> >tag

²⁰ Qué es un archivo digital consultado el 20 de marzo en <https://doradoque.wordpress.com> >tag

²¹ MARCOS, M.C., «Los archivos...», *cit.*

3. DIFERENCIACIÓN ENTRE BIENES INMATERIALES Y EL SOPORTE DEL BIEN INMATERIAL.

Nuestro trabajo se va a centrar en el último tipo de datos de que hemos hablado: los datos o archivos digitales. Para empezar, creemos necesario realizar una diferenciación entre el dato digital, que consiste en un bien inmaterial, y el soporte de este bien inmaterial, que es un bien material o corporal. Todas las creaciones de la mente son ideas o *corpus mysticum*, que necesitan de un *corpus mechanicum* para exteriorizarse y poder identificarlas, visualizarlas, conocerlas y utilizarlas²².

Para DIÉZ-PICAZO, los bienes inmateriales son «las realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo un producto o creación intelectual del espíritu, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derecho subjetivos» y para GÓMEZ SEGADE, son «creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales»²³.

Así pues, un bien inmaterial es un fruto o creación de la mente que necesita un soporte para poder ser percibido y utilizado. Y por ello, según BERCOVITZ, la apropiación no nos vale para su disfrute exclusivo, lo que implica la mayor diferencia con los bienes materiales. Para que el titular de un bien inmaterial pueda disfrutar de él de forma exclusiva, tenemos que impedir que el resto de personas lo utilicen o exploten. De tal forma que la protección de un dato o archivo digital como soporte de un bien inmaterial puede ser mediante una protección del soporte físico (tarjetas de seguridad, llaves electrónicas...) o bien mediante una protección de tipo lógico (contraseñas, discos llaves...)²⁴.

III. LA POSESIÓN DE ARCHIVOS DIGITALIZADOS.

1. LA POSESIÓN DE COSAS MATERIALES: EL COMPORTAMIENTO POSESORIO

La posesión²⁵ es uno de los temas más controvertidos del Derecho. Desde hace siglos, la doctrina ha intentado llegar a una solución única sin lograrlo. La posesión se encuentra en una zona intermedia entre el mero contacto, o relación material con las

²² LLOBREGAT HURTADO, M.L., *Temas de propiedad industrial*, La Ley, Madrid, 2007, p. 38

²³ LLOBREGAT HURTADO, M.L., *Temas de propiedad industrial*, cit., p. 38

²⁴ DEL PESO NAVARRO, E., *Manual de Outsourcing Informático*, Díaz de Santos, Madrid, 2003, p. 167

²⁵ Etimológicamente, deriva del latín *possessio* y esta a su vez, según algunos autores, de *sedere*, que significa sentarse. Otra opinión es que se relaciona con *positio pedum* que significa posición de pie (MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión*, Editorial Noticiero, Madrid, 1958, p.28).

cosas, y el contacto resultante del ejercicio de un propio derecho real. Actuamos sobre la cosa como si fuera nuestra, pero sin tener la titularidad²⁶. Estamos ante un plano prejurídico²⁷.

Puede definirse como un «derecho subjetivo que protege con carácter absoluto la relación entre el sujeto y la cosa, existirá además inmediatividad y absolutividad sin perjuicio de la posible actuación de otro sujeto que se crea con mejor derecho a la cosa»²⁸.

Normalmente la posesión se presenta junto a la titularidad y el ejercicio de un derecho real. De tal forma que la mayor parte de los derechos reales contienen la facultad del llamado *ius possidendi*, el derecho a poseer, y mediante éste, el titular puede obtener la posesión, el derecho de posesión o *ius possessionis*. Sin embargo, lo característico de la posesión es que no es necesario que esto ocurra, puesto que el derecho nos permite estudiarla como una institución independiente²⁹.

La posesión es regulada en nuestro Código Civil en los artículos 430 a 466³⁰. En el primer artículo, el 430, se nos presenta la diferencia entre la posesión natural y la posesión civil, de tal forma que «posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos»³¹. A través de esta definición no unitaria de la posesión, aparecen los requisitos tradicionales posesorios: el *corpus* y el *animus*. El *corpus* es la tenencia de una cosa, mientras que el *animus* es la intención de haber la cosa o derecho como suyos³².

El *corpus* es entendido por la doctrina como un verdadero poder de hecho, una relación económica y social. Para Savigny es una posibilidad física de acción inmediata sobre la cosa.

²⁶ MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión, cit.*, p.26

²⁷ LACRUZ MANTECÓN, M., Síntesis del Derecho Civil español. Persona y bienes, Kronos, 2015

²⁸ JARILLO GÓMEZ, J.L., «La posesión en el Código Civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales», en Saberes, nº6, 2008, p. 3

²⁹ MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión, cit.*, p. 27

³⁰ También cabe destacar los arts. 1940 a 1960 CC, que tratan de la prescripción del dominio y demás derechos reales en cuanto se refieren a la usucapión, uno de los efectos de la posesión.

³¹ Esta distinción aparece en el primer artículo del CC que trata sobre la posesión y parece que en este artículo deberíamos tener una definición unitaria de lo que es posesión y sin embargo, el código lo que hace es, en el primer concepto que da sobre posesión, presentar ya estas dos especies.

³² MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión, cit.*, p. 49-51

En cuanto al *animus*, parece que el Código Civil lo que exige es el *animus domini*, la voluntad de propietario³³. Aunque la posesión natural sea definida solo como tenencia, esto no quiere decir que no tenga ninguna clase de intención este tipo, ya que esta posesión supone actos voluntarios, conscientes e intencionales. Al decir que la posesión civil tiene la intención de haber la cosa o derecho como suyos, podemos entender que la intención de la posesión natural es la de tener la cosa, disfrutar de ella³⁴.

El mero hecho de poseer proyecta al exterior una apariencia de legitimidad de la posesión. Y de ahí lo que dice el art. 446 CC «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen»³⁵.

Cabe hablar también de los elementos de la relación posesoria. En primer lugar, cuando hablamos de los sujetos nos estamos refiriendo al poseedor. Este puede ser cualquier persona, física o jurídica³⁶. Existe la posibilidad de que haya varios poseedores simultáneamente, es lo que se conoce como coposesión.

En segundo lugar, hablaremos del objeto, es decir, de qué cosas y derechos son susceptibles de posesión. Genéricamente, tanto las cosas como los derechos pueden ser objeto de la posesión. Así pues, podemos entender la posesión de una cosa como «imagen de hecho del derecho de propiedad, correspondiente a la *vera possessio* romana», y la posesión de derecho como «manifestación del ejercicio de un derecho que no sea el de propiedad, al modo de *quasi possessio*».

Para que una cosa sea poseída es necesario que sea susceptible de apropiación³⁷. Así, susceptibles de apropiación son todas las cosas, excepto las que por su naturaleza y la limitación del ser humano no están al alcance material del hombre³⁸. Lo cual parece que determine que la pérdida o destrucción de la cosa produce la pérdida de la posesión y que, por tanto, la cosa debe estar en el comercio de los hombres, es decir, ser apta para el tráfico jurídico.

³³ Al reconocer nuestro Código la posesión sobre los derechos, la intención de tener un derecho como suyo supone que su titular debe adoptar el comportamiento que a este corresponda. Así pues hablamos de intención de tener la cosa como suya o el derecho como su titular.

³⁴ MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión*, cit., p. 51-54

³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Lecciones sobre posesión y usucapión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 11

³⁶ En cuanto a las personas jurídicas, el art. 38 CC dice: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas las clases».

³⁷ El art. 437 CC dice: «Solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación».

³⁸ Según Alas, de Buen y Ramos.

La cosa objeto de posesión debe también poder ser objeto de propiedad, de tal forma que no hay posesión sobre cosas no aptas por su naturaleza para soportar el señorío de hecho posesorio. Y esto es lo que ocurre sobre los bienes inmateriales, que resultan susceptibles de apropiación y de posible posesión, según el artículo 437 CC³⁹.

Es importante hablar de las presunciones posesorias. Una persona que tenga una cosa en su posesión, por el simple hecho de proyectar hacia el exterior una apariencia de legitimidad, reclama para sí una protección para conseguir su continuidad. Así pues, de lo primero que se favorece un poseedor es de la presunción de posesión: se presume que el poseedor que demuestre que ha poseído la cosa con anterioridad, también la ha estado poseyendo durante el tiempo intermedio⁴⁰. Y si alguien recupera la posesión después de haber sido despojado de ella, estimamos que ha poseído la cosa de forma ininterrumpida⁴¹. Además mientras no se demuestre lo contrario, se presume que se sigue disfrutando la posesión⁴².

