

III. La premisa de la que partir: Las libertades informativas amparan internet de forma variable

- 1. La premisa: los usuarios y los contenidos difundidos en la red están protegidos por las libertades informativas de forma variable*
- 2. No sólo esta protegido por las libertades informativas lo relativo a la política*

3. Neutralidad tecnológica y la necesidad de fundamentar y mayores limitaciones y regímenes diferentes según el medio y soporte

- 3. 1. No parece adecuado proyectar el principio de neutralidad tecnológica en el régimen de la libertad de información*
- 3. 2. La necesidad de elaborar un régimen constitucional variable y no sólo dependiente del medio o soporte de la comunicación*
- 3. Criterios jurídicos de adecuación a lo dispuesto en la red*

I. LIBERTARIOS, LIBERALES Y REGULACIÓN DE LA RED

1. La inicial libertad anárquica y las campañas político jurídicas contra el control de internet

Los primeros años de la eclosión de la red², en razón del éxito del protocolo *www* a mediados de los años noventa, se generó un espíritu libertario en internet que ha marcado su historia. Así quedó reflejado en algunos documentos, como la conocida Declaración de Independencia del Ciberespacio de 1996³ en la que entre otras ideas se afirmaba:

- “En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos.”
- “Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos.”
- “No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente.”

² Se hace referencia a mitad de los años 90 y no, obviamente a los inicios de internet en septiembre de 1969. Para una historia de internet, de las muchas que circulan, personalmente prefiero la escrita por sus creadores: Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Lawrence G. Roberts, Stephen Wolff, en concreto se hace referencia a LEINER Barry M. y otros , “Una breve historia de Internet” (Alonso Alvarez, Llorenç Pagés, trad.), *Cuadernos Novática*, números 130 y 130 en Febrero de 1998 y de 1999, es la traducción al español del artículo “A Brief History of Internet”, Mayo/Junio de 1997 en *On The Internet* (revista de la *Internet Society*), permanentemente dispuesta en www.ati.es/DOCS/internet/histint/

³ Redactada por John Perry Barlow, Fundador de Free, Fronteras Electrónicas en Davos (Suiza) el 8 de febrero de 1996. http://www.internautas.org/documentos/decla_inde.htm

- “El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis.”
- “Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos.”
- “Estamos creando un mundo donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o el conformismo.”
- “Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto no se aplican a nosotros. Se basan en la materia. Aquí no hay materia.”
- “Nuestras identidades no tienen cuerpo, así que, a diferencia de vosotros, no podemos obtener orden por coacción física.”
- “No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad más orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones.”

También de este periodo y en la misma línea es la Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio⁴. Estas expresiones con forma jurídica, traían causa de la primera *guerra* por la libertad de expresión en internet, la batalla jurídica contra la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 (*Communications Decency Act*, CDA). Batalla en la que los protectores de los derechos y libertades salieron victoriosos logrando la declaración de la inconstitucionalidad de dicha ley en el caso *American Civil Liberties Union v. Reno*, primero en el Tribunal del Distrito Este de Pensilvania en 1996, cuanto ante el Tribunal Supremo federal en 1997⁵. Se trata de una sentencia de

⁴ De Robert B. Gelman, de 12 noviembre 1997. La misma queda en muy buena medida –y como no podía ser de otra forma- impregnada del derecho a la comunicación a través de las diversas facultades de las libertades de expresión e información, que es en puridad una muy buena parte de los “derechos” que ahí se reconocen. Disponible en www.documentostics.com.

⁵ En España quien mejor recogiera esta evolución fue Fernández Esteban en diversos de sus trabajos FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos*

antología –ni en España ni en Europa hay ninguna- que marcó el camino de la libertad en la red, al declarar inconstitucional la *Communications Decency Act*, la Ley de decencia en las telecomunicaciones, aplicando a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita, subrayando el efecto disuasorio que provoca perseguir conductas escasamente definidas.

En este ámbito y en este contexto libertario, no puede extrañar que en el caso más famoso sobre libertad de expresión e internet el Tribunal del Distrito Este de Pensilvania en 1996 afirmase:

- “Dejando aparte las siglas y el argot que han sembrado la vista, Internet puede muy bien ser descrita como una conversación universal sin fin. El Gobierno no puede, a través de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones, interrumpir esa conversación. Como la forma participativa de expresión de masas más desarrollada jamás conocida, Internet merece la más estricta protección frente a la intrusión gubernamental. Es cierto que muchos encuentran algunas de las expresiones o manifestaciones en Internet ofensivas y es cierto, también, que, en medio del estruendo del ciberespacio, muchos oyen voces que consideran indecentes. La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos. Como sea que la fuerza de Internet es el caos, la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera

Fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1998; “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en internet”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998, pags. 283-311. También, “La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 103, 1999, pags. 149-169.

Enmienda. Por estas razones, sin dudarlo, considero que la Ley de Decencia en las Comunicaciones es “prima facie” inconstitucional y concedo las medidas cautelares solicitadas.”⁶

Pues bien, bajo este espíritu libertario, anárquico, se transmitió –incluso por los Tribunales de los EEUU que internet, esta conversación mundial sin fin, no era controlable ni regulable. El caos que internet representa bien pudo ser uno de los acicates del éxito de la red, pero ya es difícil asumir más de diez años después de este éxito que “La fuerza de Internet es ese caos”. Tampoco es fácil de asumir hoy día, como se dirá, que Internet no penetra en los hogares como la televisión puede hacerlo, motivo por el cual se justificaba una limitación a la red menor que a la televisión. La segunda *guerra* se libró frente a la Ley de protección de los niños en línea (COPA, *Children Online Protection Act* o CDA II), lo que no era sino el nuevo intento legislativo por controlar los contenidos de la red. Esta segunda guerra el Tribunal Supremo en junio de 2004 (*American Civil Liberties Union v. Ashcroft*)⁷ volvió a declarar inconstitucional la norma a favor de la libertad de expresión. No obstante, ya en esta decisión el eje residió en la posible existencia de medidas menos restrictivas, recordándose que el Congreso sí que tiene capacidad de regular internet con los fines propuestos.

⁶ Sentencia de la Corte del Distrito Este de Pensilvania, en el caso entre la American Civil Liberties Union versus Janet Reno, Fiscal General de los Estados Unidos. (NO. 96-963). la sentencia, puede seguirse, en <http://www.onnet.es/10002005.htm> (2/2/2005).

La sentencia del Tribunal Supremo que confirma la anterior, de 1997, es *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996), *aff'd*, 117 S. Ct. 2329 (1997)

⁷ *Ashcroft, Attorney General V. American Civil Liberties Union Et Al*. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Third Circuit No. 03–218. Argued March 2, 2004—Decided June 29, 2004. El texto disponible en www.derechotics.com. En este caso, el Tribunal vuelve a declarar inconstitucional la ley, señalando que hay vías de protección de la infancia menos lesivas para la libertad de expresión, particularmente a través del bloqueo o filtro de la información y el Gobierno no probó que estas otras opciones no fueran menos restrictivas, mientras que los adultos con o sin menores, pueden configurar sus ordenadores y filtros para acceder a contenidos a los que tienen derecho. Además, se considera que la legislación no prevenía del acceso a menores de contenidos dañinos al menor procedentes de fuera de Estados Unidos. Todo ello, sin desconocer los errores que conlleva el sistema de filtros, pero el Gobierno no probó que este sistema fuera menos efectivo.

A los argumentos anteriores se unen otras razones, como el efecto disuasor para el discurso cuando se da la probabilidad de que los usuarios de la red se autocensuren.

Esta época libertaria tuvo también su reflejo también en España años más tarde con la elaboración y aprobación de la *ley de internet*, la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE) de 2002. De este modo, se dieron declaraciones⁸, movimientos y manifiestos⁹.

Este movimiento puramente libertario ha pasado a ser algo romántico e ingenuo, siendo que el paso hacia delante del mismo se ha dado alrededor de la idea fuerza del software libre y el código abierto, gracias, entre otros, a constitucionalistas como Lessig.

2. La “reinvención” de los libertarios a través del código abierto, la lucha contra la propiedad intelectual y el triunfo de la web 2.0 o web social participativa

Lessig se encargó de convencer que uno de los pilares de esta consideración de la red como espacio de libertad queda completamente que nada más lejos de la realidad. Antes que dejar que las cosas sigan como fueron, hay que luchar por una infraestructura de la red que permita ser un espacio de libertad.

⁸ En este ámbito, en España cabe mencionar, entre otras las “Diez propuestas urgentes para asegurar las libertades civiles en la Sociedad de la Información”, de www.ciberpunk.org, en www.ciberpunk.org/manifiestos/plataforma.html, si bien, en especial y como a continuación se expone, las campañas No a la LSSI y No al artículo 52. Se trata de documentos del periodo de elaboración y aprobación de la LSSICE.

⁹ Como extensión de estas batallas político legales en nuestro país, cabe mencionar en especial las campañas contra la actual LSSICE, bajo el lema: “¡No a la LSSI!” (entre otros muchos, <http://www.antilssi.com/>). Así mismo, cabe destacar la más tímida la campaña contra el artículo 52 de la ya derogada Ley General de Telecomunicaciones (que se mantiene en todo caso en la LGT de 2003, <http://www.terra.es/personal/andarro/52no.htm>). Todo hay que decir que pese a la aprobación de la LSSICE y de la LGT (manteniendo lo criticado) en buena medida se han desactivado estas campañas que llegaron a hacerse muy visibles en la red y se han canalizado en contra del canon. Ello es así, de un lado, porque alguno de los temores se han demostrado menos peligrosos de lo pensable, de otro lado, por la absoluta dejadez de las autoridades en la aplicación fiscalizadora de la LSSICE. Por último, la falta de desarrollo reglamentario de la LSSICE que es en buena medida la causa de la inaplicación de la ley.

Lessig con *El Código* frente a estas visiones ciertamente idílicas o cuanto menos ingenuas considera que frente a la apariencia de internet de 1995¹⁰:

- “El ciberespacio tiene el potencial de ser el espacio más plena y extensamente regulado que hayamos conocido jamás en cualquier lugar y en cualquier momento de nuestra historia. Tiene el potencial de ser la antítesis de un espacio de libertad. Y, a menos que comprendamos este potencial, a menos que veamos cómo podría desarrollarse, es probable que no nos enteremos de esta transición de la libertad al control.”
- “Es el error de pensar que la arquitectura que tenemos ahora será la que tendremos siempre; que el espacio nos garantizará la libertad; que nos libraré de los gobiernos que quieren controlarnos.”
- “mientras celebramos la libertad “inherente” de la red, la arquitectura de la red está cambiando ante nosotros. La arquitectura está pasando de ser una arquitectura de libertad a una de control. [...]Mientras los ideólogos prometen una libertad eterna incorporada en la misma arquitectura de la red, técnicos y políticos están trabajando juntos para cambiar esa arquitectura, para dismantelar esta arquitectura de libertad.”
- “Las tecnologías de control son posibles, pero son muy costosas. Y este coste es, en buena parte, la razón de la gran libertad que disfrutamos. Es la ineficiencia de las tecnologías de

¹⁰ La posición de este autor en forma extensa y razonada puede seguirse en LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, (Alberola Blázquez, Ernesto, trad.), Taurus, Madrid, 2001. De forma sinóptica, centrándose en la idea de código, puede seguirse LESSIG, Lawrence, “Las leyes del ciberespacio”, en Cuadernos Ciberespacio y Sociedad Nº 3, Marzo 1999 (trad. Javier Villate), del original en: cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf (3 abril 1998) Dispuesto para su acceso en <http://cys.derecho.org/03/leyes.html>

Con posterioridad se han desarrollado en abierto posteriores versiones de *El Código*, de forma original e interactiva con participación de quien quiera (<http://codebook.jot.com/WikiHome>), ahí puede accederse a la actual versión en construcción.

