

# **LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS**

**Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España**

Celebrado en Barcelona, España los días 21 y 22 de febrero de 2013

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO**

*Catedrática de Derecho Mercantil de la  
Universidad CEU San Pablo*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política  
de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

**HÉCTOR OLÁSULO**

*Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal  
de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**JOSÉ IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

<http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales>

# LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

Actas del XI Congreso de la Asociación  
de Constitucionalistas de España

Celebrado en Barcelona, España,  
los días 21 y 22 de febrero de 2013

*Directores*

**RAFAEL BUSTOS GISBERT**  
**MARTA FERNÁNDEZ DE FRUTOS**  
**ENRIC FOSSAS ESPADALER**  
**COORDINADORES:**  
**JAVIER DE MIGUEL**  
**MIGUEL PÉREZ MONEO**  
**JOAN SOLANES**

**tirant lo blanch**

Valencia, 2014

Copyright ® 2014

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

© Rafael Bustos Gisbert y otros

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: V-  
ISBN: 978-84-  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# Índice

PRÓLOGO .....	
RAFAEL BUSTOS	

## Capítulo I PONENCIAS GENERALES

<b>1.1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: VALORACIÓN GENERAL</b>	
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS <i>Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo</i>	
1. Nacimiento de la jurisdicción constitucional concentrada.....	25
2. La tensión entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional .....	30
3. Intentos de regulación legislativa del amparo judicial .....	32
4. Otras soluciones formales fracasadas.....	34
4.1. Legalidad ordinaria y constitucional .....	34
4.2. Hechos y derecho.....	35
4.3. Amparo y contraamparo.....	38
4.4. El derecho a la tutela como panacea.....	39
5. El diálogo constructivista.....	42
6. La situación actual .....	48
<b>1.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: UNA VISIÓN DESDE LA INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>51</b>
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ <i>Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo Universitat Pompeu Fabra, Barcelona</i>	
<b>1.3. LA ARTICULACIÓN DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS</b>	
PABLO PÉREZ TREMPES <i>Universidad Carlos III</i>	
1. El punto de partida: La protección de los derechos fundamentales, tarea de todos y por todos los medios (art. 53 CE) .....	68
2. La articulación institucional: los arts. 123 CE, 1 LOTC y 5 y 7 LOPJ .....	69
2.1. El TC garante (no único) de la Constitución .....	69
2.2. El TC intérprete “supremo” (y ahora más...) .....	70
3. La articulación normativa.....	71
4. La articulación procesal.....	72

4.1. La exclusividad asistida (art. 163 CE) .....	72
4.2. La subsidiariedad .....	74
5. El resultado (por ahora...): Encuentros y desencuentros.....	77
5.1. Los encuentros .....	77
5.1.1. El efecto “sintonía” .....	78
5.1.2. El “efecto antena” .....	78
5.1.3. El “efecto faro” .....	79
5.2. Desencuentros.....	80
5.2.1. El “síndrome de la nueva instancia” .....	80
5.2.2. Los “recelos” institucionales .....	83
5.2.3. Las manifestaciones de los desencuentros.....	84
6. Conclusión: El sistema que funciona razonablemente bien .....	86

## *Capítulo II*

### **MESA 1**

## **LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL**

<b>2.1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>89</b>
<i>EDUARDO ESPÍN TEMPLADO</i>	

### **2.2. LA INDEFENSIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL**

*LUIS RODRÍGUEZ VEGA*

*Magistrado*

1. Introducción.....	91
2. La indefensión imputable al Legislador .....	92
3. El derecho de defensa durante el proceso civil y la posición del Juez como garante: los flancos más vulnerables.....	96
4. La solicitud de asistencia jurídica gratuita .....	96
5. Derecho a alegar .....	98
6. El emplazamiento (la rebeldía) .....	100
7. El derecho a la prueba.....	101
8. La indebida admisión de alegaciones y pruebas como una forma de vulnerar el derecho de defensa.....	103

### **2.3. LA NULIDAD DE ACTUACIONES**

*PILAR LEDESMA*

*Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona*

1. Introducción.....	105
2. Rasgos configuradores del nuevo sistema de amparo judicial .....	107
2.1. Es un “sistema de amparo judicial” .....	107
2.2. Es un sistema regido por el principio de subsidiariedad.....	108

