

Criterios básicos en Europa y propuestas respecto del tratamiento de la libertad de expresión e información en Internet*

Lorenzo Cotino Hueso**

SUMARIO: I. Premisas jurisprudenciales de las que partir. 1. La libertad de expresión e información protege la difusión de opiniones e informaciones por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio. 2. Apoyos jurisprudenciales a la tesis de la necesidad de extender la protección especial de los medios de comunicación clásicos a los prestadores de servicios. 3. Una inercia jurisprudencial negativa: se reserva a los medios de comunicación clásicos la protección constitucional más intensa. II. Lineamientos jurisprudenciales en Europa relativos la libertad de expresión e información en Internet. 1. El caso Ahmet Yýldýrym c. Turquía de 2012, primera sentencia del TEDH que aborda frontalmente la protección de la libertad de expresión en Internet y las garantías de legalidad. 2. La preocupante sentencia del TEDH en el caso Delfi vs Estonia de 2013 y la responsabilización de los intermediarios por los contenidos que alojan. 3. Diversos criterios sobre la libertad de expresión e información por el TJUE. 4. El “olvido” de la libertad de expresión en razón del derecho al olvido. La sentencia del TJUE del caso Google vs AGPD de 2014. III. Para concluir. La necesidad que el legislador democrático asuma su papel para proteger las libertades informativas y otros derechos fundamentales en Internet.

Recibido: 16/11/2014 • Aceptado: 25/11/1014

* El presente estudio se realiza como investigador principal del Proyecto MINECO “Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos” (DER2012-37844), así como Miembro del Grupo de Investigación, Derecho en Tecnologías de la Información, la Comunicación y Cyber Law (G-TICCY) de la Universidad Católica de Colombia. El presente texto trae causa de la ponencia presentada al XVIII Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. www.fiadi.org

** Profesor titular de Derecho Constitucional acreditado como catedrático. Universidad de Valencia. Coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) www.derechotics.com

Resumen

Frente a una inercia jurisprudencial negativa, el autor reafirma que la libertad de expresión e información no queda reservada a los tradicionales medios de comunicación y aboga por el reconocimiento de la garantía institucional que tradicionalmente ha reforzado a estos medios, a los grandes prestadores e intermediarios. Se analizan las líneas jurisprudenciales y se destacan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Delfi vs. Estonia* (2013) en materia de responsabilidad por contenidos ilícitos en Internet y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *Google vs. España* (2014) sobre el derecho al olvido; se critica que esta sentencia “olvida” la libertad de expresión e información en Internet. Ambas sentencias parecen expresar un giro hacia un Internet más controlado. Para concluir, se sostiene que el legislador no puede eludir más su responsabilidad y dejar totalmente en manos de los tribunales estas cuestiones.

Palabras clave: Jurisprudencia. Libertad de expresión. Internet. Redes sociales. Derecho al olvido. Protección de datos. Responsabilidad de intermediarios.

Abstract

Faced with negative case law inertia, the author reaffirms that freedom of speech and information is not exclusively for the traditional mass media, and advocates the acknowledgement of the institutional guarantee that traditionally has reinforced the mass media to large providers and intermediaries. Case law guidelines on decisions of the European Court of Human Rights in *Delphi vs. Estonia's* (2013) regarding liability for illegal Internet content, and the European Court of Justice decision in *Google vs. Spain* (2014) on the right to be forgotten are analyzed, and highlighted. It is criticized that this decision “forgets” the freedom of speech and information on Internet. Both decisions seem to reveal a shift to a more controlled Internet. In conclusion, it is argued that the legislature cannot avoid its responsibility and leave these issues completely in the hands of the courts.

Keywords: Case Law. Freedom of Speech. Internet. Social Networks. Right to be forgotten. Data protection. Liability of intermediaries.

I. Premisas jurisprudenciales de las que partir

1. La libertad de expresión e información protege la difusión de opiniones e informaciones por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio

Salvando muy destacadas firmas, que por lo general hemos trabajado de forma conjunta¹, no son muchos los autores en la literatura científica española que hayan mostrado interés por las libertades en la Red², a diferencia de la siempre más rentable atención del fenómeno de la protección de datos.

¹ Me permito recordar algunos de mis trabajos especialmente como coordinador, publicados en la materia, entre otros, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs”)", en AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, págs. 51-76. También, “Nuestros jueces y tribunales ante Internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en Internet...*, cit. así como el estudio introductorio a la obra. “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión”, publicación de la Ponencia en las III Jornadas de Derecho constitucional “Constitución y libertad de expresión”, Fundación Giménez Abad-Cortes de Aragón- Uned, Barbastro (Huesca) 7-8 de noviembre de 2008, disponible en <http://goo.gl/cBKEa> (Consulta: 10 de noviembre de 2014).

He coordinado obras monográficas como COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información, nº 9), Granada, 2006; *Libertad en Internet. La Red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO Lorenzo (eds.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

² En España, hay que destacar los trabajos iniciales de FERNÁNDEZ ESTÉBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derecho Fundamentales*, Mc-Graw Hill, 1998, así como los numerosos trabajos de BOIX PALOP, Andrés, “Pluralismo y libertad de expresión en la Red”, publicado en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 65, mayo-agosto 2002, págs. 133-180, accesible en <http://www.uv.es/aboixp> (Consulta: 10 de noviembre de 2014), así como en BOIX PALOP Andrés y LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, “Derecho y cuarto poder en la era digital”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 130, Madrid, octubre-diciembre (2005), págs. 73-108 y en “Soporte digital, autoría e industria cultural”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 131, Madrid, enero-marzo (2006), págs. 53-86. Asimismo, una monografía de la cual son editores, *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. Fue un clásico, VILLATE, Javier: “La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas”, Versión 1.0, Borrador de trabajo sobre la libertad de expresión en la Red y los sistemas de filtrado, por Javier Villate. Documento presentado en la comparecencia de David Casacuberta, presidente de FrEE , ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998, acceso en internet. Es sencillo y muy destacable FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, UNAM, Méjico, 2004. También hay que mencionar especialmente los trabajos de, CORREDOIRA y ALFONSO, Loreto *Los retos de la información en Internet. Las libertades de acceso y difusión*. Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información. Madrid, diciembre, 1998 y el libro colectivo, *La libertad de información. Gobierno y arquitectura de*

Frente a las negativas corrientes que luego se indican, como he sostenido en otros lugares desde hace tiempo, las libertades informativas se reconocen a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista) que emita información veraz o exprese opiniones, así como a la colectividad que las recibe. No se trata de una afirmación nueva, puesto que lo cierto es que antes de Internet, ya se afirmaba que las libertades informativas eran de todos los ciudadanos. En aquellos tiempos estas afirmaciones, si se me permite, *salían gratis*. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América diría que “*la libertad de la prensa es el derecho de un solo panfleto... al igual que el de la más importante publicación metropolitana*”³. La sentencia Engels del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 8 de junio de 1976 afirmó que “*Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 [del CEDH que reconoce la libertad de expresión] es aplicable a todas las personas*” (Apartado 100). Como luego se insiste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2008⁴ afirmó que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de “periodismo” hacia “*toda persona que ejerza una actividad periodística*” (nº 58). Se señala que difundir información con ánimo de lucro no excluye que se trate de fines periodísticos, “*el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata de una actividad “con fines exclusivamente periodísticos”*” (nº 60)⁵, de manera que las “actividades

Internet, Universidad Complutense, Madrid, 2001, y los trabajos de esta autora en obras que he coordinado. Destacan desde el inicio los diversos estudios de GARCÍA MORALES, María Jesús, “Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 y algunos trabajos en CASANOVAS, Pompeu *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003. Más recientemente, “La prohibición de la censura en la era digital”, en Teoría y Realidad Constitucional, nº 31, 2013, págs. 237-276. También inicialmente bajo el enfoque penal, MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Óscar, (coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, de la *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, noviembre de 2002.