Asimismo, LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, traducción de Antonio Córdoba/Elástico, 2004, este libro se encuentra disponible en la página web <http://www.elastico.net/archives/001222.html>

control en el espacio real lo que produce la libertad en ese espacio. Pero, ¿qué pasaría si el coste del control descendiera dramáticamente? ¿Qué pasaría si emerge una arquitectura que permitiera una supervisión constante, una arquitectura que facilitara un rastreo continuo de la conducta y del movimiento? ¿Qué pasaría si emergiera una arquitectura que recogiera, sin coste, datos sobre los individuos, su conducta, sobre quiénes quieren llegar a ser? ¿Y qué pasaría si la arquitectura pudiera hacer eso de forma invisible, sin interferir con la vida cotidiana de los individuos en absoluto?”

En una línea de pensamiento semejante y en España, Villate en 1998 recordaba que este internet libertario era obra humana que había que luchar por ella¹¹.

Lo interesante a mi juicio es que el movimiento libertario de la red se ha reconvertido a los técnicos defensores de *Linux*¹², el código abierto, *Open Source*, el código libre¹³, etc. El movimiento libertario estudió leyes de la mano de Lessig. Como dice Melero, se trata de movimientos que lejos de la

¹¹ VILLATE, Javier, “La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas. Versión 1.0”, documento presentado ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998. En su día dispuesto en www.arnal.es/free/docs/censura-f.html:

Todos estos rasgos distintivos y únicos de Internet, no obstante, no son algo completamente inherente al medio técnico telemático; son obra humana. No conforman una naturaleza intrínseca e inalterable de las comunicaciones informáticas en red, sino que derivan de un diseño consciente y voluntario -aunque no planificado por una estructura central de mando- de la arquitectura del ciberespacio actual. La tecnología informática y digital hace posible este carácter único y revolucionario de Internet, pero es el quehacer de las personas que han desarrollado la red lo que ha determinado su actual estructura. Esta no es inmutable ni inevitable. De alguna forma, podemos decir que forma parte del secular esfuerzo del ser humano por ampliar la esfera de su autonomía y libertad frente al medio natural y a los poderes e instituciones sociales.”

¹² Popular sistema operativo *abierto* (*Windows* lo es cerrado) a partir de Linus Torvalds en Finlandia, quien se integró en el Proyecto GNU de la *Free Software Foundation*, presidida por Richard Stallman.

¹³ De una manera puede afirmarse que se trata de programación que permite al usuario adentrarse en él para usarlo, estudiarlo, adaptarlo, distribuirlo y modificarlo y mejorarlo libremente. La idea es de free como libre, no como gratis.

desobediencia civil¹⁴ trabajan desde el sistema, dentro de la legalidad de la propiedad intelectual, “pero dándole la vuelta”, como dice Stallman¹⁵. Así lo han hecho a través del *copyleft*¹⁶, en vez del *copyright*, con Licencias GNU¹⁷ o las *creative commons* (diseñadas por Lessig)¹⁸. De este modo, se pretende que el código garantice la libertad. En Estados Unidos la industria del ocio y la comunicación ha conseguido la aprobación de leyes muy severas, como la *The Digital Millennium Copyright Act* de 1998 o la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998. En contra se ha afirmado que la libertad de expresión en el ciberespacio incluye el derecho de publicar, distribuir y conseguir audiencia; el derecho de interactuar con otros y cambiar ideas con ello, de influir y ser influido, transmitir cultura y absorberla; el derecho de participar. En concreto afirma el derecho de distribuir, que hacer collage (“to glom on”) con materiales en principio protegidos con propiedad intelectual, derecho de apropiarse, transformar, subvertir otras creaciones, de mezclar, fusionar, separar. Esto se resume con la frase: “Freedom is bricolage”¹⁹. No obstante, las batallas jurídicas ante el Tribunal Supremo frente a estas normas de protección de la propiedad intelectual no tuvieron tanta suerte para los internautas como las anteriores (*Eldred vs. Ashcroft*, sentencia de 15 de enero de 2003)²⁰.

¹⁴ MELERO ALONSO, Eduardo, “Copyleft y el marco jurídico de la apropiación privada del conocimiento: la legislación sobre propiedad intelectual”., en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005.

¹⁵ STALLMAN, Richard M., *Software libre para una sociedad libre*, Traficantes de sueños, Madrid, 2004, pág. 28; este libro se puede descargar libremente en la página web http://nodo50.org/ts/editorial/software_libre.htm.

¹⁶ La distribución de contenidos *copyleft* es libre, respetando siempre las condiciones que impone el autor (como puede ser el no permitir el uso lucrativo si no es recibiendo una contraprestación económica, o no permitir el ningún caso el uso lucrativo). Lo que no significa que la distribución de contenidos copyleft ha de ser siempre gratuita.

¹⁷ De la Fundación para el Software Libre , www.gnu.org.

¹⁸ www.creativecommons.org. En castellano cabe destacar el proyecto ilusionante de www.coloriuris.org.

¹⁹ 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, april 2004, n. 1, págs. 1-58, págs. 46-47. , disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842>

²⁰ Al respecto, cabe seguir toda la descripción del la *lucha* ante el Tribunal Supremo por Lessig en Sobre este tema en particular LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*,

Ahora bien, el éxito rotundo de estos movimientos lo han encontrado en la realidad de la red, en la llamada *web 2.0*²¹ o *web social*²². Se trata de la red a partir de unas ideas fuerza: comunicación, participación, la web como plataforma, hacerlo divertido, filtrado colaborativo, conversaciones, compartir, simplicidad, contenido generado por el usuario, periodismo ciudadano, reputación / confianza, redes sociales, remezclar, *software* social, movilidad, *creative commons*, computación social, recomendaciones, transparencia, inteligencia colectiva²³. Y sobre estas ideas fuerzas, toda una serie de aplicaciones triunfan en la red: *Podcasting*, aplicaciones sobre mapas, redes sociales, profesionales *networking*, weblogs, comunidades móviles, y de acceso, ránkings de weblogs, y herramientas, redes de blogs, wikis, marcadores sociales, y *tagging*, páginas de inicio, personalizadas, lectores rss y, servicios relacionados, agregadores, aplicaciones en línea, sistemas de creación y, alojamiento, noticias y contenidos, votados por usuarios, recomendaciones, de contenidos, compartir vídeos, comunidades, directorios, compartir fotos, videoblogs, buscadores 2.0, etc.²⁴

traducción de Antonio Córdoba/Elástico, 2004, pág. 97; este libro se encuentra disponible en la página web <http://www.elastico.net/archives/001222.html>

²¹ No jurídicos, destacan sobre el tema FUMERO, Antonio y ROCA, Genís y SÁEZ VACAS, Fernando, *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, 2007, así como CERESO, José María (dir.), *La blogosfera hispana: pioneros de la cultura digital*, Fundación Orange, Madrid, 2007.

²² “Una serie de aplicaciones y páginas de Internet que utilizan la inteligencia colectiva para proporcionar servicios interactivos en red dando al usuario el control de sus datos.” Así en wikipedia para la voz “*Web 2.0*”. Recuerda Fumero que la incorporación del “2.0” o el apelativo “social” una estructura sociotécnica bajo una dinámica conversacional, un software social que se sustenta en la creación colectiva y los contenidos abiertos. FUMERO, Antonio, “Contexto sociotécnico” en *Web 2.0*, cit. En concreto, págs. 16 y 17.

²³ Una explicación más detallada de cada una de estas ideas fuerza y sus aplicaciones en la red se da en FUNDACIÓN ORANGE, *Mapa Visual de la Web 2.0*, disponible en internality.com/web20/ Mejor que muchos otros trabajos, dicho mapa agrupa de forma visual los principales conceptos que habitualmente se relacionan con la Web 2.0, junto con una breve explicación. Además se han seleccionado algunos ejemplos de servicios. Algunos, quizá superados, pero de todo interés. El documento es de la Fundación Orange. 2007.

²⁴ Una buena forma de seguir y comprender estas aplicaciones si no se conocen, en *Mapa Visual de la Web 2.0*, cit.

Ahora el uso de la *web* está orientado a la interacción y redes sociales²⁵, fenómeno aplastante desde 2008 en internet²⁶. Los sitios *web* 2.0 actúan más como puntos de encuentro²⁷, bajo una cultura particular, la cultura *blog*²⁸. Son diversos fenómenos comunicativos a través de la red y alternativos a los medios de comunicación tradicionales²⁹, como el periodismo alternativo o

²⁵ Sobre redes sociales, de todo interés, BOYD, D.M. y ELISSON, N.B., "Social network sites: Definition, history an scholarship", en *Journal of computer-mediated communication*, vol. 13, núm. 1, <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html> (30/1/2009); CACHIA, Romina, "Los sitios de creación de redes. Aspectos sociales". FERNANDEZ LERA, Antonio (trad.) , en *Telos, Cuadernos de Comunicación e Innovación*. Fundación Telefónica, núm. 76, <http://www.campusred.net/telos/articulocuaderno.asp?idarticulo=4&rev=76> (30/1/2009); FREIRE, Juan, "Redes sociales: ¿modelos organizativos o servicios digitales?", en *El profesional de la información*, vol. 17, núm. 6, noviembre-diciembre, pág. 585-588; GAMERO, Ruth, "Servicios basados en redes sociales, la web 2.0", en *Investigación y marketing*, vol. 97, pág. 16-20; GIL, Miguel: "La guerra de las redes sociales en Internet (2)", en *Nota-Enter IE*, núm. 80, 5 de febrero, Madrid: Enter, Centro del IE para el Análisis de la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones, pág. 10,

http://www.anobium.es/docs/gc_fichas/doc/469IMPSUci.pdf (30/1/2009); ORDUÑA-MALEA, Enrique y ONTALBA-RUIPÉREZ, José Antonio , "Presencia de la prensa digital española en la Web social: análisis de Menéame", en *El profesional de la información*, vol. 17, núm. 5, septiembre-octubre, pág. 511-518.unities: a casa study on Flickr gropus", en *9ème Rencontres francophones sur les aspects algorithmiques des telecommunications*, Ile d'Oléron, France, pág. 31-34, <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/17/69/54/PDF/42-algotel-flickr.pdf> (30/1/2009); REESE, Stephen D. y otros, "Mapping the blogosphere. Professional and citizen-based media in the global news arena", en *Journalism*. Vol. 8, núm. 3, pág. 235-261.

²⁶ Al inicio de 2009 en España, unos 13 millones de personas forman parte de alguna de estas comunidades virtuales -con *Facebook* y *Tuenti* en cabeza-. La cifra crece a un ritmo del 20%. Facebook anunció que ha superado la barrera de los 175 millones de usuarios.

²⁷ Así en CERESO, José María (dir.), *La blogosfera hispana...* cit. Glosario, pág. 221.

²⁸ Le Meur sintetiza algunos aspectos de esta nueva cultura: voluntad y deseo de compartir pensamientos y experiencias; creciente importancia de saber lo que otros piensan, ayuda recíproca; necesidad de información diaria de un gran número de fuentes; control de cómo se leen las noticias; tenencia a la ciudadanía del mundo; existencia de un "código compartido"; retroalimentación; velocidad y necesidad de reconocimiento *Ibidem*, pág. 18, a partir de <http://loiclemeur.com/france>.

²⁹ Sobre los nuevos fenómenos de la comunicación en internet, BOWMAN, Shayne, y WILLIS, Crist, *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, Thinking Paper of The Media Center, en http://www.openreader.org/wemedia/JackR/We_Media.htm (3/5/2005). También, BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio. Cómo las audiencias están modelando el futuro de la noticias y la información* (Editado por J.D. Lasica, Traducido por Guillermo Franco), Media Center del American Press Institute, en inglés julio del 2003 en www.hypergene.net/wemedia/ En Español, febrero del 2005, [ww.hypergene.net/wemedia/espanol.php](http://www.hypergene.net/wemedia/espanol.php). Asimismo, al respecto, muy recomendable por su claridad LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 147 y ss. respecto de los *blogs*.

ciudadano, los *blogs*³⁰, *wikis*, *foros*, *etc.*- o la expresión de movimientos sociales³¹ a través de la *web 2.0*. Frente a la *web 1.0*, ahora se permite la integración, interacción y selección de contenidos por el usuario, que deja de ser un receptor, un consumidor de información, sino un “prosumidor” (*prosumer*) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos³², en deliberación continua.