2. EL DERECHO DE POSESIÓN SOBRE ENTES INMATERIALIZADOS, COMO LAS ENERGÍAS, Y SOBRE EL BIEN INMATERIAL, EN CONCRETO, SOBRE LOS ARCHIVOS DIGITALES O BIENES BINARIOS

Hemos dicho anteriormente que para que una cosa pueda ser poseída debe ser susceptible de apropiación, por lo que quedan excluidas de este derecho, al igual que del de propiedad, aquellas cosas que natural o jurídicamente no pueden ser aprehendidas, es decir, las cosas comunes *omnium*, como la luz, el aire, etc.

Por tanto, cuando hablamos de datos o archivos digitales, tenemos claro que tienen valor económico, pero materialmente los elementos lógicos no son más que un conjunto de datos o informaciones que se recogen en un medio al que se accede a través de un ordenador. Podemos analógicamente identificarlos con una especie de flujo electromagnético, parecido a la energía eléctrica, por ejemplo.

Para una parte de la doctrina, la energía eléctrica no se puede calificar como «cosa mueble» y es por eso por lo que, por ejemplo, el Derecho Penal necesitó tipificar específicamente las defraudaciones de energías eléctricas o análogas, al considerar que

³⁹ MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión*, cit., p. 79-107

⁴⁰ El art. 459 CC dice: «El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no pruebe lo contrario».

⁴¹ El art. 446 CC dice: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y, si fuese inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establezcan».

⁴² El art. 436 CC dice: «Se presumen que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario».

estas no podían subsumirse al tipo del delito de hurto. Para que se cumpla el tipo del hurto, la cosa sustraída debe ser susceptible de apropiación y ser mueble.

La discusión sobre si la energía eléctrica era cosa mueble o no fue muy extensa. Un sector doctrinal, mayoritariamente el alemán, siguiendo a civilistas y físicos, consideró que se trataba de un «movimiento o vibración» y que no podía considerarse susceptible de posesión, sino que tan solo podíamos servirnos de ella. Frente a esto, otro grupo de autores, franceses en su mayoría, consideraban que la energía no se podía separar de la materia y que, por tanto, sí que era susceptible de posesión. En la doctrina española ocurrió algo parecido, hubo autores como QUINTANO RIPOLLÉS que opinaban que, a pesar de la incorporeidad de la energía eléctrica, esta podía considerarse una cosa susceptible de aprehensión y, por tanto, de apropiación; en cambio, otros autores como RODRÍGUEZ DEVESA entendían que al ser algo incorpóreo no podía poseerse⁴³.

Para CLAVERÍA, entre otros, la energía puede ser susceptible de apropiación y, por tanto, se debe considerar como bien mueble, según el art. 335 CC⁴⁴, que recoge residualmente como muebles todos aquellos bienes que, susceptibles de apropiación, no son inmuebles. Estos bienes pueden ser tanto corporales como incorporeales, como los fluidos, las energías, la propiedad intelectual o industrial, las acciones, etc.⁴⁵.

Algunos entienden que la energía es susceptible de apropiación, pero porque consideran que la energía es corporal. Opinan que hay bienes que, aunque técnicamente existen, no se pueden aprehender físicamente, sino mediante métodos técnicos o determinaciones cuantitativas mecánicas (indicadores de temperatura, de presión, etc.). Se trata de bienes corporales aunque sean materias no sólidas, ni líquidas, sino gases o vapores. El ejemplo más claro de estos bienes es la energía, que debe considerarse como una cosa, al ser perfectamente perceptible por los sentidos, aunque sea a través de instrumentos técnicos⁴⁶.

Desde el punto de vista de estos últimos, los bienes inmateriales o incorporeales son «existencias no palpables desprovistos de consistencia molecular, pero perceptible, ubicable e individualizable por la inteligencia humana o lograda por instrumentos especiales que intelectualmente tienen existencia». Se refieren a los derechos de autor

⁴³ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Protección penal...», cit., capítulo II, 2, B.

⁴⁴ El art. 335 CC dice: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieran unidos».

⁴⁵ Apuntes Civil III (Derecho inmobiliario y registral), Universidad Jaime I, p. 16

⁴⁶ JIMÉNEZ SALAS, S., «El objeto del Derecho», consultado el 25 de marzo en www.monografias.com

sobre un libro, sobre una partitura musical, sobre una marca de fábrica, sobre una invención industrial, sobre una patente o sobre invención científica. En estas cosas incorpóreas hay que tener en cuenta una disociación, por un lado está la cosa corpórea que contiene la cosa incorpórea, como, por ejemplo, un libro, que es corporal, pero que contiene el derecho de autor como producción del ingenio⁴⁷.

Parte de la doctrina entiende que en lo que se refiere a los bienes inmateriales no existe una auténtica posesión, ya que falta el objeto corporal necesario para la aprehensión, es decir no existe el *corpus*. Sin embargo, otra parte de la doctrina opina que la posesión sí que puede recaer sobre estos bienes inmateriales de la misma forma que sobre los corporales, pero no se debe entender como una posesión material, es lo que algunos autores llaman posesión *sui generis*. Una de las razones por las que esta posesión es especial es que no se trata de una tenencia exclusiva, sino que puede ser disfrutada por varias personas al mismo tiempo sin interactuar las unas con las otras. Podemos apoyar esta opinión en que la posesión no solamente tiene como función ser paso previo para la propiedad (algo que en los bienes inmateriales no se cumpliría puesto que, por ejemplo, en los derechos de autor el pleno disfrute se obtiene por la creación de la obra), sino que también es uno de los elementos constitutivos del ejercicio de un derecho real⁴⁸. Según ROCA TRIAS, en cuanto a los bienes inmateriales, podemos hablar de la posesión de derechos (propiedad intelectual) o de la posesión del producto de estos derechos y, entonces, el objeto de la posesión ya no sería un bien inmaterial, sino que estaríamos ante la obra producida, que es corporal⁴⁹.

Al hablar de propiedad intelectual, parece que se nos invita a entender que sobre esta figura sí que caben comportamientos posesorios. El art. 1464 CC⁵⁰ se encuentra dentro de las obligaciones del vendedor, en concreto, dentro de la obligación de la entrega de la cosa vendida. Si hablamos de entrega de cosa vendida, tenemos que entender que estamos ante un comportamiento posesorio, puesto que si se puede entregar tenemos que poder tener la posesión sobre él. De tal forma que cuando dice que se entenderá por entrega el uso que haga de su derecho el mismo comprador, entendemos que se está reconociendo que la utilización de bienes inmateriales equivale

⁴⁷ JIMÉNEZ SALAS, S., «El objeto del Derecho», consultado el 25 de marzo en www.monografias.com

⁴⁸ LEÓN ROBAYO, É.I., «La posesión de los bienes inmateriales», en *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, nº36, 2006, p. 106

⁴⁹ Apuntes Civil III, *cit.*, p. 22

⁵⁰ El art. 1464 CC dice: «Respecto de los bienes incorpóreos, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462. En cualquier otro caso en que este no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiendo el vendedor».

a su posesión. Si esa utilización es particular, la posesión lo es de la copia o ejemplar del bien; en cambio, si es una utilización empresarial, mediante el ejercicio de los derechos de explotación del art. 17 LPI, la posesión es del bien inmaterial en sí.

Así pues, si volvemos a los datos o archivos digitales, podríamos considerar que, al no poder ser directamente perceptibles por lo sentidos, tendríamos que descartar que puedan considerarse como cosa aprehensible⁵¹. Por tanto, estamos ante los mismos problemas que hemos ido exponiendo. Sin embargo, en el momento en que utilizamos un ordenador que procesa estos datos o archivos informáticos, ya podemos percibirlos por los sentidos y, por tanto, a través de un soporte digital sí que podrían ser susceptibles de aprehensión.

A estos datos o archivos digitales, algunos autores los han denominado bienes binarios y los definen como «cosas constituidas por bits, susceptibles de apropiación y posesión, almacenados en un espacio virtual, al que se tiene acceso mediante las tecnologías de la información y la comunicación, con la característica de ser modificables (en cuanto a contenido y en cuanto a configuración), dependientes (por *software* y por *hardware*), intelectualmente protegibles, lógicamente perpetuos, almacenablemente deteriorables, medibles y valiables».

Son cosas virtuales susceptibles de ser reguladas jurídicamente, por tanto se puede ejercer sobre ellas derechos y pueden producir obligaciones. Están constituidas en esencia por bits, es decir por unidades básicas de unos y ceros, traducidas en un código binario y, por tanto, solo es posible almacenarlas en un espacio virtual que descodifique ese código binario. Pero estos bienes binarios son contenidos en un espacio físico, ya sea un ordenador o cualquier otro dispositivo. Así pues, los bienes binarios son dependientes tanto de un *software*, es decir de un soporte lógico que procese ese código binario para que puedan ser visualizados, como de un *hardware*, un soporte físico para ser almacenados y contenidos.