Prácticamente todos los autores citados han realizado estudios en el marco de las obras colectivas que he tenido el gusto de coordinar sobre libertad de expresión en la red y se citan en este estudio, que incluyen, además, otras veinte firmas destacadas en la materia. Asimismo, cabe destacar los estudios contenidos en la *Revista Catalana de Derecho Público* (segunda etapa de la Revista “Autonomías”), monográfico sobre “la incidencia de las TIC en el Derecho público”, núm. 35, 2007, en particular, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Enrique, “Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales”.

³ Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en el caso *Branzburg v. Hayes* de 29 de junio de 1972, (“*liberty of the press is the right of the lonely pamphleteer ... as much as of the large metropolitan publisher*”).

⁴ Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07.

⁵ En especial ver los apartados 56 a 61.

periodsticas” “No estn reservadas a las empresas de medios de comunicacin y pueden ejercerse con ánimo de lucro”. (n. 61)

Según se adelantado, el TS de EE.UU. asentó con claridad la premisa de que Internet es un canal de comunicacin que queda protegido por la libertad de expresin e informacin (*ACLU vs Reno* de 1997). Este mismo punto de partida se ha reconocido sin valor jurdico normativo en diversas declaraciones internacionales “*Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan ms all de las aplicadas a otros medios de difusin de contenidos*” (principio n° 1 de la “Declaracin sobre la libertad de comunicacin en Internet”, del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003⁶). Ms recientemente, destaca la Declaracin conjunta sobre libertad de expresin e Internet de 2011 por altas instituciones internacionales de libertad de expresin, incluyendo la ONU, OSCE o la OEA⁷. Su punto de partida es contundente:

La libertad de expresin se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicacin. Las restricciones a la libertad de expresin en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estndares internacionales que disponen, entre otras cosas, que debern estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”. (I, principio general a).

La premisa de que todos los ciudadanos son titulares de las libertades informativas tambin se ha afirmado por el Tribunal Constitucional espaol, aunque aún no para Internet⁸. No obstante, ha sealado que hay una proteccin “ms intensa” de estas libertades cuando se ejercen por empresas y periodistas, por ser los agentes que cumplen una “funcin constitucional” a travs de un “vehículo institucionalizado” (STC 165/1987 y otras)⁹. Pero esta intensidad,

6 Aprobada por el Comit de Ministros en el marco de la 840ª Reunin.

7 <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> (Consulta: 10 de noviembre de 2014)

8 La libertad de expresin de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) de la Constitucin espaola). Tambin, la libertad de informacin (art. 20. 1º d) se reconoce “a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquella” (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996).

9 Afirmó que “la proteccin constitucional de la libertad de expresin [tambin para la libertad de informacin] “alcanza un mximo nivel cuando ... es ejercitada por los profesionales de la informacin a travs del vehículo institucionalizado de formacin de la opinin pblica que es la prensa, entendida en su ms amplia acepcin” (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematogrfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado tambin como “funcin constitucional””. La cita corresponde a la sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, en ese caso respecto de la libertad de expresin, en la sentencia 154/1999, de 14 de septiembre la misma cita respecto de la libertad de informacin.

dijo luego, sólo es respecto del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Las empresas de comunicación y periodistas “en modo alguno” tienen un derecho fundamental reforzado, más allá de estas garantías especiales (como el secreto del periodista)¹⁰.

Es, pues, capital que el punto de partida sea el reconocimiento de las libertades informativas a todo contenido veraz de interés público, aunque éste sea transmitido en Internet y pese a que no sea a través de periodistas o habituales medios de comunicación social.

2. Apoyos jurisprudenciales a la tesis de la necesidad de extender la protección especial de los medios de comunicación clásicos a los prestadores de servicios

No sólo se trata de reconocer en general a Internet y sus usuarios el ejercicio de estas libertades. Me atrevo a afirmar que la garantía institucional reconocida clásicamente a los medios de comunicación social, y que refuerza jurídicamente la posición de los medios, ya no sólo debe atribuirse a éstos, sino que también debe reconocerse especialmente a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información. Qué duda cabe que el buscador Google, o el servidor de vídeos Youtube o la enciclopedia interactiva Wikipedia, por citar algunos, son elementos esenciales para el acceso a la información en la actualidad. Es cierto que estos grandes prestadores de servicios, de natural tienen una posición materialmente reforzada por su enorme relevancia económica y social en el mundo moderno, pero deben contar también con el reconocimiento reforzado de una garantía institucional o la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, lo cual en modo alguno implica la mayor libertad que pueda venir conferida por la actual falta de regulación alguna. Lo mismo, y especialmente, cabe decir de las herramientas que facilitan la interacción y el debate entre los usuarios de Internet, especialmente las herramientas más empleadas de la llamada web 2.0. En este punto, las redes sociales, así como habituales foros o espacios colaborativos son instrumentos específicos e idóneos no sólo para el acceso a la información, sino para la generación de información y contenidos y, en fin, para el ejercicio de las libertades informativas. De este modo, debe reconocerse también a los grandes prestadores de estos servicios

¹⁰ El Tribunal Constitucional rectificó y dijo que con dicha afirmación “*en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban —y gozaban de— una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981)*”. Sentencia 199/1999, de 8 de noviembre, reiterada en sentencia 225/2002, de 9 de diciembre de 2002.

la garantía institucional, que en su caso puede reforzar las garantías en cada caso concreto.

Cabe recordar en este sentido que en España desde la STC 12/1982 (FJ 3º) se atribuye una garantía institucional a la “opinión pública libre”, dado que ésta es esencial para el sistema democrático. Se afirma desde entonces que “*La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y [...] también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven*”. Aunque se relativiza desde los años noventa, en razón de esta garantía o la dimensión objetiva de la libertad de expresión e información se refuerza la prevalencia de la posición de los medios de comunicación, lo cual se observa especialmente en el juicio y ponderación del interés público en el ejercicio de las libertades informativas (ver entre otras muchas las SSTC 104/1985, FJ 5º; 159/1986, FJ 6º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, FJ 4º). Obviamente, no se trata de un efecto automático que implique una ponderación siempre favorable a los medios de comunicación, sino que la situación se analiza en cada caso concreto.

Parafraseando la referida argumentación constitucional, creo que hoy día es indiscutible que sin los prestadores de la sociedad de la información que permiten el acceso a la información y la generación de contenidos y la interacción de los usuarios “no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”, por lo que merecen “una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social”.

Aunque las ha ignorado por completo la sentencia definitiva, claramente contraria a las mismas, las conclusiones de 26 de junio de 2013 del Abogado General Jääskinen del caso Google vs AEPD fueron rotundas al afirmar que “*Poner contenidos a disposición del público en Internet equivale, como tal, a la libertad de expresión [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en Internet*” (ap. 122). A mi juicio no hay que desdeñar tales afirmaciones, si bien que cabe puntualizar que se ejercen las libertades de expresión e información cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública.

3. Una inercia jurisprudencial negativa: se reserva a los medios de comunicación clásicos la protección constitucional más intensa

Desde sectores políticos y jurídicos como desde los medios de comunicación clásicos se pretende reservar sólo para estos últimos una libertad de expresión, información y de prensa reforzada y con garantías específicas (privilegios) que

no se extiendan en general a Internet¹¹. Se trata de cierta inercia sociológica y jurídica en nuestros tribunales de reservar, más o menos veladamente, las libertades informativas para los medios de comunicación, digámoslo así, clásicos¹². Así, en España el Tribunal Supremo (TS) ratificó una sanción de la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) por la difusión de información sobre Guardias Civiles condenados por torturas en una web de la Asociación contra la tortura, considerando tales contenidos estaban excluidos de la libre expresión e información¹³. La Sala declaró, sin más explicación, que las concretas conductas sancionadas nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación con la tortura y la denuncia de tan execrable práctica (FJ 9º). En concreto, afirma el TS que “*la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa*” (FJ 6º).