La realidad ha desbordado cualquier previsión de estas tendencias de participación en sentido amplio de todo usuario, que deja de ser pasivo. Como muestra y punto de referencia, cabe mencionar el personaje del año para *Newsweek* en diciembre de 2006: “YOU” integrado en la pantalla de un ordenador³³. Esta realidad tan fácilmente constatable lleva a que todos los teóricos visionarios de la democracia y participación electrónicas se hayan visto claramente superados. Frente a sus previsiones de una e-democracia esencialmente por la continua votación electrónica del ciudadano desde su casa y todo tipo de acciones de los poderes públicos, la realidad es la de un ejercicio continuo de las libertades públicas a través de las TICs por los ciudadanos.

Y lo cierto es que si los juristas aún no habíamos dado respuesta a los problemas básicos de la *web 1.0*, la *web jerárquica* o clásica, la nueva *web 2.0*

³⁰ Un recomendable documento claro, útil y accesible: FRANCO, Guillermo, *La re-blog-lución*, 3 marzo de 2005, en http://enter.terra.com.co/ente_secc/ente_inte/noticias/ARTICULO-WEB-1001940-1989396.html (6/4/2005). Sobre el tema, entre otros a ORHIUELA, José Luis, “Weblogs: el medio y el mensaje”, *Nuestro Tiempo* (Pamplona), nº. 601-602, julio-agosto 2004, págs. 48-53, dispuesto, también en <http://www.ideasapiens.com/blogs/Medios/archivos/000254.html#more> (4/4/2005). Ahí se contiene un importante árbol de enlaces a *blogs*. También cabe remitir por su sencillez a la información de <http://www.lavanguardia.es/public/series/20040809/51159251946.html>

³¹ LÓPEZ, Sara; ROIG, Gustavo y SÁDABA, Igor, *Nuevas tecnologías y participación política en tiempos de globalización*, Cuadernos de Trabajo nº 35, Hegoa, Bilbao, octubre 2003, disponible en <http://www.bantaba.ehu.es/sociedad/scont/tecno/doc/nodo/> (6/12/2004).

³² “En una era en la que cualquiera puede ser reportero o comentarista en la Web, usted ‘se mueve al periodismo de dedos vías’. El periodista llega a ser un ‘líder de foro’ o un mediador en lugar de ser un simple profesor o conferencista. La audiencia llega a ser un ‘prosumidor’ (traducción libre de ‘prosumer’), un híbrido de productor y consumidor”. Citado por BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio....* cit. pág. 11 (pág. 9 versión inglesa).

³³ Dicha portada en <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1569514,00.html>

nos obliga a un análisis constitucional completo de las libertades de la información y otros derechos fundamentales.

Lo anterior puede explicar la íntima conexión que hay entre las cuestiones de libertad de expresión en la red y la propiedad intelectual, como especialmente algunos colegas en España han percibido³⁴. La prueba de esta conexión sociológica y jurídica es que la batalla por la libertad de expresión en la red hoy día parece canalizarse en la pugna contra el canon digital y las batallas jurídicas alrededor de la SGAE³⁵. La “comunidad” de internautas suele celebrar como victoria cada derrota de la industria en los casos que no criminalizan el uso y la difusión de contenidos protegidos vía *peer to peer* (Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado³⁶, casos *Sharemula* o *Elitedivx*³⁷, por ejemplo), o

³⁴ En todo caso, y en general, en España destacan los estudios de mis colegas Andrés Boix y Guillermo López en la Universidad de Valencia, con numerosas y recientes publicaciones a las cuales me remito, entre otras 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>, así como recientemente 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.

Desde la perspectiva propia de la propiedad intelectual, sin duda, destacan los numerosos trabajos de Javier Plaza Penadés, entre otros, PLAZA, Javier, *Propiedad intelectual y sociedad de la información : tratados OMPI, directiva 2001/29/CE y responsabilidad civil en la red*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

³⁵ Así, por ejemplo, el caso *alabarricadas.org vs. Ramoncín* en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, de 13 de septiembre o el más importante caso *putsgae*, Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero, ante el Tribunal Supremo.

³⁶ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que dice: “las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos través del sistema “P2P”, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no tienen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.”

³⁷ *Elitedivx*, auto del Juzgado de Instrucción N. 4 de Cartagena, de diecisiete de abril de dos mil ocho. Se considera que las webs que facilitan enlaces y la comunicación y uso de redes P2P como emule, caza, elephant, edonkey, etc. para la descarga de programas, no incurrir en el artículo 270 del Código penal.

la desprotección de juegos de ordenador (caso *Chipspain*³⁸). También se divulgan como éxitos las dificultades que impone el TJCEE para acceder a datos de tráfico para perseguir ilícitos civiles (caso *Promusicae*³⁹), o la retirada de la propuesta de sistema de control que habilitaba a la SGAE como “censora” material de internet en la reforma de la LSSICE⁴⁰, entre otros casos.

3. De un internet libertario a un internet liberal autorregulado

Frente a un primer periodo de práctico abandono en la regulación del fenómeno en países como España, o de la inconstitucionalidad de regulación diversa en EEUU, puede hablarse del paso hacia intentos de un internet más liberal y autorregulado. Frente a la hetero regulación proveniente del Estado y las instituciones, se pretende que sean los usuarios y proveedores de Internet los que determinen y efectúen el control⁴¹. Los intereses empresariales, sociales y de consumidores se intentan hacer converger para superar barreras como las

³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 7 de marzo de 2008 que no considera típica la desprotección de consolas de ordenador.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 29 de enero de 2008, asunto C275/06, Productores de Música de España (Promusicae), Telefónica de España, S.A.U., que concluye que las normas comunitarias “no obligan a los Estados miembros a imponer, [...] el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil.” Esto es, que sólo en procedimientos penales cabría imponerse la rebelación de los datos de tráfico.

⁴⁰ Se hace referencia al malogrado artículo 17 bis de la LSSICE que se pretendía en la reforma a través de la LMISL en 2007. A propuesta de la SGAE hubo una versión de anteproyecto que facultaba a la SGAE para instar los procedimientos de ilicitud, comunicarlo al alojador del contenido que se afirmaba que era ilícito y que éste hubiera de impedir el acceso a los contenidos tras dicha comunicación.

⁴¹ Sobre la transición del Internet *libertario* al Internet *liberal* y algunas de las cuestiones que conlleva en términos jurídicos, por todos, el trabajo 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 (en prensa). También, antes en “Libertad de expresión y control de contenidos en Internet”, CASANOVAS, Pompeu *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, págs. 33-69. De interés, PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “Autorregulación en Internet”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 21, 2004, págs. 73-101.

dificultades de limitar contenidos nocivos⁴², incluidos en la libertad de expresión, así como de hacer efectiva, aplicar o perseguir los contenidos ilícitos. En esta línea de autorregulación, desde antiguo la Unión Europea propuso algunas líneas de actuación⁴³: el fomento de la autorregulación con códigos de conducta y mecanismos de vigilancia de los mismos⁴⁴; las llamadas líneas directas (o *hotlines*, como www.protegeles.com)⁴⁵, donde denunciar de forma efectiva contenidos ilícitos como la pornografía; los sistemas de clasificación y filtrado de contenidos para menores así como la información y sensibilización, además de la cooperación internacional⁴⁶.

Sin duda que la autorregulación puede limar algunos de los problemas casi infranqueables de las imposibilidades fácticas y jurídicas de controlar

⁴² Sobre los conceptos de ilícito y nocivo y la autorregulación en general, cabe acudir a la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 16 de octubre de 1996 COM (96) 0487. Como recuerda García Morales, los contenidos nocivos están amparados por la libertad de expresión, pueden ser accesibles para los adultos, pero que se pueden prohibir a los menores porque pueden perjudicar a su desarrollo físico y psíquico.

⁴³ El Plan de acción quedó marcado desde la Decisión 276/1999/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de enero.

⁴⁴ Al respecto, cabe destacar la reciente Asociación Agencia de Calidad de Internet (IQUA) www.iqua.net, resultado de la integración de IQUA y CONFIANZA ONLINE. Esta última es –o era- una organización de autorregulación con importantes empresas de actividades de publicidad y comercio electrónico en Internet. IQUA es –o era- una asociación constituida por autoridades públicas con funciones relacionadas con Internet (la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, inicialmente, además del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* y el *Consell Andorrà de l'Audiovisual* y el Consejo Audiovisual de Navarra, al que se han ido sumando más Consejos, como el andaluz).

⁴⁵ www.protegeles.com es una asociación sin ánimo de lucro que surge como organización en el año 2002, si bien la Línea de Denuncia Contra la Pornografía Infantil que le da nombre funciona desde octubre de 2001. Según ellos mismos afirman, el trabajo de la Línea de Denuncia PROTEGELES en internet tiene un doble objetivo:

1º. Facilitar a la Policía y a la Guardia Civil en mayor número de informaciones verificables, que permitan la eliminación de páginas de pornografía infantil en internet, así como la localización de sus autores.

2º. Desarrollar acciones, campañas y trabajos de prevención, con el fin de mejorar la seguridad de los menores en internet. Desde PROTEGELES se ha llevado a cabo diversos Estudios relacionados con las costumbres y seguridad de los menores en internet, todos ellos publicados por el Defensor del Menor, que están permitiendo a su vez la consecución de diversas Campañas preventivas, tal y como se detalla a lo largo del presente dossier informativo.

⁴⁶ Al respecto cabe seguir las actividades de Insafe o Inhope, ver www.saferinternet.org.

contenidos tanto en el mismo país como en especial cuando trascienden las fronteras. No obstante, no hay que olvidar los riesgos que supone dejar en manos de los usuarios y el mercado la limitación de contenidos. Así, los riesgos de ilicitud y la mera molestia para la mayoría o normalidad de usuarios, fácilmente conduce a que los alojadores de contenidos opten por restringir estos contenidos molestos, contenidos para evitarse problemas. Del mismo modo, no parece favorable a la libre expresión adecuarse a países con gran mercado –como China- pero sin derechos humanos.

En este sentido, ya hace años, tras el análisis del caso *Yahoo*, afirmé el peligro de que empresas privadas de este tipo optasen por una vía cómoda de restricción de contenidos ante países no democráticos como China⁴⁷, con millones de actuales y potenciales clientes. Al fin y al cabo, Yahoo Estados Unidos optó por contentar a Francia en el caso de los contenidos nazis para no empeorar su imagen en el país galo, retirando para ello contenidos que en su país estaban protegidos por la Primera enmienda. Temores de ese tipo y acusaciones de diferentes niveles de resultados en los resultados de búsquedas de *Google* entre países democráticos y democráticos y no democráticos no han faltado. Tampoco han faltado acusaciones concretas de censura para supuestos concretos por *Google* (como el caso de la ciencia, por ejemplo)⁴⁸. De otro lado, no es descartable que proveedores de acceso vinculados a grupos económicos, políticos o religiosos, optasen por una orientación al servicio de acceso que prestasen a sus usuarios.

⁴⁷ COTINO HUESO, Lorenzo y DE LA TORRE FORCADELL, Sonia, “El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet”, en *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Universidad de Comillas-Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 897-917. Disponible en la red.

⁴⁸ Sobre acusaciones de censura por Google, <http://www.el-mundo.es/navegante/2004/09/28/empresas/1096367507.html> o <http://google.dirson.com/noticias.new/0724/>

4. La fuerte regulación que se ciñe sobre internet y la concurrencia de regímenes reguladores que puede generar un pernicioso “chilling effect” contrario a la libre expresión

Sin perjuicio de que todavía se den fenómenos de internet anárquico y falta de regulación, con la antedicha y emergente autorregulación, en todo caso, bien puede decirse que estamos en una fase de mayor regulación en la que acaba conviviendo un internet libertario, al margen de la regulación y fijación institucionales. Al tiempo se consolidan mecanismos variados de autorregulación y todo ello convive con una red cada vez más controlable y muy regulada, al punto de ser prácticamente imposible encontrar información que superara todas las variadas exigencias de la regulación actual. Un buen ejemplo de esta última tendencia regulatoria puede ser la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo de 2006 de retención transpuesta en 2007 en España⁴⁹ o la creciente proyección de la legislación de protección de datos en internet en toda su extensión.