Actualmente está apareciendo una nueva visión del derecho en relación con las nuevas tecnologías o NTICs⁵², de tal forma que se considera la necesidad de reconocer los bienes binarios en el Derecho civil y en todas las ramas del Derecho para

⁵¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Protección penal...», *cit.*, Capítulo II,2,B

⁵² Las NTCs son las nuevas tecnologías de la información y comunicación y son las que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero giran, no sólo de forma aislada, sino lo que es más significativo de manera interactiva e interconexiónadas, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas.

salvaguardar los derechos y cumplir las obligaciones que surgen como consecuencia de la propiedad y la posesión de este nuevo tipo de bienes⁵³.

Cuando hablamos de datos o archivos digitales tenemos que tener en cuenta que estos datos pueden estar almacenados en la red o en *cloud computing*. Sobre estos datos podemos llevar a cabo diferentes comportamientos, por lo que cabe preguntarse cuáles de estos comportamientos son posesorios y cuáles no. *Cloud computing* involucra muchas personas que son los actores del sistema. En primer lugar, está el cliente que es quien utiliza el sistema y mantiene una relación de negocios con el proveedor; es el actor principal. El proveedor es el responsable de mantener el servicio, es decir, administra las infraestructuras del sistema para dar el servicio en la nube y ponerlo a disposición de los clientes. El distribuidor es el proveedor de la conectividad y el transporte. El auditor evalúa servicios en términos de controles de seguridad, privacidad y *performance*. El intermediario administra el uso y la distribución de los servicios y negocia las relaciones entre el cliente y el proveedor⁵⁴.

Los datos que almacenamos en Internet están en algún centro de datos (*data center*) donde hay muchos servidores con discos duros. Además no están en un centro de datos sólo, sino que están replicados en copias de seguridad en centros de otros lugares del mundo, para que, de producirse un atentado o un terremoto, no se pierdan⁵⁵. Estos *data centers* tienen propietarios, algunos de ellos son *Google*, *Hewlett-Packard*, *Microsoft*. Lo cual es un poco desconcertante, puesto que si estos son los propietarios de los centros de datos y nosotros almacenamos ahí nuestros datos, ¿qué seguridad tienen nuestros datos? ¿Pueden utilizar estos servidores nuestros datos?

Hay que tener en cuenta que la posesión no es tan solo la tenencia de la cosa entre nuestras manos, sino que podemos seguir teniendo la posesión sobre algo, aunque le hayamos permitido a otra persona voluntariamente que, a la vez, tenga la posesión material sobre esa cosa.

Esto nos lleva a decir que la posesión puede ser dividida en posesión mediata e inmediata. GARCÍA VALDECASAS opina que esta distinción la podemos encontrar en

⁵³ VÁZQUEZ AZUARA, C.A., *Propiedad y posesión de los bienes binarios*, Editorial Universidad de Xapala, Xapala, 2013, p. 66 y ss

⁵⁴ PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al, «Dificultades de investigaciones...», *cit.*

⁵⁵ «Donde se almacenan todos los datos de Internet» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://muyinteresantespain.blogspot.com.es/2012/12/donde-se-almacenan-todos-los-datos-de.html#.VUDU4SG8PGc>

el derecho español en el art. 431 CC⁵⁶; sin embargo, esta tesis no ha sido compartida por el resto de la doctrina, según la cual no hay esta distinción en el Código Civil, pero, leyendo entre líneas los artículos que se refieren a la posesión, podemos encontrarla. Así pues hallamos esta distinción cuando el que tiene derecho a poseer transmite a otro las facultades suficientes para hacerlo. La posesión inmediata coincide con la tenencia material y la mediata es la de aquel que ha conferido la tenencia material de la cosa a otro de forma voluntaria. Por ejemplo, en un arrendamiento, el arrendatario tiene la posesión inmediata, pero el arrendador sigue teniendo posesión, en este caso mediata; y lo mismo en el depósito, comodato, comisión de venta, etc.⁵⁷.

Esta distinción ha sido recogida por la jurisprudencia en varias ocasiones. La sentencia 453/1996 de 11 de junio de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares establece que «la posesión mediata es la que se tiene a través de la posesión de otro y presupone una relación jurídica entre el poseedor superior y el subposeedor (usufructo, prenda, arrendamiento, comodato, etc.). La posesión inmediata es la que se ostenta sin mediación posesoria». El Tribunal Supremo en la Sala de lo Civil en la sentencia 628/1997 de 10 de julio dice que «la posesión inmediata se tiene directamente, sin mediador posesorio. La posesión mediata se tiene a través de la posesión de otro; hay desdoblamiento de posesiones: el mediato tiene la posesión como poder jurídico y el inmediato, como poder de hecho. Por tanto, la posesión mediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad o pluralidad posesoria».

Para muchos autores esta distinción es más una graduación de intensidad de la posesión. Está claro que la posesión inmediata solo la puede tener una persona; sin embargo, la posesión mediata la pueden tener tantas personas como transmisiones de facultades podamos imaginar⁵⁸.

Esta distinción entre posesión mediata e inmediata puede darse también en el contexto de los datos o archivos digitales almacenados en la nube. Y con todo lo expuesto sobre el funcionamiento de Internet, podemos llegar a la conclusión de que sobre los archivos entendidos como soporte magnético sólo puede haber verdadera

⁵⁶ El art. 431 CC dice: «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre».

⁵⁷ IZQUIERDO TOLSADA, M., *Lecciones sobre posesión...*, cit., p.17

DE REINA TARTIÈRE, G., «La posesión: una clásica lección presentada “a la boloñesa”», en *Revista Jurídica de Asturias*, nº37, 2014, p. 139-140

⁵⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Lecciones sobre posesión...*, cit., p. 18

posesión por parte de aquellas personas que tienen un acceso legítimo a los mismos, ya sea por tener posesión mediata o inmediata.

La privacidad es un derecho, por lo que el acceso a los datos de un particular o cliente de *cloud computing* sólo puede ser por parte de personas autorizadas, es decir, con acceso legítimo⁵⁹.

Llegamos a la conclusión entonces de que no todo el que tiene acceso a los datos digitales de la red o nube tiene acceso legítimo a ellos ni, por tanto, adquiere una posesión legítima. Podemos poner un ejemplo: estamos en una investigación judicial y los funcionarios públicos autorizados a los que se les ha asignado dicha causa pueden solicitar a los proveedores que se les permita acceder de forma legítima a determinados archivos digitales. En el caso de la red social *Facebook*, dentro de la cual podemos encontrar datos digitales como fotografías, el personal autorizado a través de una dirección de correo electrónico gubernamental puede acceder a esta información. Para ello debe solicitar un *token* de seguridad y, a partir de un enlace que se le concede, acceder al sistema⁶⁰. En este caso, los funcionarios autorizados tienen un acceso legítimo a los datos y, por tanto, tienen posesión sobre ellos, a pesar de que no son los «titulares» de estos datos.

IV. IUS POSSIDENDI: EL DERECHO (TITULARIDAD) SOBRE LOS DATOS DIGITALIZADOS.

El *Ius possidendi* se refiere a la posesión como facultad integrante de un derecho, ya sea dominio, usufructo, arrendamiento, etc.⁶¹.

1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROPIEDAD DEL SOPORTE.

Cuando hablamos de creaciones intelectuales, como obras musicales, literarias, entre otras, tenemos que tener en cuenta que no es lo mismo el soporte de la creación que la propiedad intelectual del autor que ha hecho esa creación. Por ejemplo, en el caso de un libro, tenemos el objeto libro, que es un objeto corporal y tiene la función de soporte de una obra literaria, que es la creación intelectual de la que derivan los derechos de propiedad intelectual.

⁵⁹ PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al, «Dificultades de investigaciones...», *cit.*

⁶⁰ PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al, «Dificultades de investigaciones...», *cit.*

⁶¹ DE REINA TARTIÈRE, G., «La posesión: una clásica...», *cit.*, p. 136

Debemos diferenciar pues entre el derecho de propiedad sobre el elemento material en el que se plasma la obra (*corpus mechanicum*), que corresponde a quien adquiere el objeto, y los derechos de autor sobre la creación intelectual (*corpus mysticum*). El art. 3 de la Ley de Propiedad Intelectual dice que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual». Esta diferenciación se ve muy clara en el Código Penal, y es que en sus artículos 270 y 271 se establecen los delitos de reproducción, plagio, etc., de creaciones intelectuales y no se pueden subsumir en este delito los atentados a derechos sobre los soportes de estas obras intelectuales. Es más, en caso darse, junto a la reproducción de una creación intelectual o el resto de acciones que están en el tipo de estos delitos, el apoderamiento de un ejemplar soporte de la misma, debería darse lugar al correspondiente concurso de delitos⁶².