Esta tendencia negativa encontró su máxima expresión en una muy desafortunada resolución de la AEPD, que llegó a fundamentar una sanción en que:

Las páginas web del imputado no pueden ser consideradas medios de comunicación social sin que quepa invocar el ejercicio y prevalencia del derecho de libertad de información que derivaría en una prevalencia general que aboliría de facto la protección de datos personales. Y que desvirtuaría el equilibrio entre derechos sostenido sobre el derecho de la sociedad a ser informada a través de los medios de comunicación y el de los ciudadanos a

11 Así llamó la atención inicialmente en Estados Unidos de América, entre otros, SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001; BALKIN, Jack M., “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”. *New York University Law Review*, Volume 79, abril 2004, n. 1, págs. 1-58, disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842> (Consulta: 10 de noviembre de 2014) o RIBSTEIN, Larry Edward, “Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging” (April 4, 2005). *U Illinois Law & Economics Research Paper* No. LE05-008. <http://ssrn.com/abstract=700961> También de este autor, en “Bloggers and Their First Amendment Protection,” vol. 57, no. 3 Otoño 2003 issue of “The Neiman Reports”, The Neiman Foundation for Journalism at Harvard University. <http://neimanreports.org/articles/bloggers-and-their-first-amendment-protection> (Consulta: 10 de noviembre de 2014); WU, Tim, *Who Controls the Internet*, Oxford U. Press 2006, entre otros. En Reino Unido, LIPSCHULTZ, J. H., *Free expression in the age of the internet*, Westview Press, Boulder-Oxford, 2000 o recientemente, PACKARD, A., *Digital Media Law*, Willey-Blackwell, Oxford, 2010.

12 Este criterio, que se vislumbra en SSTC la 136/2004, de 13 de septiembre, FJ 5º recordando la doctrina de del vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero; STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3).

13 Se trata de STS de 26 de junio de dos mil ocho, recurso: 6818/2003. Asociación contra la tortura contra las Resoluciones del Director de la Agencia de Protección de 4 de septiembre y 3 de octubre de 2000.

*la autodeterminación informativa y privacidad sostenido sobre el derecho de protección de datos*¹⁴.

En otras palabras: un ciudadano no puede atreverse a alegar la libertad de expresión. Eso es cosa de medios de comunicación. Esta resolución fue anulada por la Audiencia Nacional en 2012¹⁵ por lesión de la libertad de expresión; no obstante, son varias las resoluciones con esta tendencia de la AEPD¹⁶.

Detrás de esta corriente, tendente a la no generalización de las libertades plenamente a Internet parece latir que los grandes prestadores de servicios tienen una finalidad económica que los aleja del “mercado de las ideas”, quedándose sólo en mercado. Bien se considera que los individuos a través de sus blogs, webs y especialmente en las redes sociales, no son periodistas fiables que merezcan la intensa protección constitucional. Subyace, obviamente, la realidad de la escasa fiabilidad de la información no profesional que inunda Internet, así como la frivolidad, banalidad e irresponsabilidad tan habitual de los millones de usuarios de blogs y redes sociales cuando difunden o redifunden información. También parece que tras esta corriente de reservar las libertades a los medios de comunicación social late la realidad de que es muy difícil sino imposible localizar al autor real de una información ilícita en la Red o, en su caso, perseguir efectivamente la misma.

El reflejo natural ante estas circunstancias parece ser el de mermar la protección constitucional a los usuarios de Internet a favor de los medios y periodistas más clásicos. Sin embargo, a mi juicio ello es un error importante de punto de partida, porque la extensión de la libertad de expresión e información a quien genere ideas o información de interés público en Internet no empece que vaya acompañada de las exigencias de veracidad y diligencia de la información, así como del análisis de si tal información efectivamente tiene interés público y relevancia que le lleve a gozar de una especial protección.

Aunque se han mencionado algunos supuestos, no siempre es fácil percibir directamente los efectos de esta corriente, que no son pocos. La AEPD por ejemplo, no se atreve a analizar supuestos relativos a la difusión de información por medios de comunicación convencional, reenviándolos a los tribunales civiles, en razón de la aplicación de la Ley 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Sin embargo, en casos similares de páginas web los analiza sin problema alguno imponiendo las sanciones que correspondan. De igual modo, cuando efectúa una ponderación

¹⁴ Resolución 211/2010, PS 439/2009, CITA denunciada por al U. Politécnica de Madrid por difusión de enlaces y vídeos externos en crítica por competencia desleal de algunos profesores.

¹⁵ Así en la sentencia de 11 de abril de 2012 en el P.A. 03078/2010.

¹⁶ Así lo analizo en COTINO HUESO, Lorenzo, “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” en TRONCOSO REIJADA, Antonio (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, págs. 289-315 (acceso completo en internet).

del interés público de lo informado, tiende a considerarse que los blogs y webs particulares informan de cuestiones de interés sectorial que no merecen la intensa protección de las libertades¹⁷.

Esta negativa inercia es la que, también, hace casi impensable que una autoridad administrativa pueda resolver cerrar un periódico o televisión sin una resolución judicial; mientras que la legislación permite como regla general el bloqueo o retirada de contenidos sin clara actividad judicial¹⁸. La AEPD resuelve la comisión de infracciones e impone sanciones efectuando ponderaciones relativas al artículo 20 de la Constitución española en supuestos de difusión de datos personales en Internet. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales, o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (art. 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo respecto de los medios clásicos.

También, esta corriente que concentra la protección de la libertad de expresión en Internet a favor de los medios clásicos, es la que lleva a que sólo un profesional de la información cuente con el derecho a no revelar las fuentes. Así las cosas, quedaría excluida esta garantía por ejemplo a *Wikileaks* o similares, esto es, a quien revele en Internet secretos facilitados sin ser un profesional de la información. En este caso, bien es cierto, es la propia Constitución la que afirma la condición “profesional” del secreto.

Reservar de manera excluyente la protección más intensa de las libertades a los medios de comunicación clásicos es un punto de partida que amordaza la libertad de expresión e información en la Red bajo la *espada de Damocles* de severísimas sanciones administrativas o penales.

II. Lineamientos jurisprudenciales en Europa relativos la libertad de expresión e información en Internet

A diferencia de EE.UU. donde desde 1997 el TS empezó a fijar elementos básicos en la materia, los grandes tribunales europeos han intentado rehuir las cuestiones clave de libertades informativas en Internet¹⁹. Así, a diferencia de

17 Así lo analizo en el trabajo citado en la nota anterior.

18 La cuestión es de extraordinaria complejidad, en tanto en cuanto no está constitucionalmente clara la exigencia de resolución judicial más que en el caso del secuestro judicial. La Ley 34/2002 dispone en su artículo 8 que sólo en los casos que la Constitución o las leyes dejen clara la necesidad de actividad judicial para preservar la libertad de expresión e información, ésta será necesaria.

19 Como analicé en COTINO HUESO, Lorenzo, “Nuestros jueces y tribunales ante Internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en Internet...*, cit., págs. 150 y ss. sólo se aborda incidentalmente el fenómeno de Internet respecto de la libertad de expresión en el caso Lindqvist del TJUE en 2003 (centrado en protección de datos) y la sentencia del TEDH de 18 mayo 2004, caso *Plon (société) v Francia* sobre el secuestro del libro del médico personal de Mitterrand.

Norteamérica, los tribunales supranacionales europeos hasta 2012 olvidaron prácticamente el fenómeno de Internet desde la libertad de expresión. Y cuando se ha prestado la atención en los tiempos más recientes como respecto del derecho al olvido, se ha olvidado, si se me permite, de la libertad de expresión. Bien es cierto que, a la fuerza de los años se van fijando algunas premisas importantes sobre libertad de expresión en Internet y la responsabilidad y obligaciones que implican para los prestadores. Ello ha sido así normalmente en procedimientos no centrados en la libertad de expresión, sino sobre competencia desleal, protección de la propiedad industrial e intelectual o del derecho de protección de datos. Con estos *mimbres* debe interpretarse la actual normativa y, al tiempo, muchas de estas premisas condicionan la futura normativa que –hay que esperar– se produzca. Se significan a continuación algunas líneas básicas que se deducen tanto de la jurisprudencia del TJUE cuanto del TEDH.