De hecho, puede afirmarse la superposición de parámetros de responsabilidad en el ámbito civil (protección artículo 18 CE, protección de datos, propiedad intelectual, competencia desleal, consumo, 1902 CC, y un largo etcétera), sin excluir los ámbitos mercantil o laboral. También se superponen las posibles responsabilidades administrativas, especialmente las de protección de datos así como las sancionadoras, sin excluir la contractual o patrimonial. Todo ello sin olvidar, por supuesto, la regulación penal. Y lo que es peor, unas y otras vías civil, penal y administrativa, pueden superponerse con gran facilidad.

Si los internautas generadores de contenidos especialmente en la web 2.0 fueran conscientes de todos estos regímenes que le amenazan, sin duda se generaría el efecto disuasorio que objetivamente supone para el libre flujo de

⁴⁹ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación de datos de tráfico

opinión e información en la red. Coincido, pues, con Escobar⁵⁰ cuando señala que la amenaza de fuertes sanciones, unida a la ambigüedad del sistema legal de atribución de responsabilidad, implica –o puede implicar- un importante efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión. Y hay que recordar que esta doctrina del “chilling effect” fue aplicada precisamente en la sentencia ACLU vs. Reno del Tribunal Supremo de EEUU de 26 de junio de 1997. No obstante no ha tenido excesivo predicamento en España, si bien, nuestro Tribunal Constitucional en sentencias como la 136/1999, ha destacado “la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho”.

La incertidumbre total porque se pueda atribuir la responsabilidad por los contenidos alojados en la web social podría desincentivar muchas actividades típicas del web 2.0 o web participativa. En este sentido, recientemente ha bautizado Alonso⁵¹ una forma específica de acoso, “acoso informacional” o *infomobbing*, al exigir responsabilidad a los alojadores de contenidos integrados por terceros y las vías de exigir la retirada de los mismos.

II . MUCHAS ASIGNATURAS PENDIENTES Y LA IMPORTANCIA DE LAS RESPUESTAS

1. Muchos interrogantes sobre la proyección de las libertades informativas en la red

⁵⁰ Así, con relación a la LSSICE lo afirma ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁵¹ ALONSO ESPINOSA, Carles, “La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 81, págs. 15-61, en concreto, pág 42.

Las cuestiones que se suscitan sobre el vínculo de los modos y medios de comunicación en la red y la libertad de expresión e información son muchísimas⁵²: importantes premisas y cuestiones generales y, sobre la base de aquéllas, discusiones más concretas sobre la proyección de algunas categorías y garantías de las libertades informativas a internet. También, un lugar destacado merece el examen de la responsabilidad jurídica por los contenidos ilícitos en la red desde una perspectiva constitucional.

Así, en primer término, entre las premisas y cuestiones generales, cabe plantearse como punto de partida si las libertades informativas –y el Derecho generalmente aplicado a los medios de comunicación clásicos- se han de proyectar, cómo, y en qué medida tanto a todos los sujetos que difunden contenidos en la red cuanto a los diferentes contenidos, según su naturaleza y los muy diversos modos medios de comunicación en internet. En este sentido, se trata de averiguar también la aplicabilidad del principio de neutralidad tecnológica y la admisión de diferencias de régimen constitucional y limitaciones según sujetos, contenidos y modos y medios de comunicación. Básicamente se trata de si difundir la protección constitucional de las libertades –tradicionalmente reservadas a los “medios de comunicación”, a todos los usuarios de la red y fijar los criterios para esta proyección. Esta ponencia se detendrá en estas primeras cuestiones.

En segundo término, cabe analizar la proyección para la red de algunas categorías y garantías de las libertades informativas. Como se dirá, la red redefine y hace renacer el interés en diversos conceptos, categorías y garantías. Así, con carácter decisivo cabe analizar la afectación del soporte respecto de la categoría de interés o relevancia pública; si su consideración varía por el hecho de que lo informado o expresado sea a través de internet y,

⁵² Al respecto de algunas de ellas, señalo algunas respuestas en “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, pags. 51-76 (dispuesto en www.cotino.net).

por tanto, si lo informado o expresado en internet rebaja o fortalece su protección constitucional. Renace el interés por la posible aplicabilidad de la doctrina del “chilling effect” por la convergencia de normativas y medios públicos y privados de control en la red y la amenaza que ello supone (protección artículo 18 CE, protección de datos, propiedad intelectual, competencia desleal, consumo, 1902 CC, legislación de telecomunicaciones, así como los ámbitos mercantil o laboral, etc.). Asimismo debemos cuestionarnos si puede sobrevivir el criterio de la veracidad y diligencia del informador y si cabe hacerlo efectivo en la red. Y es que la realidad de la red ha desbordado la exigencia de veracidad de la información y deben establecerse propuestas, pautas y adecuaciones para su mantenimiento. Como garantía de aquella veracidad, cabe también preguntarse la proyección del derecho de rectificación a internet y sus variados usos y formas. Asimismo, cuestiones nunca cerradas en España ahora cobran mayor interés si cabe, frente a los crecientes fenómenos de control desde muy variados flancos: entes privados, operadores de telecomunicaciones, prestadores de servicios de la sociedad de la información, los fenómenos de autorregulación, las invasivas agencias de protección de datos y los consejos audiovisuales que asumen competencias en la materia. Ante este fenómeno, entre las muchas preguntas a formular, cabe mencionar: ¿es exigible la garantía judicial o no para el control de contenidos en la red?; ¿hay que rescatar del cajón del olvido a la garantía del secuestro judicial de las publicaciones?; ¿debe acometerse una redefinición de la prohibición de censura previa? De igual modo, debe examinarse la proyección para el ámbito de la red de garantías concretas, pensadas básicamente para “periodistas” y “medios de comunicación”. El efecto posible de la extensión de estas garantías y con la misma intensidad que actualmente tienen, literalmente, hacen saltar el sistema. Así sucede con la cuestión de la ampliación secreto profesional del periodista en internet ¿para todos?; También cabe cuestionarse la proyección de la cláusula de conciencia del periodista o del derecho de réplica.

En tercer lugar, pero no de menor importancia, resulta crucial para la red la revisión de la responsabilidad jurídica por los contenidos desde la perspectiva

constitucional. El problema de la atribución de responsabilidad por los contenidos difundidos adquiere una particularidad muy particular en la red, en especial por el fácil anonimato. Si de una parte, el anonimato ha servido para forjar una red como sinónimo de libertad y participación, también es aprovechado para la lesión de muchos derechos, bienes constitucionales y otros bienes jurídicos. Así las cosas, diversos elementos resultan fundamentales respecto de la responsabilidad jurídica: 1º, reafirmar la vinculación del anonimato con la libertad de expresión misma, sin perjuicio de sus límites; 2º la revisión de vías de exención de responsabilidad para los “intermediarios” o transmisores del contenido ilícito (prestadores de acceso - ISP’s-; proveedores de contenidos y prestadores de servicios de la sociedad de la información -PSSI’s-, como webs, blogs, enlaces, posts, vídeos, wikis, etc.). En este sentido, merecen una especial reconsideración las vías de exención de reportaje neutral, cartas al director, exención de responsabilidad de artículos 16 y ss. de la LSSICE, la aplicabilidad criterios de responsabilidad de la Ley de prensa, del Código penal, excepciones Ley propiedad intelectual, etc. Y, sobre todo, ante la magnitud y alcance de la cuestión, se precisan respuestas constitucionales (no sectoriales –civil, penal, mercantil, administrativo, datos, consumo, etc.) que puedan dar alguna coherencia al sistema de responsabilidad que no existe. También, como pauta decisiva para considerar la responsabilidad o no por lo expresado o informado, procede la revisión de elementos como el “contexto”, así denominado por el Tribunal Constitucional como y circunstancias de la comunicación, la importancia de los diversos usos y usuarios de la red. También recursos jurídicos que pueden “renacer” para internet, como la necesidad de lo expresado; el “descubrimiento del velo”; la posibilidad de respuesta y defensa por el interesado; la existencia de disputa previa; la relevancia e interés de la cuestión para las comunidades más pequeñas de la red, etc.

Finalmente, todas estas cuestiones deben proyectarse para fenómenos privados particularmente relevantes en la red como son *Google*, *Youtube*, *Facebook*, *Wikipedia* –y otros similares-. La libertad empresarial y otras protecciones jurídicas, no han de ser obstáculo para un análisis adecuado a la

importancia social, política y económica de estos fenómenos. No hay que olvidar que muchos estudios siguen anclados en el mundo *off line*. No tienen en cuenta la realidad de la red, la web, la web social o 2.0 y las redes sociales y la diversa taxonomía y naturaleza.

En el presente escrito me detengo en la premisa para el tratamiento de todas estas cuestiones, que, sin duda, serán objeto de atención futura por nuestra parte⁵³.

2. Un posible “efecto mariposa” en razón de las respuestas que vayan surgiendo

Y es de significar que es necesario ir dando una respuesta coherente y sistemática a las anteriores cuestiones, que surja de puntos de partida comunes, y no de respuestas aisladas. Aunque no sepamos exactamente cómo ha de quedar el puzzle definitivo, cuanto menos hay que tener un esbozo del resultado final, de lo contrario estaremos intentando completar un puzzle con piezas diferentes, que jamás podrían encajar. Y considero que, aun a falta de definir, la respuesta a estas cuestiones ha de venir de la mano de la convicción jurídica de que las libertades informativas no son patrimonio y privilegio de unos medios de comunicación clásicos, sino que quienes informen verazmente sobre asuntos de interés público y se expresen libremente en la red. Todo ello, sin perjuicio también de que la responsabilidad por el ejercicio de tales libertades tampoco es exclusiva de los periodistas clásicos, sino de todo aquél que difunda contenidos con la potencialidad de alcance y relevancia que internet permite.

Asimismo, es necesario subrayar que la respuesta a cada una de las antedichas cuestiones tiene una significación mayúscula, puesto que puede generar un efecto “mariposa” que condicione totalmente el futuro de la red y

⁵³ Así, en el proyecto reseñado al inicio de este estudio.

sus usos y de las libertades. Piénsese que ya no hablamos de reducidos círculos de medios de comunicación, o de escasos *freakies* (participantes compulsivos en la red) que impulsaron la web 2.0 con sus usos intensos⁵⁴. Hoy ya hablamos de elevados porcentajes de la población son ya calificados como *heavy users*, un tercio de los internautas españoles que participan generando y difundiendo contenidos⁵⁵. “Sólo” hablamos de unos de diez millones en España⁵⁶.

Sobre tal base y siguiendo el orden de algunas de las asignaturas pendientes aludidas, debe reflexionarse, por ejemplo, lo que puede implicar que los medios clásicos se queden sin su intensa protección jurídica y que tan relevante y de interés público sea lo que ellos consideran noticia o una web personal de éxito. Que la agenda política no la marcara *El País* o *El Mundo*, sino www.lapaginadealfonso.com (si existiese). Cabe preguntarse si dado su interés público y relevancia, hubiera de asumirse con naturalidad, por ejemplo, webs con información de corrupción política remitida ilícitamente por usuarios. Incluso que no se revelara el origen de tales fuentes de información. También, piénsese qué criterio determina la diferente diligencia exigible a quien actualiza el “muro” de *Facebook* o quien escribe en un medio clásico. Acaso podrá ejercerse entre amigos el derecho de rectificación respecto de los comentarios en *Tuenti* de lo sucedido el fin de semana. ¿Y si el derecho de réplica se ejerce como *ariete* respecto de lo afirmado en sitios web contrarios fuertemente politizadas? También, el sentido común nos dice que para retirar una página

⁵⁴ Sobre el tema del particular perfil de los usuarios de las nuevas tecnologías y los *heavy users* por todos, Sobre el tema, por todos, PREVITE, Josephine, HEARN, Greg y DANN, Susan, “Profiling Internet Users’ Participation in Social Change Agendas: An Application of Q-Methodology”, Faculty of Business, Queensland University of Technology, disponible en <http://arxiv.org/abs/cs/0109058>.