La propiedad de la obra es más bien una titularidad del derecho. La posesión de un soporte permite disfrutar de la obra, pero no disfrutar el derecho o titularidad.

El derecho a la propiedad intelectual no es un derecho absoluto, es decir, debe estar equilibrado con otros derechos fundamentales, como pueden ser la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal o, lo que más nos afecta, la libertad de recibir o comunicar informaciones⁶³.

2. LA PROPIEDAD (O DERECHO MÁS PLENO) SOBRE LOS SOPORTES, EN PARTICULAR SOBRE EL ARCHIVO DIGITAL.

En primer lugar, el derecho de propiedad aparece definido en el artículo 348 CC y dice: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Este derecho real tiene vocación de generalidad, puesto que la propiedad concede todos los rendimientos y utilidades sobre la cosa siempre que no estén prohibidas por la ley⁶⁴.

La propiedad sobre los datos o archivos digitales «se refiere a la posesión y responsabilidad sobre los datos. Implica tanto poder como control y este control se

⁶² GONZÁLEZ RUS, J.J., «Protección penal de sistemas...», *cit.*, Capítulo II,2,B,b

⁶³ GONZÁLEZ FUSTER, G., «Equilibrio entre propiedad intelectual y protección de datos: el peso oscilante de un nuevo derecho», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº14, 2012, p. 49

⁶⁴ LACRUZ MATENCÓN, M., *Síntesis del Derecho Civil...*, *cit.*

deriva en acceder, crear, modificar, eliminar datos y todos los beneficios relacionados»⁶⁵.

Cuando tenemos una memoria USB estamos ante un bien mueble, pero si tenemos en cuenta que esa memoria almacena información en archivos que hemos creado o que simplemente hemos almacenado allí, tenemos que hablar también de bienes digitales o, como los llaman otros autores, binarios. De tal forma que si alguien nos sustrae ilícitamente la memoria USB, podemos denunciar la pérdida, el robo de la memoria física, es decir del objeto, pero ¿qué hay de la pérdida de esos archivos digitales, teniendo en cuenta que son los que realmente tienen valor económico y no la memoria USB cuyo valor es mínimo? Estos archivos son bienes digitales de los que tenemos la propiedad y posesión y que, por tanto, forman parte de nuestro patrimonio. Así aparece una nueva dimensión del patrimonio, lo que podemos llamar patrimonio binario, que se puede definir como «el conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valoración pecuniaria que son consecuencia de la realidad virtual del individuo y por tanto susceptibles de propiedad y posesión».

No debemos confundir la propiedad intelectual con los bienes binarios, que también son susceptibles de protección jurídica. Por ejemplo, cuando compramos un libro por Internet, al haber sido adquirido así, es decir, mediante una compraventa electrónica electrónica, se ha convertido en un bien binario; sin embargo, la propiedad intelectual sobre este libro no es del que adquiere el libro, sino que sigue siendo de su autor, de su creador intelectual. La propiedad intelectual protege la expresión de unas ideas, mientras que la propiedad de bienes binarios protege un conjunto de bits que permiten la visualización de tales ideas⁶⁶. Así pues, el autor es el titular del derecho, mientras que el comprador es el propietario del soporte.

Al igual que almacenamos datos en memorias USB u ordenadores, es decir, en soportes físicos, también almacenamos nuestra información en sitios web o redes sociales, que son espacios virtuales, y, en consecuencia, al igual que en el primer caso, seguimos teniendo la posesión e incluso la propiedad, por lo que si somos despojados de la misma, tenemos derecho a ejercitar acciones legales, igual que si fueran bienes inmuebles. Sin embargo, esto no es tan fácil de hacer.

⁶⁵ PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al, «Dificultades de investigaciones...», *cit.*

⁶⁶ VÁZQUEZ AZUARA, C.A., *Propiedad y posesión de los bienes binarios*, *cit.*, p. 8, 42 y 77

Cuando el gobierno de los EEUU cerró la página *Megaupload*⁶⁷, se llevó consigo, aparte de una serie de archivos ilegales, un conjunto de archivos que no infringían el *copyright*. Para justificar estas acciones el gobierno, en su defensa, dijo que las personas que habían firmado el contrato de prestación con *Megaupload* habían perdido, al hacerlo, sus derechos de propiedad sobre esos datos o archivos digitales. Es decir, según el gobierno de los EEUU, los derechos de propiedad se ven claramente limitados en el momento en el que firmas un contrato con un tercero que te ofrece el servicio de alojamiento y almacenaje de tus datos en la nube. Y esto no solo ocurre con *Megaupload*, sino que también incluye a otros servidores como *Amazon S3*, donde almacena *Dropbox*, *Google Apps* o *iCloud*⁶⁸.

Cuando nos damos de alta en servicios como estos, aceptamos sus condiciones de uso y, a través de esta aceptación, que la mayor parte de las veces ni leemos, estamos cediendo derechos de uso, modificación, reproducción y distribución del material que alojamos en los servicios, para supuestamente garantizar el funcionamiento del servicio.

Las condiciones de *Google* establecen que la propiedad intelectual sigue siendo nuestra, pero ¿qué pasa con la propiedad del archivo, no de su creación intelectual, que no tiene por qué ser nuestra, sino del dato en sí? Al aceptar las condiciones hemos aceptado que *Google* pueda mostrar y distribuir dicho contenido a otros.

Dropbox especifica que «usted conservará la plena propiedad de sus pertenencias, no nos atribuimos la propiedad de ninguna de ellas», pero estima que «es posible que necesite autorización para realizar las actividades que el usuario solicite con sus pertenencias, por ejemplo alojar sus archivos o bien compartirlos a su criterio». Y esto es más o menos lo mismo que dicen el resto de servidores como *Skydrive* de *Microsoft*, *Box*, entre otros⁶⁹.

Algo parecido pasa también con las redes sociales. *Facebook* asegura que somos propietarios de todo lo que publicamos. Sin embargo, «le concedemos una licencia no exclusiva, transferible y con derechos de sublicencia, libre de derecho de autor». Por lo que mientras está activo *Facebook*, las fotos no son de nuestra exclusiva propiedad,

⁶⁷ *Megaupload* era un sitio web de servicio de alojamiento de archivos que fue cerrado por el FBI en 2012 por infracción de derechos de autor.

⁶⁸ FLORES, P., «No eres dueño de nada de lo que alojes en la nube, dice el gobierno de Estados Unidos» en hipertextual.com

⁶⁹ ROMERO, P., (2012 16 de diciembre), Ojo con lo que subes a Google Drive... y en general a la nube, consultado el 17 de febrero de 2015 en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/25/navegante/1335354932.html>

porque les hemos cedido parcialmente los derechos de autor⁷⁰. Entonces, no se conserva la plena propiedad de los derechos de autor, ni el control sobre la propia imagen (derecho a la intimidad), aunque se siga teniendo posesión en forma de acceso.

A pesar de esto, se está produciendo un cambio, ya que cada vez es más común tener parte de nuestras posesiones alojadas en el disco duro de nuestro ordenador o directamente en la nube. Estas posesiones, sin embargo, siguen teniendo un valor económico y sentimental como si de cosas materiales se trataran. Es el caso, por ejemplo, de canciones descargadas de *iTunes*, vídeos de *Youtube*, etc. Esa música que has comprado por Internet debe tener el mismo valor que si de un CD se tratara y, por eso, no deben entrar en juego los derechos de autor, incluso si hemos compartido esta música en un archivo de carpetas compartidas. Y como posesiones que son, derivadas de un derecho más amplio que es el de propiedad, debemos tener la posibilidad de cederlas si queremos. Es por esto por lo que en los últimos años, cada vez más notarios están dando esta posibilidad a sus clientes a la hora de escribir un testamento. La responsable del centro de Asistencia Jurídica de DAS Internacional⁷¹, Patricia Plaza expone que «tenemos un Código Civil bastante antiguo y no tiene en cuenta estos nuevos bienes que tenemos hoy en día»⁷². Esta solución es posible para muchos abogados y notarios, porque consideran que nuestro Derecho es analógico y que, por tanto, podemos incluir estos bienes como si de bienes materiales se tratara, dado que la legislación sucesoria que tenemos es del siglo pasado⁷³. Casi toda la legislación que tenemos es del siglo pasado, si tenemos en cuenta que tan solo llevamos quince años en este siglo. La legislación se va actualizando a medida que se van produciendo problemas nuevos, por lo que está claro que nuestra legislación sucesoria irá actualizándose en este sentido a medida que vayan apareciendo problemas jurídicos sobre ello.

En nuestro ordenamiento, esta cuestión, que muchos han empezado a denominar «testamento digital», no está regulada ni legal ni jurisprudencialmente, es decir hay un vacío legal.