1. El caso Ahmet Yýldýrým c. Turquía de 2012, primera sentencia del TEDH que aborda frontalmente la protección de la libertad de expresión en Internet y las garantías de legalidad

La sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 2012 en el asunto Ahmet Yýldýrým c. Turquía ha sido la primera de este alto tribunal que aborda centralmente la libertad de expresión en Internet²⁰. A partir de ella se puede inferir, en esencia, que “*no puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia*”.

El TEDH entiende que viola la libertad de expresión la imposición –judicial– de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet que no discriminaron contenidos del sitio de Internet implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio *Google sites* con contenidos al margen de dicho proceso. El TEDH aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en Internet (aps. 64 y ss.):

...es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder [...] la revisión judicial de la

²⁰ El demandante tenía una web alojada en el servicio Google Sites para difundir trabajos académicos y opiniones personales. Se trataba de contenidos totalmente ajenos a un proceso penal por contenidos lesivos para la memoria de Atatürk en otra página de ese servicio (Google Sites). A instancias de la autoridad turca de telecomunicaciones un tribunal resolvió el bloqueo preventivo de la web, pero para poder hacerlo efectivo se ordenó el bloqueo de los contenidos del servicio de Google Sites en su conjunto, como única vía para bloquear la página web con el contenido supuestamente delictivo.

medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses (ap. 64).

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados y diseñado para lograr un equilibrio de intereses y que regule el control judicial de las medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medida menos restrictiva, de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, sólo se bloquee la web concreta²¹.

De esta sentencia cabe subrayar que el TEDH fija unos estándares de previsibilidad, certidumbre, garantías y ponderación de todos los intereses que deberían, por ejemplo, proyectarse a la regulación de la responsabilidad por contenidos en Internet. Sin embargo, no se ha seguido este criterio en 2013.

En clara vulneración de esta jurisprudencia del TEDH precisamente para Turquía, ha sido llamativo que marzo de 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdogan ordenó a la Autoridad de Telecomunicaciones de Turquía bloquear *Twitter* en su país y días después *Youtube*. Se argumentó que estos prestadores no habían filtrado unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Así pues, se censuró el todo por la ilegalidad de una parte. Esta carrera bloqueadora fue detenida primero por la justificación ordinaria que simplemente la consideró “contraria a los fundamentos del Estado de Derecho”²². El bloqueo fue luego considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional turco²³.

2. La preocupante sentencia del TEDH en el caso Delfi vs Estonia de 2013 y la responsabilización de los intermediarios por los contenidos que alojan

Es importante la sentencia del TEDH en el caso Delfi vs Estonia de 10 de octubre de 2013, de la misma se pueden derivar no pocos criterios que pueden

21 El TEDH admite que las medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet puedan estar justificadas. Sin embargo, en este caso el juez no verificó si cabía una medida menos restrictiva (ap. 64); se tenía que haber elegido un método en el que sólo quedara inaccesible la web concreta del proceso penal (ap. 65), mientras que no hay muestra de que los jueces tuvieron en cuenta los intereses en juego a la hora de bloquear Google Sites, puesto que la legislación que aplicaron no contiene esta obligación (ap. 66). La aplicación de tal normativa no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de Derecho de una sociedad democrática. Es más, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de Internet está en “conflicto directo” con la exigencia del artículo 10. 1º CEDH de que la protección de la libertad de expresión lo es “sin consideración de fronteras” (ap. 67). El bloqueo general produjo efectos arbitrarios y, dada la carencia de garantías legales, el sistema de revisión judicial es insuficiente para evitar abusos (ap. 68).

22 Así según diversas noticias periodísticas con referencia a un juzgado administrativo de Ankara tras una denuncia de la Unión de Colegios de Abogados de Turquía.

23 En todo caso, la resolución del Tribunal Constitucional turco fue bastante confusa y no estableció con claridad el final del bloqueo.

ser muy importantes para Internet. No obstante, cabe señalar que en febrero de 2014 esta sentencia ha sido remitida a la Gran Sala del TEDH que podría variar de criterio.

Delfi es un medio digital de Estonia que permite comentarios de los usuarios a sus noticias. Uno de estos comentarios, relativos a una noticia de interés público, fue considerado lesivo del honor de un importante empresario. La responsabilidad por dicho daño fue atribuida al medio digital. Cabe tener en cuenta que lo habitual en Internet, de la web 2.0 es que los usuarios generen contenidos en las plataformas al uso, y que muchas veces tales contenidos son ilícitos y no se suele poder identificar al autor. A partir de esta sentencia se pueden derivar las siguientes líneas.

Hacer responsable de los contenidos ilícitos al intermediario de Internet que los ha transmitido es una restricción de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, pero esta restricción puede ser admisible. Para ello, la restricción ha de estar prevista por la ley, tener una finalidad legítima y ser necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH admite un marco legal no muy definido para la determinación de quién responde por los contenidos de Internet. Esto es así a diferencia de las más severas exigencias de legalidad para bloquear contenidos vista en la sentencia del TEDH de 2012 Ahmet Yıldırym c. Turquía. La regulación básica de la responsabilidad por contenidos en Internet procede de una Directiva de la Unión Europea. A pesar de la gran incerteza que se produce en la materia en razón de la difusa y dispersa regulación de la responsabilidad en Internet por una Directiva de la Unión Europea, el Derecho interno y su variada interpretación judicial, el TEDH es bien permisivo y estima que se satisface el criterio de límite previsto por la ley.

El TEDH, muy posiblemente para evitar conflictos con el Derecho de la Unión Europea, *considera que la cuestión de responsabilizar por contenidos en Internet es cuestión finalmente nacional que corresponde a la regulación legal interna y su interpretación por los tribunales con un margen de apreciación importante* (aps. 71 y ss.). “*El papel del Tribunal se limita a determinar si los efectos de esta interpretación son compatibles con la Convención*” (ap. 74). Del conjunto normativo aplicable se concluye que “*un editor de medios es responsable por cualquier declaración difamatoria hechas en su publicación multimedia*” (ap. 75).

El TEDH *admite en razón del Derecho interno, se considere editor y responsable de contenidos a un medio digital que permite comentarios de los usuarios. Sin embargo, no generaliza soluciones para Internet y para otros países.* El TEDH no se atreve a asentar una doctrina importante y necesaria en Europa. Por ello, no se cuestiona si esta responsabilidad que aplica a un medio digital como editor puede proyectarse a muchos intermediarios y grandes prestadores de Internet que permiten alojar datos y contenidos por usuarios, contenidos y datos que muy habitualmente lesionan derechos de las

personas. Hay que recordar que esto es lo más habitual (ejemplo: *Google, Youtube, Facebook, Twitter, eBay, Tripadvisor*, etc.).

Sobre estas bases, el TEDH se centra especialmente en la ponderación entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión sobre los siguientes elementos: *“contribución a un debate de interés general, que tan bien conoce la interesado, el tema del informe, la conducta anterior del interesado, el método de obtención de la información y su veracidad, el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación, y la severidad de la sanción impuesta”* (ap. 83).

Para el TEDH, *se justifica la responsabilidad del intermediario por los contenidos ilícitos que introducen sus usuarios en razón del riesgo razonable de que éstos se produzcan. En razón del principio de precaución, si hay riesgo de contenidos ilícitos, hay que poner medios y controles suficientes para evitarlos para no ser responsable* (ap. 86)²⁴. La proyección de este razonamiento, a mi juicio, permite responsabilizar a casi todos los prestadores de servicios e intermediarios de Internet al uso por los contenidos que alojan y difunden, pues ciertamente ponen en riesgo cierto los derechos del artículo 18 de la Constitución española, amén de derechos y bienes como la propiedad intelectual.