⁵⁵ Al respecto, cabe seguir los anuales informes de la sociedad de la información de la Fundación Telefónica, disponibles todos en http://info.telefonica.es/sociedaddelainformacion/html/informes_home.shtml

En concreto, en Fundación Telefónica, *La Sociedad de la Información en España. Informe 2008*, Ariel, Barcelona, 2008, en especial, capítulo 4. Un 29% de los internautas son “heavy users”, pág. 159.

http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion_sie/ParteA/pdf/Cap.04.pdf

⁵⁶ Según los más recientes, en España, los conectados a internet son el 63,3% (38.7% en 2006), unos 28 millones de personas, un tercio viene a ser unos 10 millones. Febrero de 2009, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>)

que vende ilegalmente medicinas o enseña como hacer una bomba no se requiere una orden judicial. Pero los casos no siempre estarán nada claros. Puede la Agencia de Protección de Datos obligar a retirar datos personales de noticias en *El País*. Si no, porqué puede hacerlo en *Google* o en muchas webs. Si un periódico puede reproducir neutralmente una información ilícita citando la fuente, ¿puede aplicarse el reportaje neutral a cualquier web que enlace a un sitio ilícito, señalando que es un relevante contenido de un tercero? De igual modo, ¿podría un trabajador responsable de contenidos de la web de una empresa –cada vez más lo hacen- alegar la cláusula de conciencia del periodista?

Podemos, pues, hablar de un *efecto mariposa* de cualquier respuesta que se vaya dando, esto es, “dadas unas condiciones iniciales de un determinado sistema [en nuestro caso, si es que es el régimen de las libertades informativas”, la más mínima variación en ellas puede provocar que el sistema evolucione en formas completamente diferentes. Sucediendo así que, una pequeña perturbación inicial, mediante un proceso de amplificación, podrá generar un efecto considerablemente grande.”⁵⁷

3. Las numerosas carencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales

Pues bien, pese a la importancia que pueden adquirir estas cuestiones, las carencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales son enormes. Desde hace años afirmo que, aunque cada vez se dan más trabajos de indudable interés, la

⁵⁷ Se trata de la definición del “efecto mariposa” en Wikipedia: http://es.wikipedia.org/wiki/Efecto_mariposa

El “efecto mariposa” es un concepto que hace referencia a la noción de sensibilidad a las condiciones iniciales dentro del marco de la teoría del caos. La idea es que, dadas unas condiciones iniciales de un determinado sistema caótico, la más mínima variación en ellas puede provocar que el sistema evolucione en formas completamente diferentes. Sucediendo así que, una pequeña perturbación inicial, mediante un proceso de amplificación, podrá generar un efecto considerablemente grande.

Su nombre proviene de un antiguo proverbio chino: “el aleteo de las alas de una mariposa se puede sentir al otro lado del mundo”.

literatura jurídica sobre libertades informativas e internet sigue siendo escasa pese al exponencial aumento del interés social y político de la materia⁵⁸. La atención que despiertan la propiedad intelectual, la privacidad y la protección de datos parecen dejar en un total segundo plano a la perspectiva de las libertades de información, tanto en Europa como especialmente en España. Estos problemas de privacidad son la patología –la cruz- de un fenómeno revolucionario de comunicación, y estudiar la patología como el todo, no puede conducir a nada muy positivo. La doctrina en España, muy amplia sobre libertades de expresión e información y medios de comunicación, literalmente ignora o mira hacia otro lado respecto de estas cuestiones. Con suerte se

⁵⁸ En España, hay que destacar sobre todo los trabajos de FERNÁNDEZ ESTÉBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derecho Fundamentales*, Mc-Graw Hill, 1998, así como los trabajos de Andrés Boix, ya numerosos (ver referencias en la Introducción). También, era 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, fue disponible en <http://www.arnal.es/free/docs/censura-f.html>. (13/02/2001). Es sencillo y muy destacable FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidación y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004. Los trabajos de Corredoira son destacables. Así, 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, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, *La libertad de información. Gobierno y arquitectura de internet*, Universidad Complutense, Madrid, 2001. También, centrado en autorregulación y filtros, 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.

A lo anterior, bien es cierto que diversas monografías y trabajos enfocados desde el Derecho penal, atraen también el interés desde la libre expresión, por ejemplo, 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. Más recientemente, además de los trabajos de Boix, 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, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Enrique, “Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales”. No jurídico, pero de todo interés, LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Una importante contribución de la que me honro por los colaboradores en la misma es COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet...cit.*

dedica un apartado a internet, cuando lo cierto es que en breve habría que dedicar un apartado anecdótico a soportes como el papel y medios analógicos.

El legislador español omite estas cuestiones, el legislador europeo intenta no adentrarse en temas de derechos fundamentales frente a los Estados y las pocas respuestas legislativas son puntuales y carentes de una visión estructural. Y estas lagunas no las colman los jueces⁵⁹. La jurisprudencia, tanto española como europea dista mucho de aportar ni soluciones ni cauces claros, con un nivel de respuestas aún muy limitado, y concentrado en tribunales menores. Por contraste, jurisprudencialmente, el TEDH no ha resuelto casos sobre las cuestiones particulares. El TJCE ha dado escasas respuestas parciales que no dan respuestas, sino que generan más dudas. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no abordan la cuestión, más bien huyen de la misma, a veces de forma muy llamativa (caso “putasgae”). Los tribunales ordinarios inferiores están en un absoluto caos jurídico con sentencias totalmente contradictorias cada mes o dos meses.

Por el contrario, la situación en el país de nacimiento de la red es muy diferente. En Estados Unidos se cuenta desde hace años con una sólida base judicial⁶⁰ sobre las bases de la referida sentencia de 1997 del caso *American Civil Liberties Union v. Reno*. Asimismo, en aquel país, la cuestión tiene una atracción doctrinal⁶¹, económica y social tremenda y son constantes los

⁵⁹ Un exhaustivo análisis lo he realizado en “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.

⁶⁰ Sólo hasta el año 2000 ya se sentaron las bases jurisprudenciales en más de una quincena de decisiones relativas a la libertad de expresión. Puede seguirse en general acudir a www.internetcases.com y www.internetlibrary.com, con extractos y referencias de las decisiones más importantes.

⁶¹ Además de otros de los citados (Lessig, Balkin), por ejemplo SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001; 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,” appeared in the vol. 57, no. 3 Fall 2003 issue of “The Neiman Reports,” The Neiman Foundation for Journalism at Harvard University. <http://www.neiman.harvard.edu/reports/03-3NRfall/95-96V57N3.pdf>

diversos avances judiciales que se van dando. En este punto, ya forjadas las bases de la libre expresión en la red, se dirimen cuestiones como la atribución del secreto del periodista a los cibernautas o el anonimato vinculado a la libre expresión. Sin duda, habrá que tener la vista puesta en las grandes líneas de la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión en la red.

III. LA PREMISA DE LA QUE PARTIR: LAS LIBERTADES INFORMATIVAS AMPARAN INTERNET DE FORMA VARIABLE

1. La premisa: los usuarios y los contenidos difundidos en la red están protegidos por las libertades informativas de forma variable

A partir de la experiencia norteamericana, parece que los medios clásicos pretenden mantener sólo para ellos una libertad de expresión, información y de prensa reforzada y con garantías específicas (privilegios) que no se extiendan a internet⁶². Se ha dicho que las empresas de comunicación (*National Association of Broadcasters*) utilizan la primera enmienda, como la famosa *National Rifle Association* esgrime la segunda enmienda⁶³.

Las libertades de expresión e información 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. Ello está muy claro como premisa en Estados Unidos: "la libertad de la prensa es el

Entre otros, es muy recomendable "Weblogs in Journalism: Blogging and the Law", mayo de 2004, en <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005). Este sitio remite a una jurisprudencia estadounidense bien interesante aplicable al tema.

⁶² En esta dirección, en Estados Unidos, entre otros, SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001. Recientemente, por todos, BALKIN, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture... cit..

⁶³ "La NAB y otras asociaciones de similares intereses económicos suelen utilizar la Primera Enmienda del Mismo modo en que la National Rifle Association (NRA) utiliza la Segunda. Debemos pensar en ellos como si fueran gemelos de jurisprudencia". SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit. pág. 139.

derecho de un solo panfleto... al igual que el de la más importante publicación metropolitana”⁶⁴. La sentencia Engels del TEDH, de 8 de junio de 1976 afirmó que “Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a todas las personas” (& 100). Esta afirmación también se ha dado por el Tribunal Constitucional español⁶⁵

En consecuencia, en tanto en cuanto Internet es un canal de comunicación, queda protegido por la libertad de expresión e información, como desde 1997 afirmase con claridad el Tribunal Supremo de los EEUU en ya referida sentencia (ACLU vs. Reno). Como punto de partida, tanto los modos de comunicación interpersonal en internet (correo, chat, foros, etc.), cuanto los medios de comunicación en internet (blogs, páginas web, periódicos digitales, etc.) sí están protegidos por estas libertades. Como he adelantado, considero que hay tener la precaución general de no dar una posición de ventaja jurídica a los medios de comunicación clásicos frente a los de internet que no se justifique constitucionalmente.

Ahora bien, en ocasiones, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que hay una protección “más intensa” de estas libertades cuando se ejercen por empresas y periodistas, por ser los agentes que cumplen una “función constitucional” a través de un “vehículo institucionalizado” (STC 165/1987 y otras)⁶⁶. Pero esta intensidad, dijo luego, sólo es respecto del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Las empresas de comunicación

⁶⁴ Así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, 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.” Ver, <http://www.thisnation.com/library/branzburg.html>)

⁶⁵ La libertad de expresión de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) CE). También, la libertad de información (art. 20. 1º d) CE) se reconoce “a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996)”.

⁶⁶ dijo que “la protección constitucional de la libertad de expresión [también para la libertad de información] “«alcanza un máximo nivel cuando ... es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional»”. La cita corresponde a la sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, en ese caso respecto de la libertad de expresión, en la sentencia 154/1999, de 14 de septiembre la misma cita respecto de la libertad de información.

y periodistas “en modo alguno” tienen un derecho fundamental reforzado, más allá de estas garantías especiales (como el secreto del periodista)⁶⁷.

No obstante, lo cierto es que sigue pesando la inercia de la mayor intensidad a los medios de comunicación clásicos, como únicos “medios de comunicación social”⁶⁸. De muestra un botón, la referencia a la sentencia 165/1987 que reserva la intensidad de la libre información a los medios de comunicación – clásicos- ha servido recientemente como base del Tribunal Supremo para ratificar la sanción de la Agencia de Protección de datos por la difusión de información sobre condenados por torturas en una web de la Asociación contra la tortura, considerando tales contenidos estaban excluidos de la libre expresión e información⁶⁹. Asimismo, la AEPD ha permitido la cancelación de

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Este criterio, que se vislumbra de nuevo en sentencias como la 136/2004, de 13 de septiembre:

“5. Por lo que respecta al segundo de los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal en la colisión de los derechos que venimos abordando, ha de tomarse en consideración la trascendencia pública, o no, de la noticia difundida. Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia el 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). Asimismo, como hemos recordado recientemente (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3), el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7)”.

⁶⁹ Se trata de Sentencia del Tribunal Supremo 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 Sala declara que las concretas conductas sancionadas, nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica. La probada publicación vía internet de lo que sin duda constituye un fichero con los nombres y apellidos de funcionarios públicos denunciados por la comisión de delitos de maltrato o tortura no es una manifestación de los derechos a la libre expresión, y a la información que no puede atribuirse sin más la actora, con la mera remisión a sus fines sociales, sino una clara vulneración del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal, infringiendo la ley que define la cesión

la información con datos personales en un foro por no considerar que se tratase de un asunto o personaje público, si bien, cuando la información procede de *El País*, no duda en afirmar el interés público de la misma⁷⁰.