⁷⁰ DE SANTOS, A., (2014 6 de noviembre), ¿Qué pasa con lo que se cuelga en Internet?, Consultado el 11 de febrero de 2015 en http://elpais.com/elpais/2014/11/06/buenavida/1415263458_996660.html

⁷¹ Empresa que se encarga, entre otras cosas, de afrontar los trámites legales derivados de estas nuevas situaciones.

⁷² ECHAGÜE, J.V., (2014 31 de octubre), El testamento 2.0, consultado el 15 de marzo de 2015 en <http://www.larazon.es/sociedad/el-testamento-2-0-DF7799533#.Ttt1bIZ046UIWJu>

⁷³ MORENO, V., (2013 19 de abril), El testamento digital, una herencia conflictiva, consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.expansion.com/2013/04/18/juridico/1366302969.html>

Esto es lo que ha provocado que aparezcan en Internet plataformas como *netarius.com*, *milegadodigital.com* o *tellmebye.com*, que permiten a sus usuarios disponer sus últimas voluntades en relación a lo que se puede denominar su «herencia digital». Así ofrece la posibilidad de la eliminación de perfiles de redes sociales, transferencia de datos alojados en la nube, gestión de las cuentas de correo electrónico, entrega de las compras realizadas por Internet, como libros, música, videojuegos, etc.⁷⁴.

Una de estas plataformas, la más solicitada, es *Entrusted*. Consiste en una plataforma que te permite decidir qué va a pasar con tus cuentas digitales una vez fallezcas. Funciona de la siguiente manera: te registras en la plataforma, introduces tus cuentas más importantes (correo electrónico, redes sociales, etc.) y eliges si estas cuentas pasarán a otra persona o se borrarán automáticamente. Para que esto funcione debes dejar plasmado quién será el ejecutor digital, la persona que avise a *Entrusted* de tu fallecimiento⁷⁵.

Sin embargo, esto tiene su contrapartida, ya que la personal legitimada para encargarse de las últimas voluntades del causante, en cuanto a lo que a herencia digital se refiere, podría verse implicada en delitos de usurpación de identidad, problemas legales por la protección de datos o por la protección de la identidad. No es fácil llevar a cabo estas actuaciones hasta que no haya una legislación sobre ello e, incluso, cuando la haya.

Redes sociales o páginas de Internet han buscado solución a estos problemas. Es el caso de *Facebook* que ha introducido la opción de eliminar cuentas a través del envío por parte de los familiares de un certificado de defunción para probar el fallecimiento. En el caso de *Gmail*, donde después de tres meses de inactividad, se puede anular las cuentas⁷⁶.

3. UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL CON MIRAS AL FUTURO

En el año 2012, en Holanda, la Corte Suprema falló una sentencia que cambió la concepción en ese país sobre los bienes virtuales y la posibilidad de considerarlos susceptibles de posesión y propiedad en la realidad.

⁷⁴ El testamento digital (2014 18 de noviembre), consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.barreirovivero.com/el-testamento-digital-5/>

⁷⁵ Entrusted: Un testamento para tus bienes virtuales, consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.neoteo.com/entrusted-un-testamento-para-tus-bienes-virtuales/>

⁷⁶ MORENO, V., El testamento digital... cit.

Lo que ocurrió fue que en el año 2007, dos menores de edad amenazaron con un cuchillo a otro menor para que fuera a casa de uno de los agresores, iniciara una sesión en *Runescape*⁷⁷ y les transfiriera dinero virtual y dos bienes, un amuleto y una máscara. El juzgado de lo penal de *Leeuwarden* les condenó por un robo con violencia e intimidación. A lo cual los jóvenes apelaron, de tal forma que acabó llegando el caso a la Corte Suprema, que consideró que sí estaban ante un robo.

Lo que cabe destacar es cómo se argumentó que esos bienes que no existen en la realidad, que no tienen un valor en la realidad, sino tan solo en el mundo virtual, podían considerarse una propiedad susceptible de ser robada.

En primer lugar, se expone cómo ya el art. 310 CP holandés consideró subsumible como robo un caso de apropiación ilegal de electricidad, considerando, por tanto, la energía eléctrica como un bien susceptible de apropiación (sentencia de la Corte Suprema holandesa de 1921).

La defensa se centró en demostrar que los objetos virtuales no son bienes, sino que son una ilusión visual de bits y *bytes* y que son datos digitales, por lo que no pueden considerarse bienes.

Sin embargo, la Corte Suprema consideró que estos objetos virtuales, que eran de la víctima de forma exclusiva, sí que tienen un valor real. Para lo cual dio varios argumentos: el primero es que la jurisprudencia ya determinó que la definición de bienes puede ser para objetos no materiales; y el segundo es que el hecho de que sean datos no impide que sean bienes en el sentido señalado por el Código Penal. Además opina que estos bienes sí tienen un valor real, puesto que la víctima había invertido su tiempo y su esfuerzo para conseguir esos objetos.

Eso sí, también deja claro que para que estos bienes puedan ser considerados como bienes en el mundo real y pueda considerarse que se han robado, los hechos delictivos deben haberse producido en el mundo real, no en el mundo virtual^{78 79 80 81}. No obstante, en mi opinión, no debemos hablar de mundo real o mundo virtual, pues

⁷⁷ *Runescape* es un juego de Internet, una plataforma donde las personas, a través de avatares, forman parte de un mundo virtual donde interactúan con otros avatares, realizan transacciones y adquieren bienes virtuales.

⁷⁸ RODRÍGUEZ LOBATÓN, A., “La naturaleza de los bienes en los mundos virtuales”, consultado el 20 de abril de 2015 en <http://www.blawyer.org/2012/02/08/la-naturaleza-de-los-bienes-en-mundos-virtuales/>

⁷⁹ «Dutch Supreme Court says virtual goods are property» (2012, 2 de febrero), consultado el 21 de abril de 2015 en <http://www.technollama.co.uk/dutch-supreme-court-declares-virtual-goods-are-property>

⁸⁰ LASTOWKA, G., (2012, 1 de febrero), «Dutch Court recognizes Runescape items as legal “goods”», consultado el 21 de abril de 2015 en http://terranova.blogs.com/terra_nova/2012/02/dutch-court-recognizes-runescape-items-as-legal-goods.html

⁸¹ Sentencia de la Corte Suprema de Holanda, 10/00101 J del 30 de enero de 2012

ambos son mundos reales. La Corte Suprema no argumentó el hecho de que, al igual que pasa con las energías, si se pueden usar estos bienes y se puede cambiar su usuario, entonces podemos hablar de comportamiento posesorio, tal y como hemos explicado antes al hablar del art. 1464 CC⁸² y, por tanto, en este caso podemos hablar de robo.

Se trata de una sentencia realmente novedosa que deja una puerta abierta al futuro, a la nueva consideración de los bienes virtuales como bienes susceptibles de posesión y propiedad y, por consiguiente, de robo. Es a lo que nos están llevando las nuevas tecnologías, a un debate realmente interesante sobre la naturaleza de los derechos de propiedad sobre bienes creados en mundos virtuales.

V. LA POSESIÓN COMO TÍTULO ADQUISITIVO DEL DERECHO SOBRE LOS ARCHIVOS.

1. EFECTOS DE LA POSESIÓN.

Según SAVIGNY, los efectos de la posesión en sí misma son dos: los interdictos y la usucapión. Son los derechos que tiene el poseedor en cuanto al goce de la cosa y a la tutela judicial de la posesión.

Como primer efecto tenemos la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe, recogido en el art. 451 CC⁸³. Para algunos autores, como SAVIGNY, esa adquisición no implica la propiedad de los frutos, sino tan solo su posesión, dado que la propiedad corresponde al propietario siempre. Otros como WINDSCHEID consideran que se trata de la facultad de consumir los frutos.

Como efecto propio de la posesión de bienes muebles, tenemos el segundo efecto, que es el de que «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», y está recogido en el art. 464 CC.

El problema viene a la hora de interpretar qué quiere decir «equivale al título», es decir, a la hora de determinar si se refiere al título de poseer simplemente, al de propiedad o a otro derecho real. Los que defienden la idea de que se refiere al título de propiedad, los llamados germanistas, encuentran un argumento a su favor en la siguiente frase del artículo, cuando por medio de la conjunción «sin embargo» parece que se presente una excepción a la regla general. Solo no se adquiere la propiedad en el

⁸² *Vid.* Capítulo III, apartado 2 «El derecho de posesión sobre entes inmaterializados como las energías y sobre el bien inmaterial», de este trabajo.