Haber tomado una serie de precauciones para evitar contenidos ilícitos, que normalmente no adoptan los grandes prestadores de servicios e intermediarios de Internet, no es suficiente para eximir de responsabilidad. El TEDH no consideró suficiente para eximir de responsabilidad que el medio digital advirtiera que las opiniones no eran propias, que estaban prohibidos los comentarios insultantes, ilícitos o dañinos. Tampoco fue suficiente que la web hubiera implantado un filtro que detectara palabras malsonantes, ni que contara con un sistema de denuncia de contenidos impropios con un solo clic para que fueran revisados y retirados, ni que este sistema no fuera utilizado por el demandante. De igual modo, no sirvió para exculpar el hecho de que en ocasiones se retiraran contenidos de oficio por el medio digital (ap. 87). Todos estos sistemas *“no garantizaban una protección suficiente de los derechos de terceras personas”* sino que el medio *“no hizo tanto uso como podría haber hecho de la extensión del control a su disposición”* sobre los contenidos que introducían los usuarios (ap. 89). La empresa pudo haber puesto un sistema más robusto de identificación de los usuarios o un control inmediato de cada

²⁴ Se estimó que dada la noticia de que se trataba el medio digital *“podría haberse dado cuenta de que podría causar reacciones negativas en contra de la compañía naviera y sus directivos y que, teniendo en cuenta la reputación general de los comentarios en el portal de noticias Delfi, se produjo un riesgo superior a la media que los comentarios negativos pueden ir más allá de los límites de la crítica aceptable y alcanzar el nivel de insulto gratuito o la incitación al odio.”* En consecuencia *“se esperaba que la empresa ejerciese cierto grado de precaución [...] a fin de evitar ser considerada responsable de una infracción de la reputación de otras personas”* (ap. 86).

comentario antes o después de su publicación (ap. 91). . . Tampoco fue suficiente que el medio digital retirara los contenidos ilegales inmediatamente en cuanto se lo anunció la persona afectada. La web asumió que se pudieran emitir comentarios y asumió su responsabilidad

Aunque no es *ratio decidendi*, es de interés tener en cuenta que para el TEDH, *el anonimato en Internet queda bajo la libertad de expresión* (ap. 92)²⁵.

Pese a que es difícil controlar la información de Internet para los intermediarios, más lo es para los individuos. El TEDH reconoce la dificultad de controlar tanta información que se genera en Internet, y que esta dificultad es “*más onerosa para la persona potencialmente lesionada, pues menos probablemente cuenta recursos para el control continuo de la Internet*” (ap. 92). Todo lo anterior, además de circunstancias como la escasa importancia de la indemnización de que se trataba, llevan al TEDH a considerar que no hubo lesión de la libertad de expresión (ap. 94).

Como se ha dicho, esta sentencia está pendiente de la revisión por el pleno. El TEDH no quiere desvincular su solución de las circunstancias concretas del supuesto. En todo caso, esta sentencia puede considerarse de modo muy negativo para la libertad de expresión e información en Internet. La sentencia deja en un enorme marco de indefinición a la web 2.0 y todos los prestadores de servicios e intermediarios que son la columna vertebral de Internet que usan los ciudadanos. El TEDH elude dar pautas claras para una indefinición que la Unión Europea no resuelve y en España y otros países genera un claro efecto amenazante para usuarios y prestadores de servicios o intermediarios. Esta situación negativa para la libertad de expresión no es exclusiva de España. Las soluciones legislativas y jurisprudenciales en los países de la UE son de lo más variadas²⁶. Y la misma Comisión Europea²⁷ reconoce que

²⁵ “*La Corte es consciente, en este contexto, de la importancia de los deseos de los usuarios de Internet a no revelar su identidad en el ejercicio de su libertad de expresión*”.

²⁶ Así, se llegó a condenar a prisión a tres directivos de Google Italia por un vídeo colgado por un tercero en el que se mostraba a un chico autista siendo vejado por sus compañeros, pese a que se retiró al momento de conocer el mismo. Así en aplicación de normas penales y de protección de datos (inicial sentencia de 24 de febrero de 2010 Tribunal Ordinario de Milán, Secc. 4ª penal, *Associazioni Vivi-Down vs. Google Italy s.r.l.*, luego revocada en 2012). También cabe mencionar diversas sentencias condenatorias a Google, por sus sugerencias de búsqueda, como la sentencia de 12 de julio de 2012, la Corte de Casación francesa. En Gran Bretaña en el caso *Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010 se ha denegado la exclusión de responsabilidad cuando hay algún género de moderación posterior de los contenidos por parte del intermediario que los aloja, ya se tratara de remover otros comentarios ofensivos o incluso la corrección tipográfica o gramatical. La sentencia del 23 de junio de 2009 del Tribunal Supremo alemán reconoció prevalencia de la libertad de comunicación (excluyendo que se tratase del privilegio de la prensa) de un portal de evaluación de maestros (*Spickmich.de*). Pero tal prevalencia se reconoció gracias a que, pese a que había anonimato, se contaba con un sistema algo robusto de identificación de usuarios y la información no era indexable para los buscadores. KLINK, Thomas, “La actual posición del TS alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso

*La Europa de Internet sigue siendo un mosaico de leyes, reglas, normas y prácticas diferentes*²⁸ y crítica “los costes y riesgos que entraña la fragmentación derivada de la coexistencia de 27 regímenes jurídicos nacionales”²⁹, “los proveedores intermediarios de Internet viven una situación de incertidumbre jurídica debida a la fragmentación que se observa en la UE [...]”. Esta fragmentación disuade a las empresas de iniciar actividades en línea o dificulta su desarrollo³⁰.

3. Diversos criterios sobre la libertad de expresión e información por el TJUE

El TJUE por lo general no ha abordado de forma directa la libertad de expresión en Internet. Por lo general, el tema viene de la mano de los conflictos que genera la difusión de contenidos en la Red con la propiedad industrial e intelectual y la privacidad y la protección de datos. En todo caso, son ya diversas las afirmaciones en su jurisprudencia que afectan a las libertades informativas en la Red.

La ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional. En la sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*, no se encuentran muchas determinaciones sobre las libertades informativas en Internet, pese a que las partes incitaron a analizar la cuestión desde la perspectiva de la libertad de expresión en Internet. Por lo que aquí interesa, la sentencia del TJUE recordó que la ponderación entre la libertad de expresión y los derechos

de “la chuleta” “spickmich.de”, en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...* cit. págs. 88-98.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea, COM (2011) 942 final Bruselas, 11.1.2012, SEC (2011) 1640 y 1641 final. Al respecto, cabe seguir los completos estudios comparados a cargo de la Comisión Europea que evidencian los problemas respecto de la responsabilidad por los contenidos en internet. VERBIEST, Thibault; SPINDLER, Gerald; RICCIO, Giovanni; Maria VAN DER PERRE, Aurélie, *Study on the liability of internet intermediaries*, (MONTERO, dir.), 12 de noviembre de 2007, Documento elaborado para la Comisión Europea: Markt/2006/09/E, acceso completo en Internet. Asimismo y más reciente, el amplio y sólido documento de trabajo adjunto a la *Comunicación* COM (2011) 942 final sobre los procedimientos de notificación y actuación sobre los contenidos ilícitos en línea organizada por intermediarios COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Online services, including e-commerce, in the Single Market*.

²⁸ *Ibidem*, pág. 2: “Esta situación obstaculiza el desarrollo de los servicios en línea y merma la confianza de los usuarios reales o potenciales, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda. El desconocimiento de los derechos que les asisten y de las normas aplicables, así como de las oportunidades que ofrece la economía digital, aumenta sus dudas”.

²⁹ *Ibidem*, pág. 3.

³⁰ *Ibidem*, pág. 14.

de la personalidad como la proteccin de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad bsica del juez nacional (aps. 85 y ss.).

La libertad de expresin la ejercen todos los que difunden contenidos en Internet, tengan o no nimo de lucro. Como se ha adelantado, la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestin prejudicial asunto C 73/07³¹ afirma que la libertad de expresin impone interpretar ampliamente la nocin de “periodismo” para dotar de mayor proteccin a la difusin de contenidos en la Red. Ya en esta lnea se haba adelantado el auto de 12 de septiembre de 2007 en el mismo caso (ap. 60).