Por contraste, la también reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07⁷¹, afirma que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de “periodismo”, precisamente, para dotar de mayor protección a la difusión de contenidos en la red. Así, las exenciones de protección de datos no quedan reservadas a “a las empresas de medios de comunicación, sino también a toda persona que ejerza una actividad periodística” (nº 58). Al punto de 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)⁷².

o comunicación de datos como toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado sin que, sancionando tales conductas se vulnere en modo alguno el artículo veinte de la Constitución, ni pueda reputarse censura previa el cumplimiento de lo establecido en la Ley para la protección del derecho al honor y a la intimidad personal.

En concreto en el FJ 6º se afirma: “Sentado lo anterior creemos que en este caso la sanciones correcta por las siguientes razones:

1.- En primer lugar porque examinada la Directiva y el Convenio al que se hace referencia, al establecerse las excepciones, aquella se refiere a “fines exclusivamente periodísticos”, citando el Convenio la “libertad de prensa”. Ciertamente como razona la STC 165/1987, la libertad de información no corresponde exclusivamente a los profesionales de la información debiendo ser reconocida a “quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce”; pero el propio Tribunal matiza 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, entendida en su más amplia acepción.” [...] NOVENO.- Debe precisarse que las concretas conductas sancionadas, nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica.”

⁷⁰ Así, en la Resolución nº 1871/2008. Se reclama contra Google Spain, S.L. y Prisacom (web de *El País*) por no haber sido debidamente atendido su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, concluyendo, sin más argumentación sobre la información en sí, que “la publicación de la noticia por el Diario “*El País*” constituye un ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20, apartados a) y d) de la Constitución Española.”

⁷¹ Planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), en el procedimiento entre Tietosuojavaltuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy.

⁷² Dado su interés, merece la pena la exposición del texto:

La protección especial de la prensa (como los privilegios del periodista) se han justificado por la “función social”⁷³ o “constitucional”⁷⁴ que desarrollan los medios de comunicación en la sociedad democrática. Por ello, si esa función se desarrolla de nuevas maneras por internet, en principio también será posible extender esta protección especial y no reservarla a los medios de comunicación clásicos.

A mi juicio, sin perjuicio de que se trate de factores a tener en cuenta en la exigencia de diligencia, por ejemplo, en modo alguno cabe partir que las libertades informativas sólo correspondan a empresas, organizaciones en las que haya proceso de edición, que sea por medios escritos o en determinados soportes o que tengan divulgación periódica, por ejemplo. Sin dejar de tener alguna relevancia jurídica estas circunstancias, considero que se ha de centrar

“60 En tercer lugar ha de tenerse en cuenta la evolución y la multiplicación de los medios de comunicación y de difusión de información. Como destacó, en particular, el Gobierno sueco, 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».

61 De todo cuanto antecede resulta que actividades como las del litigio principal, relativas a datos procedentes de documentos públicos según la legislación nacional, pueden calificarse de «actividades periodísticas» si su finalidad es divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión. No están reservadas a las empresas de medios de comunicación y pueden ejercerse con ánimo de lucro.

62 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 9 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que las actividades mencionadas en la primera cuestión, letras a) a d), relativas a datos procedentes de documentos públicos según la legislación nacional, han de considerarse actividades de tratamiento de datos personales efectuadas «exclusivamente con fines periodísticos» en el sentido de dicha disposición, si tales actividades se ejercen exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del órgano jurisdiccional remitente.

Así pues, la conclusión es: “2) El artículo 9 de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que las actividades mencionadas en la primera cuestión, letras a) a d), relativas a datos procedentes de documentos públicos según la legislación nacional, han de considerarse actividades de tratamiento de datos personales efectuadas «exclusivamente con fines periodísticos» en el sentido de dicha disposición, si tales actividades se ejercen exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del órgano jurisdiccional remitente.”

⁷³ En Alemania son numerosas referencias a la función social (no función pública en sentido estricto) de los medios en jurisprudencia y doctrina *BverfGE* 12, 205, 244 ss; 20, 162,175. Así lo recuerda HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “Libertad de comunicación y de medios”, pág. 165.

⁷⁴ Para el Tribunal Constitucional español.

la atención en que se trate de contenidos de información o expresión que permitan ayudar a formar la opinión pública de la ciudadanía. Los tradicionales medios de comunicación de masas bien dejan de ser un pilar básico en el sistema democrático o bien, y cuanto menos, dejan de ser el único pilar básico. El edificio democrático se sostiene con muchos otros “pilares” en la red.

En España, los diversos textos de la inacabada aspiración de regular el Estatuto del Periodista⁷⁵ parece recoger muchas de las aspiraciones de los medios de comunicación clásicos, en perjuicio de diversos fenómenos de comunicación en internet.

2. No sólo esta protegido por las libertades informativas lo relativo a la política

Yendo más allá, estimo que internet obliga a reabrir otro debate jurídico, y de interés no sólo para la red. Se trata de un debate clásico en Estados Unidos pero no en Europa, al menos en España: si la libertad de expresión ampara – bajo la consideración del interés público- únicamente los mensajes estrictamente políticos –si es que se puede precisar esta noción- y los directamente tendentes a formar políticamente la opinión pública o, por el contrario, las libertades informativas trascienden de lo estrictamente político alcanzando lo puramente comercial, la publicidad, el ocio, las manifestaciones culturales varias, etc. A mi juicio, si bien lo “político” será un elemento que

⁷⁵ Se trata de la Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, apoyada por el partido del Gobierno (PSOE), entre otros. La misma fue admitida a trámite en 2004, pero prorrogada continuamente la admisión de enmiendas y decaída tras el fin de la legislatura, sin noticias al respecto.

La Proposición está publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, 23 de abril de 2004.

En 2008 reaparece tímidamente la cuestión, como se sigue en *El País.com* “Coto al secretismo en las entidades públicas”, de junio de 2008, se afirma que se trabaja en texto por la Asociación de Periodistas de Madrid.

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Coto/secretismo/entidades/publicas/elpepisc/20080602elpepisc_2/Tes

facilitará la consideración de interés público, en modo alguno quedará vedada esta sobre protección a los contenidos de otras índoles. En este sentido, la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán en el Caso Carolina de Mónaco, es especialmente plausible, al recordar que procede reinterpretar la libertad de prensa y que

- “[su] función de formación de opinión no tiene como efecto excluir al entretenimiento de la garantía funcional resultante de la Ley fundamental. La formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos [...] tampoco se puede negar al mero entretenimiento alguna relación con la formación de opinión. Ello equivaldría a suponer de forma unilateral que el entretenimiento satisface simplemente los deseos de disipación y de distensión, de huir de la realidad y de distracción. Ahora bien, el entretenimiento puede igualmente mostrar imágenes de la realidad y ofrece temas de debate a los que poder sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento; cumple en esta medida unas funciones sociales importantes (...). Medido por la vara de la finalidad que constituye la protección de la libertad de prensa, el entretenimiento en los medios de comunicación no es pues desdeñable ni carece de todo valor y entra por tanto también en el campo de aplicación de los derechos fundamentales (...).”⁷⁶

⁷⁶ Se hace referencia a la Sentencia de 15 diciembre 1999, que estimó el amparo respecto de las fotografías en las que aparecía Carolina en compañía de sus hijos, pero no las otras. Interesa, a mi juicio, en todo caso, la argumentación:

“b) En este caso, conviene tener en cuenta, para interpretar y aplicar los artículos 22 y 23 de la KUG, no solamente el derecho general de la personalidad, sino también la libertad de prensa, garantizada por el artículo 5.1, segunda frase, de la Ley fundamental, en la medida en que las disposiciones en cuestión conciernen igualmente a estas libertades.

(...)

El hecho de que la prensa esté investida de una función de formación de opinión no tiene como efecto excluir al entretenimiento de la garantía funcional resultante de la Ley fundamental. La formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos. Los reportajes con intención de entretener también juegan un papel en la formación de opinión. En ciertas circunstancias, pueden incluso estimular o influir en la formación de opinión más de lo que lo

La cuestión no sólo tiene especial interés para internet, pero obviamente, la exponencial difusión de contenidos en la red no directamente atinentes a lo político, obliga a hacer una reflexión no realizada abiertamente en España.

harían las informaciones puramente fácticas. Por lo demás, se puede observar en el universo de los medios de comunicación una creciente tendencia a suprimir la separación entre la información y el entretenimiento, tanto desde el punto de vista de los productos de prensa considerados de forma global, como en el plano de los reportajes individuales, y a difundir la información de forma divertida o a mezclarla con entretenimiento ("infotainment"). En consecuencia, muchos lectores extraen las informaciones que les parecen importantes o interesantes de reportajes de entretenimiento (...).

No obstante, tampoco se puede negar al mero entretenimiento alguna relación con la formación de opinión. Ello equivaldría a suponer de forma unilateral que el entretenimiento satisface simplemente los deseos de disipación y de distensión, de huir de la realidad y de distracción. Ahora bien, el entretenimiento puede igualmente mostrar imágenes de la realidad y ofrece temas de debate a los que poder sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento; cumple en esta medida unas funciones sociales importantes (...). Medido por la vara de la finalidad que constituye la protección de la libertad de prensa, el entretenimiento en los medios de comunicación no es pues desdeñable ni carece de todo valor y entra por tanto también en el campo de aplicación de los derechos fundamentales (...).

Sucede lo mismo con la información sobre las personas. La personalización constituye un medio periodístico importante para atraer la atención. Muy a menudo es ella la que suscita, en primer lugar, el interés por un problema y origina el deseo de obtener informaciones fácticas. Asimismo, el interés por un acontecimiento o una situación es objeto la mayor parte del tiempo de reseñas personalizadas. Además, las celebridades encarnan ciertos valores morales y ciertos modos de vida. También muchas personas orientan sus alternativas de vida siguiendo el ejemplo que ellas dan. Se convierten en puntos de referencia que imponen la adhesión o el rechazo y desempeñan funciones de modelo o de contraste. Ello explica el interés del público en las más mínimas peripecias que adornan su vida.

Para los políticos, este interés del público se ha considerado siempre legítimo desde el punto de vista de la transparencia y del control democrático. Así las cosas, no puede negarse en principio que exista igualmente para otras personalidades de la vida pública. En esta medida, la representación de personas no limitada a funciones o a acontecimientos determinados es misión de la prensa y depende por tanto también de la esfera de protección de la libertad de prensa. No es sino cuando procede sopesar los derechos de la personalidad en cuestión que puede ser necesario decidir si se trata de cuestiones que presentan un interés esencial para el público y tratadas de forma seria y objetiva, o si lo expuesto son asuntos privados destinados únicamente a satisfacer la curiosidad del público (...).

3. NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA Y LA NECESIDAD DE FUNDAMENTAR Y MAYORES LIMITACIONES Y RÉGIMENES DIFERENTES SEGÚN EL MEDIO Y SOPORTE

3. 1. No parece adecuado proyectar el principio de neutralidad tecnológica en el régimen de la libertad de información

En general, el concepto de neutralidad tecnológica se entiende en Europa como el derecho a la libre elección de tecnología, para cada caso o compra concreta, por parte de Administraciones Públicas o Ciudadanos, que deberán escoger la mejor opción disponible por el coste total del mismo⁷⁷. Se trata de no impedir la introducción y desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito del libre mercado y para ello las normas estatales no dispensen un trato discriminatorio en razón del soporte⁷⁸.

Ahora bien, este principio jurídico se ha consolidado en el ámbito de la competencia y el libre mercado de las comunicaciones y la sociedad de la información, extendiéndose a la actuación administrativa tanto en autoorganización y contratación administrativa cuanto en la regulación del sector de las comunicaciones.

⁷⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Neutralidad_tecnologica

Dicho principio surge en el ámbito de Naciones Unidas para proponer normas que permitieran determinar el valor jurídico de un mensaje electrónico, y establecer reglas en desarrollo de las comunicaciones sin soporte de papel en el marco del comercio electrónico (Guía de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996).

⁷⁸ En el ámbito europeo se advierte con claridad en los inicios de la liberalización de la política de telecomunicaciones, y en España se recibe en diversa normativa como el artículo 3 f) de la Ley 32/2003 y más recientemente en la Ley 11/2007, principio reconocido en el artículo 4: "Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos."