⁸³ El art. 451 CC dice: «El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción».

caso de posesión ilegal, es decir, de pérdida o privación ilegal⁸⁴. Sin embargo, esta concepción germanista no es la que contemplan todos los autores y menos la jurisprudencia que recoge la tendencia romanista. Esta tendencia no ampara la adquisición *a non domino* por parte del tercer poseedor de buena fe. Entienden que de la posesión a la propiedad sólo se pasa por el camino de la usucapión y, por tanto, el título al que se refiere el art. 464 es el de posesión, y no el de propiedad. Los que defienden esta tendencia entienden que si este artículo hubiera querido atribuir el título de propiedad lo habría hecho y que el art. 464 no debe decir más que el 1955, que determina que para adquirir la propiedad hacen falta tres años.

Otra interpretación distinta de este art. 464 CC es la que da VALLET DE GOYTISOLO, que entiende que el objetivo de este artículo no es la adquisición *a non domino* (título de propiedad) ni la prescripción adquisitiva (título de posesión a efectos de usucapión), sino que se refiere a la reivindicación mobiliaria, es decir, determina sobre qué título se puede accionar y qué título se puede oponer en este terreno.

Los efectos de la primera interpretación del art. 464 (tendencia germanista) son muy importantes, pues, de seguir esta idea, la usucapión sería innecesaria, ya que se habría adquirido el derecho de propiedad directamente sin tener que pasar por los plazos de la usucapión.

Sin embargo, si seguimos la tendencia romanista y entendemos que el título que se adquiere es el de posesión, la posesión en el tiempo puede llevar a la usucapión⁸⁵. Se trata de una figura que podríamos considerar el efecto más importante de la posesión. Se define como un modo de adquirir la propiedad y ciertos derechos reales mediante la posesión en concepto de dueño público, de forma pacífica, no interrumpida y por el tiempo que marca la ley (art. 1930.1 CC)⁸⁶.

2. PROTECCIÓN POSESORIA INTERDICTAL DE BIENES DIGITALES

2.1. Los interdictos en general.-

Otro de los efectos de la posesión es la posibilidad de su defensa. La protección de la posesión se reconoce en el art. 446 CC cuando se dice: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella deberá ser

⁸⁴ El art. 464 CC continúa diciendo: «Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea».

⁸⁵ No debemos confundir la usucapión o prescripción adquisitiva con la prescripción extintiva que consiste en extinción para y simplemente de la posibilidad de hacer valer los derechos o de imponer coactivamente su respeto (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Lecciones sobre posesión...*, cit., p. 47).

⁸⁶ LACRUZ MANTECÓN, M., *Síntesis del Derecho Civil español...*, cit.

amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen». Es decir, el poseedor por sí mismo no puede restaurar la posesión alterada, sino que debe acudir a la autoridad competente (art. 441 CC).

Los medios procesales para la protección de la posesión están recogidos en el art. 1651 LEC, que dice: «El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia». Por tanto, los medios de protección de la posesión son los interdictos que pueden ser de retener o de recobrar, dependiendo de la lesión que haya sufrido el poseedor, la perturbación o el despojo, respectivamente. Así, a través de los interdictos conseguimos el mantenimiento en la posesión libre de perturbaciones, así como recuperar la posesión si ha sido despojada.

La legitimación activa para interponer el interdicto corresponde a todo poseedor y la pasiva, a quien realizó la perturbación, despojo o, en ocasiones, a quien ordenó que se llevaran a cabo estas acciones⁸⁷.

2.2. La defensa de las situaciones posesorias sobre datos digitales.-

Tras todo lo expuesto en este trabajo podemos llegar a la conclusión de que los datos digitales pueden ser poseídos igual que un bien corporal, por lo que no parece haber nada que impida que entonces podamos proteger nuestra posesión de datos digitales de la misma forma que el resto de posesiones, es decir, a través de interdictos posesorios.

Si partimos del caso de la plataforma *Megaupload*, muchas personas fueron privadas de sus datos digitales que tenían almacenados en esta plataforma y que no infringían ningún tipo de infracción contra el *copyright*. El FBI, al cerrar esta página, a la vez que borraba documentos ilegales, borraba otros que no lo eran. Estos datos fueron eliminados de su servidor original; sin embargo, el FBI mantuvo una copia de todos ellos para estudiarlos a fondo. Son estas copias las que Kim Dotcom, fundador de *Megaupload*, está intentando recuperar con posibilidades de éxito. Sin embargo, todavía no se sabe cómo volverán a sus usuarios y propietarios estos datos⁸⁸.

⁸⁷ MARTÍN PÉREZ, A., *La posesión*, cit., p. 175 a 183

⁸⁸ VELASCO, R., (10 de septiembre de 2014) «Kim Dotcom podrían recuperar todos los datos de Megaupload» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.redeszone.net/2014/09/10/kim-dotcom-podria-recuperar-todos-los-datos-de-megaupload/>

Uniendo ambas ideas, podemos entender que los usuarios de *Megaupload* tenían en su posesión estos datos, aunque estuvieran alojados en este servidor. Sería posesión en el sentido de acceso, de control, del uso del art. 1464 CC, del que hemos estado hablando.

Y por tanto, si tenían la posesión y han sido despojados de ella, nada impide que no puedan ejercitar un interdicto de recobro. No obstante, tendríamos que comprobar que se cumplen todos los requisitos para poder ejercitar este interdicto.

En primer lugar, para poder ejercitar un interdicto, el beneficiario de este debe ser poseedor (art. 446 CC), con independencia de si es o no propietario también. Habiendo aclarado que estos datos digitales son susceptibles de posesión, podemos entender que el acceso y control del usuario implica la posesión sobre ellos. En segundo lugar, el demandante ha de tener la legitimación activa para poder hacerlo, lo cual implica que haya sido inquietado o, como en este caso, despojado de su posesión por actos ejecutados por las personas contra las que se dirige la demanda y que impliquen la intención de inquietarle o perturbarle.

En tercer lugar, se debe poder identificar lo que ha sido despojado. Es por esto por lo que los abogados de estas personas que han sido privadas de estos datos aconsejan dos medidas urgentes a la hora de intentar recuperarlos, que son: recopilar el máximo de información del que dispongan en su ordenador y en sistemas de almacenamiento doméstico acerca de la información intervenida y localizar y guardar la información bancaria que acredite el pago de los servidores de *Megaupload*⁸⁹.

En cuarto lugar, el plazo de prescripción es de un año, así que debería haberse interpuesto como máximo un año después de que la persona hubiera sido despojada de los datos.

En quinto lugar, debe haber un elemento subjetivo por parte del que despoja, el *animus expoliandi*, y en este caso sí que se cumple este elemento, dado que hay voluntad clara de privar al poseedor de la cosa o derecho.

La prueba es otro de los requisitos fundamentales y el actor debe demostrar, por cualquier medio de prueba, su posesión y, para ello, son importantes las pruebas de las que ya hemos hablado a la hora de identificar la cosa poseída⁹⁰.

⁸⁹ ROMERO, P., (2012 20 de enero) «¿Qué pasa con mis documentos tras el cierre de Megaupload?» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327045000.html>

⁹⁰ «Requisitos de los interdictos de retener o de recobrar la posesión» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.caballerozea.net/Int%20RyR%202%20Requisitos%202013.htm>

Tras ser enunciados todos los requisitos, en mi opinión, estos datos o cualquiera que esté alojado en un servidor parecido pueden ser protegidos a través de un interdicto posesorio.

2.3. Interdicto y no reivindicatoria.-

Una vez llegados a este punto, cabe preguntarse por qué acudimos al interdicto de posesión y protegemos nuestra posesión y no recurrimos a una reivindicatoria para proteger nuestra propiedad.

En primer lugar, la acción reivindicatoria es el mejor instrumento de protección del derecho de propiedad y está recogida en el art. 348 CC, cuando se establece que «el propietario tiene la acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Su finalidad es que se reconozca el derecho de dominio y, consiguientemente, la restitución de la cosa que indebidamente posee un tercero. Así, el propietario no poseedor recupera la cosa del poseedor no propietario⁹¹.

Como ya hemos dicho a lo largo del trabajo, en un dato digital podemos distinguir entre la posesión del soporte y los derechos de propiedad intelectual de ese bien inmaterial. El poseedor del soporte y el propietario intelectual pueden ser el mismo, si estamos hablando del creador del bien inmaterial. Sin embargo, puede darse el caso de que sean personas diferentes y haya un poseedor de una copia de este archivo digital, por ejemplo, una canción descargada en *iTunes*. Por otra parte está el creador intelectual de esa canción, que tiene los derechos de propiedad intelectual, derechos que nunca tendrá el poseedor del soporte.

Esta es la razón por la que es mucho más fácil defender el simple derecho de posesión de estos bienes digitales, a través de un interdicto, y dejar la acción reivindicatoria para los casos en los que se pida la restitución de otros derechos más complicados, como son los derechos de autor y los derechos de la propia imagen e intimidad personal y familiar.