El prestador de servicios de Internet o intermediario goza de la exclusin de responsabilidad “cuando no desempee un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”. En la sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 Google France y Louis Vuitton) se parte de que para gozar de la exclusin de responsabilidad que confiere la Directiva 2000/31/CE de comercio electrnico³², la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la informacin tiene naturaleza “meramente tcnica, automtica y pasiva”, lo que implica que el prestador de servicios o intermediario “no tiene conocimiento ni control de la informacin transmitida o almacenada” (ap. 113). En esta direccin, cabe mencionar diversas sentencias condenatorias a Google, por sus sugerencias de bsqueda, como la sentencia de 12 de julio de 2012, la Corte de Casacin francesa³³. En Gran Bretaa por ejemplo, se ha denegado la exclusin de responsabilidad cuando hay algun gnero de moderacin posterior de los contenidos por parte del intermediario que los aloja, ya se tratara de remover otros comentarios ofensivos o incluso la correccin tipogrfica o gramatical³⁴.

El titular de derechos de propiedad intelectual afectado puede solicitar que se prohba la retransmisin de sus obras al tratarse de una “comunicacin al pblico” en Internet. En este mbito, la sentencia del TJUE asunto C-607/11 (ITV Broadcasting Ltd. y otros / TVCatchup Ltd) de 7 de marzo de 2013.

No puede obligarse a los prestadores o intermediarios de Internet que establezcan controles o filtrados tcnicos de contenidos en Internet sin distinguir entre contenidos lcitos o ilcitos. Las sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, Scarlet Extended vs SABAM y

31 Planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), en el procedimiento entre Tietosuojavaltuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy.

32 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurdicos de los servicios de la sociedad de la informacin, en particular el comercio electrnico en el mercado interior.

33 http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3464 (Consulta: 10 de noviembre de 2014)

34 Kaschke v. Gray & Anor, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010). Acceso en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/690.html> (Consulta: 10 de noviembre de 2014)

Asunto C-360/10 SABAM vs Netlog de 16 de febrero de 2012 no permiten que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa frente a la imposición de estos controles. Se afirma la vulneración de la libertad de información, “*dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito*” (ap. 52).

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014³⁵, *sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de acceso a Internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor*. El TJUE señala que el juez nacional que ordene la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma cuanto menos que las medidas de bloqueo de acceso a los usuarios “*no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible*” (nº 63) y que “*tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez*” (nº 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

4. El “olvido” de la libertad de expresión en razón del derecho al olvido. La sentencia del TJUE del caso Google vs AEPD de 2014

La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C 131/12, en el procedimiento entre *Google Spain, S.L., Google Inc. vs. AEPD y Mario Costeja González*³⁶ ha sido una de las sentencias más esperadas de este tribunal. El tema del derecho al olvido, que pasa a denominarse derecho a la supresión atrae una atención doctrina enorme³⁷, especialmente desde esta

³⁵ Sentencia TJUE de 27 de marzo de 2014 asunto C 314/12 UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mb.

³⁶ Cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre. La AGPD consideró que Google debía desindexar la información relativa al Sr. Costeja. No cuestionó que la hemeroteca de la Vanguardia siguiese facilitando estos contenidos en la web.

³⁷ Mi trabajo más reciente sobre la cuestión es “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: “un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal”, en BEL Ignacio y CORREDOIRA Loreto, *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. Acceso provisional en <http://goo.gl/>

sentencia. Ha sido especialmente llamativo que casi mediara un año entre las conclusiones de junio de 2013 y la sentencia definitiva, así como la radical diferencia entre unas y otra.

Pese a que no se ha seguido las mismas, fueron bien importantes las proclamaciones de la libertad de expresión e información en Internet del Abogado General Jääskinen de 25 de junio de 2013. En esencia, las conclusiones iban en la línea de que el buscador Google es esencial para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información en el Europa y que, por tanto, no puede desvirtuarse el papel de intermediario de Google haciéndole censurar el contenido³⁸. Asimismo, el derecho fundamental de acceso a la información quedaría “comprometido” si la información fuera una versión modulada o dulcificada (“*bowdlerizada*”³⁹) al gusto del usuario.

lhxOdR (Consulta: 10 de noviembre de 2014) En cualquier caso destaca SIMÓN CASTELLANO, Pere; “El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet”, *Neutralidad en la Red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, págs. 391-406. Especialmente su obra monográfica, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, 2012 (Premio AGPD). También y más reciente, “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, en COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...* cit. págs. 24 y ss. Además, entre otros muchos, LUCAS MORILLO DE LA CUEVA, Pablo; “La distancia y el olvido. A propósito del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de jurisprudencia el Derecho*, octubre de 2012; TRONCOSO REIGADA, Antonio; “El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales”, *Datospersonales.org – Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº59, 2012 ; RALLO LOMBARTE, Artemi; “El derecho al olvido y su protección. A partir de la protección de datos”, *Revista Telos*, Fundación Telefónica, nº octubre-diciembre 2010, <http://goo.gl/ueTEX3> (Consulta: 10 de noviembre de 2014). ORZA LINARES, Ramón María (2013): “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal”, en CORREDOIRA Y ALFONSO L. y COTINO HUESO L. (Dir.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 475-499. En la misma obra, CERNADA BADÍA, Rosa (2013): “El derecho al olvido judicial en la Red”, págs. 521-541.

³⁸ “[E]l proveedor de servicios [en este caso el buscador Google] necesitaría ponerse en la posición del editor de la página web fuente y comprobar si la difusión de los datos personales en la página web podría considerarse legal y legítima a los efectos de la Directiva. Dicho de otro modo, el proveedor de servicios necesitaría abandonar su función de intermediario entre usuario y editor y asumir la responsabilidad por el contenido de la página web fuente y, cuando resultase necesario, censurar el contenido evitando o limitando el acceso a éste”. (ap. 109) Y ello supondría una restricción de la libertad de expresión e información del prestador o intermediario, del editor (creador del contenido conflictivo) y, sobre todo, del derecho de acceso a la información de los usuarios de Internet. Ver los apartados 120 y ss.

³⁹ Nota original en las conclusiones: “Thomas Bowdler (1754–1825) publicó una versión aséptica de la obra de William Shakespeare que intentaba ser más adecuada para las mujeres y los niños del s. XIX que la original”.

Sin embargo, la sentencia, al igual que la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014⁴⁰ que declara que la Directiva 2006/24/CE de retención de datos de las comunicaciones es contraria a la vida privada y protección de datos, parecen asentar una dirección firme en la protección de estos derechos. No obstante, la sentencia que ahora se expone, lo hace quizá en excesiva medida a costa de las libertades informativas en Internet.

Los elementos básicos de una sentencia poco centrada en la libertad de información:

1º Google realiza un “tratamiento de datos personales” en el sentido de la Directiva cuando indexa contenido y ofrece resultados:

el gestor de un motor de búsqueda “recoge” tales datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y “facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas”, (ap. 28). Google es responsable de este tratamiento, pese a que no controle la información de origen de las páginas web que indexa (ap. 34). Debe entenderse a partir de estas afirmaciones, que otros prestadores de servicios de Internet también serán responsables de tratamientos de datos en tanto en cuanto su servicio permita acceder a información estructurada de una persona, de modo que se pueda “establecer un perfil más o menos detallado.

Así pues, cabe tener en cuenta otros servicios búsqueda o estructuración de contenidos en Internet, como, entre otros muchos, los propios de las redes sociales, quedarán sujetos a las consecuencias de esta sentencia.