Al respecto, puede seguirse http://www.neutralidad.es/?page_id=3 "Qué es la neutralidad tecnológica" por José María Lancho

Sin embargo, no puede tomarse como punto de partida para el ámbito constitucional. Y es que como señala uno de los autores que parten de tal principio, una cosa es la arquitectura del coche y la industria automovilística y otra lo que podemos hacer con el coche, por dónde y cómo podemos circular⁷⁹. Los monopolios u oligopolios, acaban afectando, sin duda, al *Código*, esto es, y siguiendo a Lessig, a la infraestructura software-hardware de la red, y al acceso mismo a internet y, por ende, a la libre expresión e información. Si la pugna jurídica es relativa a estas cuestiones, es posible que este principio juegue a favor de la libre expresión en sentido amplio. No obstante, plantear el tratamiento de las libertades informativas partiendo de este principio sectorial nos puede llevar a ver la parte por el todo, sin aportar claridad jurídica a la cuestión⁸⁰.

Es más, la proyección de principio de neutralidad tecnológica en el audiovisual, parece conllevar la extensión y *contagio* a internet del control, límites y regulación tradicionales en el ámbito audiovisual⁸¹.

3. 2. La necesidad de elaborar un régimen constitucional variable y no sólo dependiente del medio o soporte de la comunicación

⁷⁹ ALONSO ESPINOSA, Carles, "La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica... cit. pág. 22.

⁸⁰ En nuestra doctrina en su día ya lo menciona BOIX PALOP, Andrés, "Pluralismo y libertad de expresión en la Red", vinculándolo certeramente con el principio de igualdad. Pese a un adecuado tratamiento, quizá resulte excesivo que ocupe el punto de partida en ALONSO ESPINOSA, Carles, "La información en la Red y el principio de neutralidad.... Cit. paginas 18-22. donde la neutralidad pasa ya a ocupar el eje formal del tratamiento de la materia.

⁸¹ Un ejemplo de la extensión del principio de neutralidad al audiovisual, entre otros, se aprecia en la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña. En su artículo 16 lo afirma: "Neutralidad tecnológica: La prestación de servicios de comunicación audiovisual se rige por lo establecido por la presente ley, con independencia de la tecnología de difusión que se utilice." Debe señalarse que la clave se desplaza en qué se considera comunicación audiovisual. En este sentido, el artículo 1. d) define: "Servicio de comunicación audiovisual: el servicio consistente en la puesta a disposición del público en general o de una categoría del público de servicios de radio o de televisión, sean cuales sean la forma de emisión y la tecnología utilizadas. Son también servicios de comunicación audiovisuales los servicios consistentes de forma predominante en la puesta a disposición del público en general o de una categoría del público de contenidos audiovisuales organizados de forma no secuencial."

Dicho lo anterior, tal y como se anuncia desde el principio, la clave reside en que no se restrinjan –sobre todo las ventajas– de las libertades informativas a los medios de comunicación clásicos. Y, al tiempo, se trata de que no se imponga una regulación más invasiva y severa al tiempo de limitativa, cuando el soporte sea internet, sin justificación alguna, sino que se requiera una justificación objetiva, razonable y proporcional para dichas diferencias.

A este respecto puede citarse el principio nº 1 de la “Declaración sobre la libertad de comunicación en internet”, del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003 (sin valor jurídico normativo)⁸². Ahí se dispone que:

- “Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos.”

Sin duda, como principio cabe suscribirlo. Ahora bien, no hay que desconocer que en general, la prensa escrita tradicionalmente está menos regulada y menos limitada que los medios que ocupan el espacio radioeléctrico como la televisión o la radio⁸³. Sin embargo, en principio, estas diferencias de regulación no se proyectan sobre los contenidos que se emiten sino sobre la posibilidad de emitir y recibir información. Creo que en Europa (al menos en España)⁸⁴ no existe una jurisprudencia que establezca mayores niveles de

⁸² Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión. En español puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/coeinternet1.html>. En inglés, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/coeinternet2.html>

⁸³ En Alemania, sobre el tema. ver *BvergGE* 12, 205, 261; 57, 295, 322; 73, 118, 121 ss. entre otras. En España, por ejemplo, las sentencias 206/1990, 119/1991 o 31/1994 que formula la teoría de que el derecho de creación de medios de comunicación y de emisión es un derecho secundario, sometible a autorización.

⁸⁴ En Alemania, es posible no obstante mencionar la sentencia del caso *Lebach*, *BverfGE*, 35, 202, de 1973 sobre la televisión. La misma está disponible en inglés en http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bverg.shtml?05jun1973

En concreto, afirma el Tribunal, 4. 1. d. (b) "Disregarding the possibility of an additional infringement by the manner of the representation (polemics, falsification), even a report which seeks to be objective and factual, if televised constitutes normally a much greater invasion of the private sphere than an oral or written report published in the press or over the radio... In conclusion it can be stated that television broadcasts reporting on a crime naming, depicting, or

restricción de contenidos en virtud de la naturaleza del medio de comunicación, a diferencia de los Estados Unidos. En aquel país, como es sabido se ha consolidado jurisprudencial y normativamente un régimen diferente según se trate de prensa, radio, televisión por ondas o cable, etc.⁸⁵. Pues bien, sobre la varias veces referida histórica sentencia del Supremo en el caso *ACLU vs. Reno* del Tribunal Supremo de 1997 varios comentarios asimiló internet al modelo más liberal de la prensa escrita, mientras que el Tribunal Supremo justificó mayores restricciones de contenidos para medios más “invasivos” y menos controlables por los padres como la radio y la televisión⁸⁶. Bien es cierto

representing the culprit, especially in the form of a documentary play, will normally constitute a serious invasion of his sphere of personality.”

⁸⁵ Allí, como nos recuerda Fernández Esteban, conforme a la “fairness doctrine”, la radiodifusión no cuenta con la intensidad de protección de la libre expresión que la prensa escrita. El contar con el bien escaso de las radiofrecuencias deben utilizar siempre este privilegio de acuerdo con el interés público FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. Luisa, “Limitaciones constitucionales...cit. pág 297. Así las cosas, a la prensa escrita corresponde poca regulación, una libertad de expresión casi ilimitada, un régimen casi equiparable a la comunicación a través del teléfono. Así a diferencia de la televisión por cable o la televisión por ondas. *Ibidem*, pág. 299. Los criterios de diferenciación son la titularidad pública y la escasez del espacio radioeléctrico, el grado de penetración, el criterio de y el criterio de la diferente percepción del medio.

Se considera que la televisión, al penetrar en el hogar, es más difícil evitar que los niños puedan acceder a sus contenidos. Asimismo, se consideraba que la televisión se ha convertido en la “plaza pública” de la democracia, el cauce más importante de la opinión pública, lo cual acaba justificando un régimen más limitativo. (Así por ejemplo en *FCC vs. Pacific Foundation*, 438, US 736 (1978, en sentido similar al ya citado caso *Lebach*, *BverfGE*, 35, 202.

Por cuanto a la diferente percepción del medio, se viene a considerar que hay “dos mundos”, el no regulado y casi ilimitado de la prensa escrita y el regulado y limitado del audiovisual, de modo que al final se da “lo mejor de los dos mundos”.

⁸⁶ Al respecto, los análisis en los citados estudios de Fernández Esteban son los más destacados. La sentencia parte de que la regulación de los medios es un límite que necesita superar un escrutinio, siendo el más estricto el de la prensa escrita. Y éste es el que aplica a internet. Para ello considera que no hay limitación, no hay tradición limitativa para considerarlo en uno de los dos mundos y, además, que no es un medio penetrante, como la televisión. Hay que recordar que estos criterios son los que generalmente justificaban la aplicación de un estándar jurídico más o menos estricto respecto de prensa, radio, televisión.

Así, puede leerse en la sentencia, con referencia a la doctrina de la invasividad del caso *Pacífica*:

“...*Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367 (1969); *FCC v. Pacific Foundation*, 438 U. S. 726 (1978). In these cases, the Court relied on the history of extensive government regulation of the broadcast medium, see, e.g., *Red Lion*, 395 U. S., at 399–400; the scarcity of available frequencies at its inception, see, e.g., *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U. S. 622, 637–638 (1994); and its “invasive” nature, see *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U. S. 115, 128 (1989).

Those factors are not present in cyberspace.”

que hoy día el criterio de la penetración del medio en los hogares y la posibilidad de controlarlo respecto de menores, podría girarse en contra de internet. A diferencia de 1997, es difícil sostener hoy día que internet no es invasivo ni penetrante en los hogares, al tiempo que no es nada fácil de controlar su acceso por los menores. De hecho, los datos de acceso y usos revelan que muchísimos hogares cuentan con acceso a internet, incluso superando en tiempo a la televisión en diversas franjas de edad.

En todo caso, no hay *un* internet. De poco sirve hablar del soporte como un todo. Creo también como principio que hay que abandonar la categorización de cada medio, canal o soporte, para aplicarle un régimen de lo que hay en internet, no vale etiquetar. Internet no solo es una plataforma en la que convergen todos los medios clásicos (prensa, radio, televisión, cine, vídeo, telefonía, correo, etc.), sino que lo que hay en internet se mueve, vive, es indescriptible en la mayoría de los casos. Es más, conceptual y estructuralmente no existe la diferencia entre una web personal y la mejor multimedia profesional. Ambas tienen “noticias”, textos, audios, vídeos, links, recogen comentarios o integrar otros contenidos, etc. Más que poner nombres, hay que analizar toda una serie de elementos del funcionamiento del servicio, naturaleza de contenidos, de la relación jurídica establecida con los usuarios, alcance real y uso social, grado de implicación del responsable y otros factores. Sin duda, antes todo era más fácil, la radio era radio, la televisión televisión, etc. Pero ya nada es igual, y lo será menos en el futuro y habrá que adaptarse a las circunstancias, del supuesto.

Creo que tanto la libertad de expresión e información en conexión con el principio de igualdad (lo cual conlleva un análisis más severo de la posible discriminación), podrían frenar tendencias no justificadas de restringir los contenidos en internet más que en los medios de comunicación clásicos. Éste sería, por así decirlo, el principio de neutralidad tecnológica en el ámbito de las libertades informativas.

Hay que señalar que, al menos en España, hay una *aparición* de mayor restricción de contenidos en internet a partir de la transposición en el artículo 8 LSSICE de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en su artículo 3. 4º. Ahí se regula expresamente una amplia lista de posibles restricciones⁸⁷ que no se da en la regulación para los medios de comunicación clásicos no virtuales. Hay que esperar que la Administración y los tribunales no consideren que esta regulación expresa les habilita para interpretar límites más severos a los contenidos de internet respecto de los medios no virtuales⁸⁸.

En todo caso, es el momento de que nuestro Tribunal Constitucional comience a discernir el alcance distinción de estas libertades en razón de los medios y soportes, naturaleza y grado de penetración y otras tantas circunstancias.

3. Criterios jurídicos de adecuación a lo dispuesto en la red

En general, más allá del nombre o etiqueta que se atribuya a lo difundido en la red, en el ámbito de la responsabilidad⁸⁹ habrá que atender toda una serie de circunstancias que pueden tener relevancia jurídica, entre otras muchas:

⁸⁷ Se afirman las restricciones que sean necesarias y proporcionadas para: el orden público, la investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, la protección de menores, la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, la dignidad de personas, la salud pública, la seguridad pública y seguridad y la defensa nacionales así como la protección de los consumidores y los inversores

⁸⁸ En España cuanto menos, también habrá que estar muy atentos al desarrollo reglamentario de la LSSICE, que lo cierto es que *ni está ni se le espera*. Cabe también significar que de momento, la acción inspectora respecto de internet prevista en dicha ley es inexistente y desconocida, pese a los fuertes poderes que la ley atribuye a la Administración. Todo hay que decir, que la Agencia Española de Protección de Datos está ocupando directa o indirectamente este espacio.