2.4. Justificación de la posesión.-

Los derechos que tenemos sobre los archivos por su uso, entendido este como posesión, son varios.

⁹¹ ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M.J., CÁMARA RUÍZ, J. *et al.*, Derecho Procesal Civil, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

En primer lugar, en los archivos que contienen obras intelectuales, la usucapión genera una propiedad de la copia y un derecho a disfrutar de la obra intelectual, pero los derechos morales y económicos recogidos en los arts. 14 y 17 LPI⁹² siguen existiendo y perteneciendo a su autor, pues no se ha autorizado otra cosa que no sea propiedad del soporte y de la obra.

Se genera un derecho de copia: sobre la copia de la que hemos adquirido su propiedad podemos hacer otras copias privadas, tal y como recoge el art. 31 LPI.

En cuanto a los archivos que contienen bienes de la personalidad (propia imagen, escenas de la intimidad en audiovisuales, entre otros) son solo propiedad del titular, al igual que pasa con la propiedad intelectual. Por tanto, el que tiene la posesión de esos archivos tiene los derechos de disfrute, pero en este caso no tiene el derecho de copias privadas y, mucho menos, el de su distribución.

En lo que se refiere a un fonograma, por ejemplo, una interpretación de una obra al piano por una persona que no sea el compositor, pasa lo mismo que en el primer caso, es decir, igual que cuando hay derechos de autor.

VI. LA POSESIÓN DE *BITCOINS*

*Bitcoin*⁹³ es una moneda electrónica descentralizada, creada en 2009 por Satoshi Nakamoto, del que no se conoce su verdadera identidad. Se trata de una moneda que depende de una base de datos distribuida y que se vale de la criptografía para su seguridad. Una de sus medidas de seguridad más importantes es que los *bitcoins* únicamente pueden ser gastados por su dueño y tan solo una vez. A través de la criptografía lo que consigue es que se puedan poseer y transferir valores entre cuentas públicas, de forma potencialmente anónima.

Para conseguir que un *bitcoin* solo pueda ser utilizado una vez, el sistema se vale de los llamados «mineros de *bitcoins*». Estos realizan pruebas de trabajo encadenadas que se muestran como confirmaciones, de tal forma que, a través de un servidor de tiempo distribuido, identifican, ordenan secuencialmente las transacciones e impiden su modificación.

⁹² En estos artículos se recogen los derechos que corresponden en exclusiva al autor de la creación intelectual, como pueden ser la divulgación y la forma de esta, la modificación de la obra, la retirada de la obra del comercio, derechos de explotación exclusivos, entre otros.

⁹³ Con el término *Bitcoin*, nos podemos referir a una moneda electrónica (*bitcoin*), pero también a su software (*Bitcoin*)

La información que habilita el control de los *bitcoins* que posee una persona puede ser guardada en cualquier soporte digital, como un USB, un CD, etc., o en un sitio *web* que ofrece «cuentas *Bitcoin*», e incluso en soportes no digitales, como un papel. Así que la posesión de los *bitcoins* puede ser transferida por medio de Internet a cualquiera que tenga una «dirección *Bitcoin*», como si de un e-mail se tratara.

Una persona que participa en la red *Bitcoin* posee una billetera electrónica en la que hay pares de llaves criptográficas, unas son privadas y otras son públicas. Las últimas funcionan como los puntos remitente o receptor para los pagos y las privadas sirven para que el usuario autorice pagos desde su billetera. Cuando se lleva a cabo una transacción, un usuario está renunciando a la posesión de un determinado número de *bitcoins*, dándole la llave pública a otro usuario y firmando la combinación de su llave privada. Y aquí es donde entra el trabajo de los «mineros», puesto que se encargan de verificar el número de *bitcoins* involucrados y la autenticidad de las firmas criptográficas, antes de aceptar la transacción como válida^{94 95}.

Hay tres formas de conseguir *bitcoins*. La primera consiste en intercambiar dinero convencional (euros, dólares, etc.) por *bitcoins* en alguno de los mercados de *Bitcoin* como *MtGox* o *Bitcoin.com*. La segunda consiste en el intercambio de bienes con otros usuarios, es decir, una compraventa en la que el medio de pago sea *bitcoins*. Y la última es la «minería», que consiste en la resolución de los problemas matemáticos de los que ya hemos hablado (confirmaciones) a cambio de *bitcoins*⁹⁶.

Una vez nos hemos puesto en situación de lo que es un *bitcoin*, cabe analizar este tipo de archivo digital tan diferente de los que hemos tratado hasta ahora. Estamos ante un archivo en el que no hay derecho de propiedad intelectual, ni derechos de propia imagen, cosa que en el resto de archivos siempre encontrábamos.

Además, por lo que hemos explicado, lo importante no es el derecho de propiedad o posesión de los *bitcoins* en nuestro ordenador, sino que lo que cuenta es la posesión de los pares de llaves criptográficas, es decir, del archivo con el algoritmo que permite la descryptación de la cuenta de depósito de *bitcoins* en el emisor que legitima cualquier operación con dicha moneda electrónica.

⁹⁴ «¿Qué es un Bitcoin? consultado el 5 de mayo de 2015 en <https://bitmarket.co/es/news>

⁹⁵ Página Web oficial de Bitcoin: <https://bitcoin.org/es/>

⁹⁶ MUÑOZ, I., (2014 13 de febrero) «¿Qué es Bitcoin? ¿Cómo funciona? ¿Dónde se compran?» consultado el 5 de mayo de 2015 en <http://computerhoy.com/noticias/internet/que-es-bitcoin-como-funciona-donde-compran-5389>

Está claro que se trata de un bien digital que podemos poseer. Tiene un valor económico como si de una moneda contante y sonante se tratara, aunque nunca adquiere forma física, puesto que no podemos acudir a un cajero para obtenerla. Sin embargo, poseer un *bitcoin* equivale más a la facultad para transferirlo que a su posesión. De tal manera que quien recibe uno está recibiendo la facultad para transferirlo a otra persona. Lo único que uno posee es la llave privada que le permite firmar una transacción que consiste en la transferencia de *bitcoins*⁹⁷.

Podemos hablar de posesión desde el momento en que a partir de un *bitcoin* podemos adquirir propiedades como si de dinero se tratase. Gran cantidad de comercios y empresas están empezando a aceptar *bitcoins* como medio de pago. Además pueden ser donados como bienes digitales e incluso formar el capital de una sociedad.

En cambio, es muy complicado hablar de propiedad, puesto que lo único que se tiene es un conjunto de números y letras, una llave privada que permite realizar las transacciones, pero a través de esta llave no podemos saber directamente quién es su propietario, pues no está vinculado a ningún título, como podría estarlo una cuenta bancaria donde aparece su titular. Una de las características del *Bitcoin* es que permite el anonimato de la persona que realiza la transacción, lo cual, al igual que tiene ventajas, puede tener desventajas, y es que puede ser utilizado para llevar a cabo transacciones ilegales, como venta de drogas o blanqueo de dinero^{98 99}.

VII. CONCLUSIONES

Primera. Vivimos en la «sociedad de la información», las nuevas tecnologías han cambiado nuestra forma de vivir y, con ello, han aparecido nuevos problemas que deben ser estudiados y solucionados por el Derecho. Los documentos como algo físico están siendo reemplazados por otro tipo de documentos formados por bits que no tienen una forma física como tal, sino que se necesita un sistema que los descodifique a través de un código binario. Además, estos documentos, a los que podemos llamar datos digitales o binarios, son almacenados no solo en ordenadores o soportes físicos, sino en la propia red de Internet, lo que conocemos como *Cloud Computing*.

⁹⁷ (2011 15 de septiembre) «¿Cuál es el estatus legal de Bitcoin? – Entrevista de Bruce Wagner a Matt Hutchins» consultado el 5 de mayo de 2015 en <http://elbitcoin.org/cual-es-el-estatus-legal-de-bitcoin/>

⁹⁸ GÓMEZ ABAJO, C., (2014 11 de noviembre) «Bitcoin entre experimento y el dinero del futuro» consultado el 5 de mayo de 2015 en http://www.iies.es/Bitcoin-entre-el-experimento-y-el-dinero-del-futuro_a3971.html

⁹⁹ ORDOVÁS, J., GÓMEZ, A., *et al* «La tecnología que revolucionará las formas en que pagamos. Monedas virtuales: Bitcoin» en Canal de TV del Instituto de la Ingeniería de España

Segunda. Los datos digitales, que no debemos confundir con los personales, que puedan estar también en Internet y que se refieren al derecho fundamental de la intimidad y la propia imagen, pueden ser poseídos como si de algo físico estuviéramos hablando, entendiendo la posesión como el «uso», tal como podemos interpretar leyendo el art. 1464 CC. Desde el momento en el que tenemos el acceso legítimo a un dato digital, estamosteniéndolo en nuestra posesión.