2º A Google le es de aplicación la normativa de la Unión Europea y por tanto está sometido a la legislación sobre protección de datos española (aps. 50 y ss.). Así se entiende en razón del criterio interpretativo favorable a aplicar las garantías del Derecho de la Unión Europea (aps. 54 y 58). Se considera en concreto que la publicidad está “indisociablemente ligada” al servicio de búsqueda de Google y que una oficina de publicidad en un Estado miembro es criterio suficiente para aplicar el Derecho europeo (aps. 55, 56). No queda claro qué sucede en el caso de que el prestador de servicios de que se trate no tenga oficina comercial en el Estado miembro. No obstante, en razón del principio de eficacia de las garantías de la norma europea, muy posiblemente se considere también la sujeción al Derecho europeo cuando los servicios vayan destinados al continente, por ejemplo.

⁴⁰ Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros (C-594/12) / Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General.

3° Ni el interés económico de Google, ni el general interés de los usuarios a acceder información de otros justifica suficientemente la grave afección a la privacidad y protección de datos que implica el buscador de Google. Así, *“estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”* (ap. 97, ídem en 81 o 99). Sólo *“en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública”* (ap. 81).

Será Google primero y las autoridades de protección de datos o los tribunales después quienes deberán llevar a cabo la ponderación concreta de si procede la desindexación solicitada.

4° Los ciudadanos pueden dirigirse a Google, allí donde esta compañía tenga establecimiento –aunque sólo sea para contratar publicidad– para solicitar la retirada de determinados resultados. Se puede solicitar –y ordenar– la desindexación sin que sea necesario haber acudido previamente a solicitar la retirada de contenidos en la web de origen. Es más, la información puede ser legítima en la web de origen pero no en Google, puesto que la difusión por Google *“puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web”*. (ap. 87).

5° El tiempo puede hacer que deban desindexarse informaciones: *“incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron”* (ap. 93). En este sentido el TJUE recuerda que *“cada tratamiento de datos personales debe ser legítimo, en virtud del artículo 7, durante todo el período en el que se efectúa”*, (ap. 95).

A mi juicio, la sentencia adolece de una perspectiva general de la libertad de información. La clave de la sentencia es que las libertades informativas no se aprecian en perspectiva general o institucional a la hora de ponderarlas con la privacidad y la protección de datos. No se percibe la magnitud de la afección a las libertades informativas que se produce al imponer obligaciones a un prestador de servicios de Internet que es esencial para el acceso a la información en el mundo. Asimismo, el interés de los usuarios de Internet en disponer de información no es considerado un contenido de la libertad información, de manera que el acceso a la información queda desvalorizado en la ponderación con los

derechos de vida privada y protección de datos. Ello es importante también cuando se trate de ponderar con otros derechos e intereses en juego. De igual modo, el TJUE tampoco parece tener en cuenta el efecto que produce que el acceso efectivo a la información en Internet, instrumentado esencialmente a través de Google –y otros buscadores– quede condicionado a los criterios privados, ya sean los criterios de los afectados por la información que solicitan la retirada masiva de contenidos, ya sea de Google a la hora de estimar o no las solicitudes de retirada.

III. Para concluir. La necesidad de que el legislador democrático asuma su papel para proteger las libertades informativas y otros derechos fundamentales en Internet

No es escasa la normativa española o europea vinculada a las nuevas tecnologías, como la relativa a comercio electrónico, telecomunicaciones, prestadores de servicios de la sociedad de la información, protección de datos, propiedad intelectual, delitos informáticos, etc. Sin embargo, el conjunto normativo hace auténticas aguas a la hora de fijar no pocos elementos esenciales del ejercicio de la libertad de expresión e información por los grandes y pequeños prestadores de servicios en Internet, así como cientos de millones de usuarios de Internet en todo el mundo. *Sólo* se trata de la actividad cotidiana de unos cuatrocientos millones de europeos y unos treinta y cinco millones de personas en España⁴¹, además de todo el entramado empresarial y social que implican los prestadores de servicios e intermediarios europeos o extranjeros.

Aquí se ha sostenido que los grandes prestadores de servicios e intermediarios de Internet deben contar con una especial protección constitucional, bajo los mismos fundamentos que ésta intensa protección se ha otorgado a los medios de comunicación clásicos. Ello no debe traducirse en la habitual desregularización de la prensa que se ha dado históricamente en España.

La jurisprudencia y los altos tribunales españoles o supranacionales son esenciales para perfilar muchos problemas que genera Internet para las libertades informativas. No en vano, dado el escaso activismo asumido por los tribunales durante décadas, se hace precisa la actuación legislativa respecto de muchos aspectos.

Lo idóneo es una regulación europea que imponga criterios de homogeneización y marcos nítidos de solución de conflictos. No obstante, es en sede nacional donde deben resolverse y ponderarse los conflictos concretos de los derechos fundamentales con otros derechos, bienes e intereses. La pereza y elusión de responsabilidades es también nacional y hay que asir las riendas y marcar algunas pautas en España, especialmente ante el palmario retraso en la toma de decisiones en la UE.

41 Datos sobre acceso a Internet de forma sencilla en www.internetworldstats.com

No está de más proclamar legalmente que toda la información y expresión de interés o relevancia pública en Internet goza de protección constitucional, aunque no proceda de un clásico “medio de comunicación social”; pueden resultar útiles algunas pautas para determinar qué información tiene interés público con independencia de su origen o algunos requisitos o garantías de la veracidad y diligencia tanto respecto de los contenidos, como de quiénes son sus autores. Asimismo es de interés que la legislación parta de que los grandes prestadores o intermediarios son agentes, instrumentos y vehículos esenciales de las libertades informativas en el mundo actual, lo cual debe tenerse bien presente en cualquier regulación de su régimen jurídico o en la imposición de deberes o restricciones. Y la legislación no puede desconocer que *el tamaño importa*, es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales. Esta adecuación al presente también ha de serlo a la web 3.0, el Internet de las máquinas. Y, por ejemplo, no sabemos si las máquinas, esto es, las personas jurídicas o físicas para las que operan, están protegidas por las libertades informativas cuando generan, difunden y redifunden de forma automatizada informaciones de mayor o menor interés público, así como cuando personalizan y restringen el acceso a tales contenidos⁴², como los buscadores o la personalización masiva de contenidos⁴³. Es bien posible atribuir la protección constitucional de las libertades informativas al tiempo de exigir para ello condiciones de diseño por defecto de los servicios o aplicaciones.

También, cabe afirmar y perfilar las garantías del ejercicio de las libertades en Internet por usuarios e intermediarios y el alcance concreto de algunas de ellas, como el derecho a no revelar las fuentes, o el derecho de réplica y el derecho de rectificación. Falta una meridiana claridad respecto de las facultades administrativas de control de contenidos en Internet, las posibilidades de ponderación de derechos en estos supuestos. De la misma manera, es preciso fijar las garantías judiciales al respecto del control de contenidos en Internet. También, dado que los poderes públicos cada día generan más contenidos en la Red, cabe aclarar la más que dudosa titularidad de las libertades informativas por los poderes públicos; hay que dotar de soporte legal y configurar la discrecionalidad administrativa para difundir contenidos. También cabe hacer

⁴² Al respecto, de interés, WU Tim, “Free Speech for Computers?”, *New York Times*, 19 de junio de 2012, <http://goo.gl/nTZPX> (Consulta: 10 de noviembre de 2014). El autor es básicamente contrario a conferir especial protección constitucional al discurso de las máquinas. Otra reflexión por firma autorizada al respecto, y en línea contraria del anterior, en “Freedom of Speech and Information Produced Using Computer Algorithms” VOLOKH, Eugene, 21 de junio de 2012, en <http://goo.gl/68NPI> (Consulta: 10 de noviembre de 2014)

⁴³ Al respecto, recientemente, mi trabajo “La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HÜESO Lorenzo (eds.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, cit., págs. 41-56.

referencia a cuestiones como las facultades administrativas de control y moderación de los espacios de interacción con los ciudadanos en Internet, así como elementos sobre responsabilidad por la información administrativa y garantías ciudadanas ante la misma.