⁸⁹ Sobre responsabilidad, destacan los trabajos coordinados por CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares (Colección Derecho de la Sociedad de la Información), Granada, 2005. Más reciente y también excelente, del mismo autor y editorial, *Responsabilidad civil y contratos en Internet, Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Asimismo, centrado en EEUU, PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.

- -la voluntariedad (directa o en la confección del sitio web),
- -la estructura más o menos automatizada de una sindicación 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 participación real de los mismos, la significancia de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados,
- -la participación real en la generación de contenidos los mismos, la significancia de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados
- -los indicios que llevan a pensar en el conocimiento efectivo 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 uso habitual de ese sitio web (no es lo mismo insultar en una cantina a las 2 de la madrugada que en mitad de clase) y la posibilidad de respuesta del afectado en el medio que es la red

Considero que, teniendo en cuenta las reseñadas circunstancias, y en a favor de la libre expresión en la red, hay que reducir mucho la diligencia exigible al responsable de la página *web* colaborativa y de sindicación de contenidos, sin excluir que se le pueda atribuir la responsabilidad al son de su actividad consciente en la reproducción de contenidos.

Habremos de romper otra muralla, la categorización de lo que hay en internet, no vale etiquetar. Internet, se mueve, vive, es indescriptible en la mayoría de los casos. Más que poner nombres, hay que ver el cómo funciona en cada caso y contextualizarlo.

Algunos de estos elementos se pueden observar en la casuística judicial española. En general, no obstante, las resoluciones en las que el juzgador se plantea la singularidad de que los contenidos lesivos de otros derechos se realicen en páginas particulares en internet, diversas de los medios de comunicación clásicos⁹⁰. A mi juicio, esto en principio resulta positivo en la medida que no implique incriminar más a la red que a los medios de comunicación. En esta línea, sentencias como lo es el caso del caso Nota de Asociación de Padres en internet, resuelto por sentencia Tribunal Constitucional núm. 174/2006, de 5 junio⁹¹.

En algunos supuestos el medio sí que condiciona el tratamiento jurídico. Así en el caso *foro para desahogo* fue un elemento determinante que los insultos se llevasen a cabo en un foro, “dentro de una página *web* destinada específicamente a servir como tribuna de quejas o descarga de iras contenidas entre usuarios que se registren. Dicho con simpleza, foro para manifestar los propios descontentos o simplemente hablar mal”⁹². En una dirección semejante, en el Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 36/2006 (Sección 2ª), de 31 enero, caso Injurias en *forodequejas.com*⁹³ se exime de responsabilidad al considerarlas en un medio informativo. Así, se afirma que “aún cuando en los mensajes contienen expresiones como timadores, estafadores o sinvergüenzas sin atribuirles a personas concretas, están incluidas en textos de carácter

⁹⁰ Únicamente, en el caso de la *web* personal de la parroquiana Sra. Lindqvist, aunque no expresamente, late la necesidad de no considerar la misma una transferencia internacional de datos.

⁹¹ En este caso resulta positivo que el análisis que realiza el tribunal aplique indiferenciadamente los parámetros de análisis sin tener en cuenta que se trataba del medio internet y no propiamente un medio de comunicación clásico. En un conflicto en un Instituto de Enseñanza Secundaria con un profesor, la Asociación de Madres y Padres de Alumnos hace un escrito reivindicativo y lo difundieron en la *web* de la federación de asociaciones de padres de alumnos en internet, provocando igualmente la publicación de la noticia en diversos medios informativos.

⁹² Caso *foro para el desahogo*, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 de mayo, razonamiento jurídico segundo.

⁹³ Se trataba de textos escritos por distintos participantes en un foro de Internet conocido como *quejasonline.com* sobre la constructora ENYPESA S.L. y sobre una actuación fallida de la misma en la localidad de Torres De la Alameda, en la que su corporación municipal no llegó a autorizar la construcción de unos pisos sobre los que ya habían sido suscritos precontratos de compraventa entre los autores de las quejas y la citada sociedad, quedándose los primeros sin acceder a las viviendas planificadas.

informativo y reivindicativo que las alejan del "animus iniuriandi" propio de los delitos contra el honor.”

En estos casos, en los que la contextualización del modo de comunicación va en la línea de proteger el discurso y la discusión, así como la no criminalización generalizada de la red, creo que la línea es positiva.

Bien es cierto que en otros casos, la dificultad de categorizar los modos de comunicación en la red llevan a sentencias como la del caso relativo a insultos en el ámbito profesores universitarios por medio de mensajes colectivos a través del correo electrónico, la Sentencia Audiencia Provincial Granada núm. 144/2006 (Sección 4), de 7 abril excluye que esté en juego la libre expresión y señala que:

- “No se intenta difundir hechos noticiables dirigidos a formar una opinión pública al respecto, sino una valoración de las aptitudes académicas y de la conducta del actor, y el procedimiento empleado no es el de la inserción de aquellas en un medio de información de libre acceso al público, sino el correo privado remitido a compañeros de profesión, aunque lo fuera vía internet.”

Por ejemplo, es interesante la afirmación contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial Álava núm. 55/2006 (Sección 1ª), de 11 abril sobre la colocación en su página web de la información sobre el punto de vista del recurrente y el colegio, donde se afirma que aunque la web “pudiera contener una información sesgada o subjetiva y utilizara alguna expresión hiriente, no sirve para integrar un comportamiento coactivo. A fin de cuentas, la persona que accede a la página de internet del denunciado- apelante lo hace por su propia voluntad y, por lo demás, se podría ver contrarrestado por la información dada por la otra parte.”

También en España, en el caso *Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa*⁹⁴, uno de los supuestos del derecho de rectificación, la concreta sentencia lo ha reservado para los medios de comunicación, no para otros modos de comunicación como internet. Sus argumentos, aunque textualmente discutibles, tienen en cuenta la relevancia del tipo de página web, los usuarios específicos a los que se destina y la posibilidad de que el derecho de rectificación suponga una barrera a la libre expresión en un sector específico⁹⁵. Pese a que los argumentos sean depurables, cuanto menos se ha contextualizado la particularidad del modo de comunicación que implica internet⁹⁶. A mi juicio se trata de nuevo de una línea proclive a la contextualización pro-libertate de la red frente a los medios de comunicación clásicos.

Así pues, creo que en diversas de las decisiones el medio particular de internet, y en concreto el tipo de sitio de internet de que se trataba, los usuarios a los

⁹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre resuelve un recurso de apelación frente a sentencia de instancia que desestimaba una acción de rectificación. La alta politización del supuesto es clara; la rectificación fue formulada por la Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa contra la Fundación Villalar, Castilla y León, porque la web de esta última se difundieron durante tres días (15-18 de febrero de 2005) datos que –a juicio de la parte actora- falseaban partes de la historia y se omitían otros, todo ello en perjuicio de la identidad y de la dignidad del pueblo leonés.

La sentencia considera que la información no ha aludido, ni directa ni indirectamente, a dicha plataforma, ni tampoco a los intereses que ésta trata de defender

Se insiste en que en tanto no se trate de la difusión por un medio de comunicación (clásico) no cabe exigir la veracidad, puesto que se trata de mera opinión, no evaluable desde su certidumbre histórica, científica, etc.

⁹⁵ Sentencia Audiencia Provincial León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre (caso *Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa*): "la página de internet de la Fundación demandada no es un instrumento dirigido a transmitir información de todo tipo a un público numeroso y heterogéneo, ni se trata de un medio al que se pueda exigir una comprobación de veracidad, mediante la investigación diligente y contrastada de la información que ofrece, en el marco del derecho constitucional a comunicar y difundir libremente información veraz (art. 20 CE), del que el derecho de rectificación es instrumental. Por el contrario, dicha página constituye un instrumento que no persigue, como fin último y específico, transmitir información de relevancia social, sino que sirve a la Fundación para darse a conocer y mostrar, entre otras cosas que puedan servir a sus propios fines, una visión de un devenir histórico que no tiene porque ser necesariamente el más acertado, ni el más completo ni el más objetivo, por no tratarse, como hemos señalado, de un medio de comunicación social."

⁹⁶ Ahí en concreto, se dice que la *web* de una plataforma política no va dirigida a un público numeroso y heterogéneo (lo cual es cierto y relevante), ni se le puede exigir veracidad (lo cual es discutible, si bien se debe modular el entendimiento de ésta para no interrumpir el proceso de libre expresión en internet).

que estaba destinado y la tipología de su autor, son elementos que habrían de tenerse en cuenta en la base argumental de tipo jurídico institucional, que justificase –aun parcialmente– la decisión a adoptar. De un lado, estos elementos pueden ser determinantes incluso de la “relevancia pública” de la información que la *web* difunde, al concretarse sobre comunidades concretas⁹⁷. Siendo que a mayor relevancia pública, mayor posibilidad de justificar la limitación del derecho afectado, en algunos casos de los enunciados el dato podría haber sido significativo. En la red, como fuera de línea, hay comunidades, a veces, bien definidas. De otro lado, el tipo de web, autor, usuarios, contenidos, puede determinar el contexto para determinar si hay o no ofensa del derecho en juego (por lo general respecto del honor). No en vano, el contexto es un elemento clásico determinante del tratamiento de las injurias u otras lesiones de derechos⁹⁸. En esta dirección, no debe olvidarse la posición activa y selectiva del usuario que accede a la red, frente a otros modos de comunicación más penetrantes⁹⁹. En este punto, aunque no expresado directamente por la sentencia, aprovechar el dominio con el nombre del insultado o criticado, es un elemento también a tener en cuenta para sí estimar con mayor facilidad la intromisión¹⁰⁰. Por el contrario, diferente tratamiento merecen los contenidos críticos a los que se accede por una selección del

⁹⁷ Así, sólo por especular, cabe pensar en la relevancia de la información sobre el conflicto en una empresa, en la *web* sindical de la sección de esa empresa (caso *CCOO, El Corte Inglés (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio, caso CCOO vs. El Corte Inglés*); de la información sobre los parroquianos en la *web* de la parroquia (caso *Lindqvist, TJCEE*); la información sobre negligencias en clínicas estéticas en una *web* sobre clínicas estéticas o negligencias médicas (en este caso no consta información del supuesto); una *web* del sector de investigación del automóvil, o, por ejemplo, una *web* del mundo masón que critica la gestión del líder (caso *aprendizmason, Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre, caso aprendizmason.org.*), etc.

⁹⁸ En este punto, no es lo mismo calumniar en la *web* de *www.elpais.es* que en una página de corte radical, por ejemplo. O difundir un rumor en una *web* de acceso general que en una *web* personal o en *www.rumores.com*.

⁹⁹ En este punto, entre los casos vistos, el contexto puede ser relevante cuando se trata de información panfletaria sindical en una *web* de la sección sindical en la empresa (caso *El Corte Inglés- CCOO*).

¹⁰⁰ Caso *Idiada*, empresa sector automóvil, con insultos o críticas en los tres dominios genéricos con su nombre, *idiada.com*, *.net.*, *.org*. Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre, caso de la empresa “*Idiada*”, del sector del automóvil.

usuario de internet que busca tales contenidos críticos (por ejemplo, *putasgae* /*antisgae*).

Es posible que en el supuesto *Asociación de Internautas-SGAE*¹⁰¹ estos factores debían haber tenido no poca incidencia para el juicio de fondo sobre si la expresión “*putasgae*” y la muy severa crítica contra sus acciones y representantes pudieran considerarse dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión¹⁰².

¹⁰¹ La Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero, caso *Asociación de Internautas putasgae*.

¹⁰² En este punto, en el ámbito de la comunidad internauta la cuestión del canon a los soportes digitales es de la máxima relevancia, como objetivamente lo muestran más de medio millón de visitas a la web. A diferencia de casos en los que un internauta teclea el nombre del dominio de una empresa y se encuentra con críticas o injurias a la misma (caso *Idiada*), aquí el internauta tendría más que claro que el canal elegido para informarse era contrario a la organización censurada (*putasgae/antisgae*). Asimismo, al igual que los tribunales son muy condescendientes con el conflictivo lenguaje de lucha obrera, no debería obviarse la idiosincrasia propia de la comunidad internauta, “libertaria” y anarquista en sus orígenes.