Tercera. No debemos confundir la propiedad del soporte con la propiedad intelectual de la creación. Cuando hablamos de propiedad de un dato digital, hemos de tener en cuenta que, en el momento en el que estamos almacenando esos datos en *Cloud Computing*, estamos cediendo parte de nuestros derechos al servidor, es decir, ya no tenemos la plena propiedad sobre estos, dado que hemos cedido parcialmente derechos al servidor. Sin embargo, sí podemos empezar a hablar de propiedad de este tipo de datos; es más, podemos empezar a considerar la posibilidad de dejar esos datos digitales a nuestros herederos, como si de bienes materiales se trataran.

Cuarta. Dado que podemos hablar de posesión de datos digitales, entonces también podemos proteger esta posesión a través de interdictos. Así que, cuando se pierde un dato o archivo digital en alguna plataforma digital, podemos intentar recuperarlo a través de un interdicto de recobro, como si de algo material estuviéramos hablando.

Quinta. Para acabar, hemos hablado de *Bitcoin* como un dato digital especial, puesto que no tiene derecho de propiedad intelectual, ni de propia imagen. La posesión de estos datos consiste tan solo en la posesión del archivo que contiene las llaves para poder realizar las transacciones. Por lo tanto, lo que realmente se tiene es la posesión de la facultad para transmitir a otro los *bitcoins* y, de esta manera, el otro adquiere tan solo esta facultad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO ANTÓN, M.J., «Fuentes de información sobre protección de datos en Internet» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 19-20, 2003.
- DOMAICA MAROTO, J. M., «Algunas cuestiones en torno al Derecho Fundamental a la protección de datos en la denominada información ubicua» en *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012.
- POULLET, Y., «Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC» en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 5, 2007.
- ÁVILA MEJÍA, Ó., «Computación en la nube» en *ContactoS* nº 80, 2011.
- PODESTÁ, A., CASTELLOTE, M., CONSTANZO, B., et al., «Dificultades de Investigaciones Penales en Cloud Computing» en el *Tercer Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática*, 2014.
- FERNÁNDEZ ALLER, C., «Algunos retos de la protección de datos en la sociedad del conocimiento. Especial detenimiento en la Computación en la Nube (Cloud Computing)» en *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012.
- MARCOS, M.C., «Los archivos en la era digital», en *Revista Internacional científica y profesional*, 1999
- Definición de datos- Qué es, Significado y Concepto consultado el 20 de marzo en <http://definicion.de/datos/#ixzz3SkiZDEWk>
- GONZÁLEZ RUS, J.J., «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 01-14, 1999.
- Qué es un archivo digital consultado el 20 de marzo en <https://doraduque.wordpress.com/tag>
- LLOBREGAT HURTADO, M.L., *Temas de propiedad industrial*, La Ley, Madrid, 2007.
- DEL PESO NAVARRO, E., *Manual de Outsourcing Informático*, Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- LACRUZ MANTECÓN, M., *Síntesis del Derecho Civil español. Persona y bienes*, Kronos, 2015.

- JARILLO GÓMEZ, J.L., «La posesión en el Código Civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales», en *Saberes*, nº6, 2008.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Lecciones sobre posesión y usucapión*, Dykinson, Madrid, 2002.
- Apuntes Civil III (Derecho inmobiliario y registral), Universidad Jaime I.
- JIMÉNEZ SALAS, S., «El objeto del Derecho», consultado el 25 de marzo en www.monografias.com
- LEÓN ROBAYO, É.I., «La posesión de los bienes inmateriales», en *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, nº36, 2006.
- VÁZQUEZ AZUARA, C.A., *Propiedad y posesión de los bienes binarios*, Editorial Universidad de Xapala, Xapala, 2013.
- «Donde se almacenan todos los datos de Internet» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://muyinteresantespain.blogspot.com.es/2012/12/donde-se-almacenan-todos-los-datos-de.html#.VUdU4SG8PGc>
- DE REINA TARTIÈRE, G., «La posesión: una clásica lección presentada “a la boloñesa”», en *Revista Jurídica de Asturias*, nº37, 2014.
- GONZÁLEZ FUSTER, G., «Equilibrio entre propiedad intelectual y protección de datos: el peso oscilante de un nuevo derecho», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº14, 2012.
- FLORES, P., «No eres dueño de nada de lo que alojes en la nube, dice el gobierno de Estados Unidos» en hipertextual.com
- ROMERO, P., (2012 16 de diciembre), «Ojo con lo que subes a Google Drive... y en general a la nube», consultado el 17 de febrero de 2015 en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/25/navegante/1335354932.html>
- DE SANTOS, A., (2014 6 de noviembre), ¿Qué pasa con lo que se cuelga en Internet?, Consultado el 11 de febrero de 2015 en http://elpais.com/elpais/2014/11/06/buenavida/1415263458_996660.html
- ECHAGÜE, J.V., (2014 31 de octubre), El testamento 2.0, consultado el 15 de marzo de 2015 en <http://www.larazon.es/sociedad/el-testamento-2-0-DF7799533#.Ttt1blZ046UIWJu>
- MORENO, V., (2013 19 de abril), El testamento digital, una herencia conflictiva, consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.expansion.com/2013/04/18/juridico/1366302969.html>

- El testamento digital (2014 18 de noviembre), consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.barreirovivero.com/el-testamento-digital-5/>
- El testamento digital (2014 18 de noviembre), consultado el 28 de abril de 2015 en <http://www.barreirovivero.com/el-testamento-digital-5/>
- RODRÍGUEZ LOBATÓN, A., “La naturaleza de los bienes en los mundos virtuales”, consultado el 20 de abril de 2015 en <http://www.blawyer.org/2012/02/08/la-naturaleza-de-los-bienes-en-mundos-virtuales/>
- «Dutch Supreme Court says virtual goods are property» (2012, 2 de febrero), consultado el 21 de abril de 2015 en <http://www.technollama.co.uk/dutch-supreme-court-declares-virtual-goods-are-property>
- LASTOWKA, G., (2012, 1 de febrero), «Dutch Court recognizes Runescape items as legal “goods”», consultado el 21 de abril de 2015 en http://terranova.blogs.com/terra_nova/2012/02/dutch-court-recognizes-runescape-items-as-legal-goods.html
- VELASCO, R., (10 de septiembre de 2014) «Kim Dotcom podrían recuperar todos los datos de Megaupload» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.redeszone.net/2014/09/10/kim-dotcom-podria-recuperar-todos-los-datos-de-megaupload/>
- ROMERO, P., (2012 20 de enero) «¿Qué pasa con mis documentos tras el cierre de Megaupload?» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327045000.html>
- «Requisitos de los interdictos de retener o de recobrar la posesión» consultado el 4 de mayo de 2015 en <http://www.caballerogea.net/Int%20RyR%20%20Requisitos%202013.htm>
- ORTELLS RAMOS, M., MASCARELL NAVARRO, M.J., CÁMARA RUÍZ, J., *et al.*, Derecho Procesal Civil, Ed.Aranzadi-Thomson Reuters, 11ª edic., Cizur Menor, 2012.
- «¿Qué es un Bitcoin? consultado el 5 de mayo de 2015 en <https://bitmarket.co/es/news>
- Página Web oficial de Bitcoin: <https://bitcoin.org/es/>
- MUÑOZ, I., (2014 13 de febrero) «¿Qué es Bitcoin? ¿Cómo funciona? ¿Dónde se compran?» consultado el 5 de mayo de 2015 en <http://computerhoy.com/noticias/internet/que-es-bitcoin-como-funciona-donde-compran-5389>

- (2011 15 de septiembre) «¿Cuál es el estatus legal de Bitcoin? – Entrevista de Bruce Wagner a Matt Hutchins» consultado el 5 de mayo de 2015 en <http://elbitcoin.org/cual-es-el-estatus-legal-de-bitcoin/>

- GÓMEZ ABAJO, C., (2014 11 de noviembre) «Bitcoin entre experimento y el dinero del futuro» consultado el 5 de mayo de 2015 en http://www.iies.es/Bitcoin-entre-el-experimento-y-el-dinero-del-futuro_a3971.html

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 292/2000 de 30 noviembre. (RTC 2000\292)

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) número 254/1993 de 20 de julio (RTC 1993/254)

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) número 173/2011 de 7 de noviembre (RTC 2011/173)

- Sentencia de la Audiencia provincial de las Islas Baleares (Sección 3ª) número 453/1996 de 11 de junio (AC 1996/1055)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 628/1997 de 10 de julio (RJ 1997/5464)

- Sentencia de la Corte Suprema de Holanda número 10/00101 J del 30 de enero de 2012