2.3. Es un sistema regido por los principios de preferencia, sumariedad y preclusión .....	110
2.4. El amparo judicial es, en general, de carácter incidental .....	111
3. Los diferentes cauces legales para obtener la nulidad de actuaciones. Problemas derivados de su aplicación práctica en el proceso civil .....	111
3.1. La declaración de la nulidad de actuaciones .....	112
3.2. Los recursos de apelación ante las audiencias provinciales y extraordinario de infracción procesal ante el Tribunal Supremo .....	113
3.3. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones.....	118
<b>2.4. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN: LA LEY ORGÁNICA 1/1982 TREINTA AÑOS DESPUÉS</b>	
TOMÁS VIDAL MARÍN	
<i>Prof. Titular de D. Constitucional (UCLM)</i>	
1. Introducción.....	123
2. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen .....	126
3. Breve exégesis del contenido de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen .....	133
4. Treinta años de vigencia de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: principales cambios.....	143
4.1. Modificación del apartado 2 del artículo 1 por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal .....	144
4.2. Modificación del apartado 7 del artículo 7 por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal .....	147
4.3. Adición del apartado 8 del artículo 7 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	149
4.4. Modificación del artículo 9 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	152
5. Interpretación jurisprudencial de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....	158
<b>2.5. LIBERTADES INFORMATIVAS Y RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET</b>	
LORENZO COTINO HUESO	
<i>Profesor titular de Derecho Constitucional acreditado a Catedrático Universidad de Valencia</i>	
1. El problema .....	171
1.1. Introducción al problema y su importancia.....	171

1.2. Las dificultades materiales y jurídicas para la atribución y persecución de la responsabilidad .....	174
2. Libertades informativas y responsabilidad por contenidos en EEUU y en Europa .....	180
2.1. El sistema norteamericano de responsabilidad y su fundamentación en la libertad de expresión.....	180
2.2. Algunas premisas de las que partir en la jurisprudencia europea ...	187
2.3. El sistema general de responsabilidad en la UE y en España.....	193
3. La aplicabilidad previa del régimen de exclusión de la Ley 34/2002 respecto de la Constitución y de otros regímenes como la Ley de prensa...	195
3.1. Las vías constitucionales de exención como el reportaje neutral o las cartas al director se aplican además del régimen legal específico de exclusión de la Ley 34/2002 .....	195
3.2. El régimen de exclusión de responsabilidad específico para internet se aplica previamente a otros regímenes de responsabilidad .....	201
4. La actual interpretación del sistema de responsabilidad implica la restricción de las libertades informativas .....	207
4.1. Una normativa que no se pensó para la generalización de la web 2.0.....	207
4.2. El principal problema. El “conocimiento efectivo” que ha degenerado en el control de contenidos y en deberes de diligencia sin sustento legal.....	209
5. La reforma de la Directiva 2000/31/CE y propuestas de futuro .....	217
5.1. La eternamente esperada reforma de la Directiva.....	217
5.2. Una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, sin excluir regulaciones específicas.....	220
5.3. Una regulación legal actualizada al presente de internet y en la que “el tamaño importa” .....	223

### Capítulo III

#### MESA 2

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Y JURISDICCIÓN PENAL

<b>3.1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>231</b>
MARC CARRILLO <i>Universitat Pompeu Fabra</i>	
<b>3.2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO</b>	
MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ <i>Profa. Contratada Doctora Universidad de Castilla-La Mancha</i>	
1. Aproximación a la realidad social: factores que incrementan la violencia de género.....	235
2. La desigualdad como génesis de la violencia de género. Revisión internacional desde los derechos humanos .....	240

3. Más allá de la violencia doméstica: aterrizando en los delitos de violencia de género.....	246
4. Derechos fundamentales y ley integral contra la violencia de género: ¿una respuesta acertada? .....	259
5. Bibliografía .....	272

### 3.3. DISCURSO DEL ODIOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ANTONI ROTGER CIFRE

*Magistrado, Profesor de la Escuela Judicial. Área Penal*

1. Introducción.....	277
2. Discurso del odio: concepto.....	278
3. La normativa penal “antidiscriminatoria” .....	285
3.1. Evolución legislativa.....	287
3.2. La represión penal del discurso del odio en el código vigente y en el anteproyecto de reforma .....	294
3.2.1. El art. 510 del Código Penal .....	294
3.2.2. El art. 607-2 del Código Penal .....	301
4. Conclusiones .....	302