Por cuanto a los conflictos de las libertades informativas en Internet con otros derechos, bienes e intereses, amén de proyectar los generales criterios a las peculiaridades de la Red, la legislación puede tener en cuenta y explicitar determinados elementos contextuales, el ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la Red, la naturaleza del medio o modo de comunicación en la Red y el contexto en el que se produce. La necesaria regulación legal no debe caer en la tendencia, habitual en Europa y España, de contemplar el fenómeno de la privacidad sólo desde este derecho fundamental, sin percibir que la difusión de datos en Internet no sólo es un tratamiento a efectos de normativa de datos, sino que, al mismo tiempo en muchos casos, es el ejercicio de la libertad de expresión e información. En la ponderación que se efectúe, no hay que perder de vista el grave riesgo que implica el muy severo marco jurídico administrativo y penal de la protección de datos. El futuro Reglamento europeo de protección de datos que se está ultimando no añade reglas claras a este respecto y remite las cuestiones a cada Estado miembro⁴⁴. Hoy día la legislación española tan siquiera contempla el posible conflicto protección de datos y libertad de expresión y se aplica directamente la Constitución y los criterios jurisprudenciales oportunos.

El recientemente consagrado derecho al olvido, reconocido ahora frente a Google, se puede extender a muchos otros intermediarios y prestadores de servicios de Internet, como las redes sociales, medios digitales en general y hemerotecas digitales en particular. Habrá que determinar respecto de qué tipo de sujetos es exigible. Asimismo, hoy por hoy la noción misma de la desindexación, la utilización del *robot .txt*⁴⁵ y otros medios para resolver estos conflictos literalmente no existen en el ordenamiento jurídico⁴⁶.

44 Cuanto menos se tiene en cuenta el potencial conflicto entre la privacidad y protección de datos y la libertad de expresión, por ejemplo en el artículo 80. 1º de la Propuesta de Reglamento en la versión del Parlamento de 12 de marzo de 2014, cuando se deja en manos de los Estados miembros las excepciones al derecho de protección de datos “*en lo referente al tratamiento de los datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, para conciliar el derecho a la protección de los datos de carácter personal con las normas que rigen la libertad de expresión.*”

45 Para explicarlo en términos sencillos, el administrador de una web puede de modo muy sencillo indicar qué contenidos de la misma no deben indexados por los buscadores tipo Google. Para una información <http://goo.gl/m8YUEX> (Consulta: 10 de noviembre de 2014)

46 Sobre el tema me ocupé en “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, en COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales... cit.*, págs. 386-401 Acceso completo en Internet.

Es preciso que los prestadores de servicios e intermediarios que tengan que hacer efectivo el derecho al olvido tengan algunas guías y criterios para efectuar una ponderación de la procedencia de la retirada o desindexación de contenidos. Sería idóneo que tales criterios vengan fijados por una ley o normativa similar europea y no se dejen a la autorregulación y a la práctica que adopte Google y otros. Como se señalaba con razón en las conclusiones del caso Google vs AEPD, es necesaria una “protección legal adecuada” de las relaciones privadas para que el prestador o intermediario no censuren y lesionen la libertad de expresión del generador de contenidos⁴⁷. Es más, las mismas autoridades de protección de datos deberían contar con el apoyo de una fuente de legitimidad democrática –como es la ley– y no los meros criterios que vayan discrecionalmente desarrollando para vigilar el alcance de este derecho al olvido en su relación con las libertades informativas. La ley puede regular procedimientos, órganos, plazos así como establecer las bases y remitir a normas reglamentarias más técnicas para determinados sectores de la sociedad de la información.

Como se ha insistido, especialmente al hacer referencia a la sentencia Delfi, la actual incertidumbre sobre la responsabilidad en Internet incentiva la autocensura, la censura colateral. El prestador o intermediario queda en una posición amenazada porque debe vigilar todos los contenidos y ha de establecer sistemas de control de acceso y moderación previos. Además, tiene que retirar cualquier contenido dudoso al momento de una simple comunicación por un sujeto privado.

Una futura legislación puede precisar e imponer mecanismos ágiles y efectivos de contacto con el prestador o intermediario que facilita los contenidos ilegales. Asimismo se puede fijar la revisión periódica o automática de contenidos integrados por terceros en plataformas de Internet. Es muy importante regular, y no dejar a una autorregulación que no llega, que haya procedimientos o mecanismos para establecer con la industria las configuraciones por defecto de los servicios de la sociedad de la información, la identificación más o menos robusta de los usuarios según los tipos de servicios o contenidos, la necesidad de plantillas efectivas y garantistas de comunicación de ilícitos y, en su caso, de solicitud de retirada de contenidos. En cualquier caso, la imposición de estas cargas a los prestadores debe ser proporcional y ponderada para no implicar efectos colaterales contrarios a las libertades informativas. El futuro reglamento de protección de datos de la Unión Europea establece importantes mecanismos de garantía a través de la evaluación de impacto de privacidad u obligaciones

⁴⁷ Ap. 134: “Ello traería consigo una interferencia en la libertad de expresión del editor de la página web, que no disfrutaría de una protección legal adecuada en tal situación, dado que cualquier “procedimiento de detección y retirada” que no esté regulado es una cuestión privada entre el interesado y el proveedor de servicios de motor de búsqueda. Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero”.

de configuración por defecto. Será necesario perfilar el alcance de estas obligaciones para muchos prestadores o intermediarios de la información en Internet.

No hay que temer la especialización o sectorialización del régimen jurídico. Internet es como la calle y no todo lo que puede haber en la vía pública merece una regulación idéntica, sino una adecuación y contextualización. A la vista de la experiencia y sin perjuicio del dinamismo de la Red, es bien posible describir funcionalidades y servicios para aplicarles regímenes jurídicos singulares. Baste apuntar que la normativa hoy día desconoce que existen buscadores, redes sociales, lugares de comercio masivo, grandes centros de consejos y opiniones para los usuarios, lugares que facilitan el acceso a contenidos concretos, servicios de almacenamiento masivo por usuarios, etc.

En el ámbito de la responsabilidad por contenidos es posible fijar algunos criterios generales como puedan serlo la voluntariedad y conocimiento más o menos directo en la confección del servicio o web y sus posibles usos, o del contenido ilícito concreto, la estructura más o menos automatizada de una agregación, sindicación o redifusión de contenidos, más o menos selectiva de los mismos; la diligencia en la selección de contenidos o en la confección técnica de la selección; la significación y magnitud de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados; la participación real en la generación de contenidos los mismos; los indicios que llevan a pensar en el conocimiento material de los contenidos y su posibilidad de control; el hecho de que esos contenidos estén más o menos difundidos en otros sitios; el nivel de acceso y relevancia en la Red de quien los difunde; el contexto y naturaleza propio del sitio web, servicio y aplicación en el marco de los usos de Internet (no es lo mismo insultar en una cantina a las dos de la madrugada que en mitad de una clase de la universidad); la posibilidad de respuesta del afectado en el medio que es la Red y las garantías reales que tiene el afectado de proteger sus intereses en cada ámbito.

Todo esto y mucho más se podía pedir a nuestros legisladores, con la casi certeza de que, si se me permite, esta *carta a los Reyes*, caerá en saco roto. Me atrevo a compartir cierta desesperanza respecto de la adecuación del Derecho a las nuevas, y no tan nuevas, tecnologías que con gran acierto Rodríguez ha verbalizado:

En la medida en que cada vez mayor número de ciudadanos acudirán a Internet para confiarle más y más facetas de su existencia, estos problemas no harán sino incrementarse y resultar más patentes.

Por otra parte, todo parece indicar que en una buena porción de importantes cuestiones el ciberespacio y el Derecho seguirán sus respectivas órbitas tranquilamente, desconocidos el uno para el otro. Puede que de modo eventual esas "órbitas" se alineen en algún punto, pero esto no será lo frecuente. [...] La rápida evolución de Internet contrasta con la lentísima

*evolución de la creación del derecho, y nada hace pensar que ambos rasgos vayan a cambiar*⁴⁸.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, Luis Fernando, “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, en COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet...* cit. págs. 99-113.