### 3.4. EL CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

*Universidad de Granada*

1. Introducción.....	305
2. El control de la reserva absoluta de ley .....	307
2.1. La reserva de ley orgánica .....	307
2.2. La irretroactividad de las leyes penales.....	310
2.2.1. La retroactividad in bonus .....	310
2.2.2. Los problemas de la sucesión de normas.....	312
3. El control de la garantía material de la ley penal .....	317
3.1. El mandato de tipicidad .....	317
3.2. Las normas penales en blanco .....	323
4. El control de los controladores.....	326
4.1. El papel limitado del Tribunal Constitucional en el control de las sentencias judiciales.....	326
4.2. El examen de razonabilidad.....	327
4.3. La prohibición de la analogía in malam partem.....	329
5. La gran polémica: la irretroactividad de la jurisprudencia penal.....	332
6. A modo de recapitulación .....	337

### 3.5. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL ESPACIO PÚBLICO: LA VIDEOVIGILANCIA

PABLO LLARENA CONDE  
*Magistrado*

1. Introducción.....	339
2. Los problemas de dimensión ética .....	340
2.1. La privacidad o el anonimato en espacios públicos.....	341
2.2. ¿Puede limitarse el derecho a la privacidad de lo que se haga en el espacio público, a favor de la prevención del delito? .....	344
2.3. La vigilancia en espacios privados de gran concurrencia.....	346
3. La regulación legal en España .....	347
4. La videovigilancia policial.....	350
4.1. Ley de Videovigilancia Policial.....	350
4.2. Ley de Protección de datos.....	353
5. La utilización de datos obtenidos .....	353

#### *Capítulo IV*

#### **MESA 3**

#### **LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL**

4.1. INTRODUCCIÓN.....	361
ENOCH ALBERTÍ	

#### 4.2. LAS INTERVENCIONES CORPORALES

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

1. Introducción.....	365
2. Nihil novum sub sole.salvo la técnica .....	372
3. Diligencias de investigación con actos de intervención corporal en sentido amplio vs. Derechos fundamentales .....	378
3.1. Concepto de intervenciones corporales.....	380
3.2. El derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad .....	385
4. Gradación de las intervenciones .....	389
5. Requisitos y exigencias de las intervenciones.....	391
5.1. Causa legítima y previsión legal .....	391
5.2. Jurisdiccionalidad, motivación y proporcionalidad.....	396
5.3. El borrador de Código Procesal Penal de 2013 .....	400
5.4. La Proposición de Ley Orgánica sobre regulación de los actos de de investigación cuando se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal .....	403

6. Cotejo de las muestras y bases de datos de ADN.....	407
7. Consideraciones finales .....	412

#### 4.3. GARANTÍAS PROCESALES Y PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL CURSO DEL PROCESO

SILVIA ARMERO VILLALBA  
*Profesora de la Escuela Judicial Fiscal*

1. Introducción.....	415
2. La protección a la víctima en la ley de enjuiciamiento criminal .....	418
2.1. Restricciones a la publicidad en el acto de juicio oral. Celebración a puerta cerrada .....	419
2.2. Principio de inmediación y prueba preconstituida en sentido impropio .....	423
3. Principio de contradicción y análisis de la ley orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de protección de peritos y testigos en causas criminales...	425
3.1. Ámbito de aplicación objetivo.....	426
3.2. Ámbito de aplicación subjetivo .....	428
3.3. Criterios para la adopción de las medidas tuitivas.....	431
3.4. El testimonio oculto.....	431
3.5. El testimonio anónimo .....	435
4. A modo de conclusión .....	442
5. Bibliografía .....	444

#### 4.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

ANA M<sup>a</sup> OVEJERO PUENTE  
*Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid*

1. Introducción.....	449
2. La definición del juicio paralelo y la afectación de la presunción de inocencia por parte de los medios de comunicación .....	450
3. Los problemas del proceso penal abierto al público en relación con el principio de publicidad. Las garantías de la investigación penal y el Secreto del Sumario.....	461
4. Instrumentos de defensa de la presunción de inocencia y del proceso en otros sistemas jurídicos .....	475

*Capítulo V***MESA 4****DERECHOS FUNDAMENTALES Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

<b>5.1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>485</b>
PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA	
<i>Magistrado del Tribunal Supremo Catedrático de Derecho Constitucional</i>	
<b>5.2. LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL CÍVICO-DEMOCRÁTICA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA CE DE 1978</b>	
LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
<i>Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional;</i>	
<i>Universidad de Oviedo</i>	
1. Introducción. La jurisprudencia española ante los nuevos retos educativos .....	497
2. El ideario educativo de la CE como necesario criterio delimitador del objeto y del contenido del derecho a la educación .....	499
2.1. La insuficiencia de los principios de interpretación constitucional. La necesidad de definir el ideario educativo de la Constitución.....	499
2.2. La vinculación positiva al ideario educativo de la CE. ¿Una función jurídico-pública educativa? .....	502
2.3. El derecho a la educación entre la dogmática democrático-funcional y la institucionalización de la libertad .....	506
3. La caracterización democrático-procedimental del ideario educativo....	510
3.1. El pleno desarrollo de la personalidad del individuo y la función democrático-procedimental del ideario educativo .....	510
3.2. Los principios de neutralidad y pluralismo como exigencias del carácter democrático-procedimental del ideario educativo.....	512
3.3. La aplicación jurisprudencial de los principios de neutralidad y pluralismo a la educación.....	516
4. La caracterización democrático-militante del ideario educativo .....	519
4.1. La creación de ciudadanos demócratas y la función militante del ideario educativo.....	519
4.2. El ideario educativo democrático-militante en la jurisprudencia....	523
5. La labor del Estado en garantía del ideario educativo democrático .....	526
5.1. El homeschooling y la educación democrática.....	526

### 5.3. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVA

DIMITRY BERBEROFF AYUDA

*Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña*

1. Algunas notas para su contextualización.....	535
2. Antecedentes y naturaleza del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.....	538
3. Naturaleza.....	541
3.1. Especialidad.....	541
3.2. Preferencia.....	542
3.3. Sumariedad.....	542
4. Ámbito del procedimiento especial protección de los derechos fundamentales de la persona.....	544
5. El proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, como una de las vías judiciales previas al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.....	546
6. Posibilidad de ejercicio conjunto del recurso contencioso ordinario y del especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona: duplicidad de vías.....	549
7. La permeabilidad entre legalidad ordinaria y derecho fundamental.....	554
8. Alcance del control judicial de las autorizaciones judiciales previstas en el art. 122 bis de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.....	559

### 5.4. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

IGNACIO TORRES MURO

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid*

*Del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional*

1. Algunas reflexiones previas.....	567
2. Jueces penales y derecho de reunión.....	569
3. El procedimiento especial de protección del derecho de reunión y manifestación.....	571
4. Conclusiones.....	582
5. Bibliografía citada.....	584

### 5.5. LIBERTAD RELIGIOSA Y ESPACIOS PÚBLICOS

JUAN F. BONÉ PINA

*Fiscal Jefe Provincial de Lleida*

1. Problemas jurídicos derivados de los signos religiosos.....	588
1.1. El principio de respeto a los derechos de las minorías.....	589
1.2. El principio democrático de respeto a la decisión de la mayoría.....	592

1.3. El principio democrático reforzado por un criterio historicista y cultural.....	592
2. En particular, la limitación al uso del velo integral como signo religioso .....	595
3. La prohibición del velo por el ayuntamiento de Lleida como ejemplo ..	604
3.1. Posición de la Fiscalía Superior de Cataluña .....	606
3.2. Sentencia núm. 489, de 7 de junio de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.....	606
3.3. Recurso de casación y cambio de postura de la Fiscalía del TS.....	609
3.4. La STS de 14 de febrero de 2013 .....	610
3.5. Incidente de nulidad .....	613
4. Anexo: Sentencias del Tribunal Constitucional sobre libertad religiosa.	614

*Capítulo VI*

**MESA 5**

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL**

**6.1. INTRODUCCIÓN .....** 617

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona*

**6.2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN LAS RELACIONES LABORALES**

LUIS JAVIER MIERES MIERES

*Letrado del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña*

*Profesor asociado de la Escuela Judicial*

1. Introducción.....	625
2. Balance de la jurisprudencia sobre la proyección laboral del artículo 18.1 CE: el derecho a una justificación conforme al principio de proporcionalidad .....	628
3. La incidencia del derecho a la intimidad personal en el desarrollo de la prestación laboral.....	635
3.1. Intimidad en sentido fuerte y en sentido débil: intimidad socialmente reconocida e intimidad subjetivamente reservada.....	635
3.2. La proyección laboral de la intimidad en sentido fuerte .....	637
3.3. El test de la expectativa razonable de privacidad y los poderes empresariales de control y vigilancia; en particular, el control del uso del ordenador de empresa .....	640
4. El derecho a la autonomía personal en el desarrollo de la vida privada como límite de la relación laboral: técnicas de protección a través del recurso de amparo .....	648
4.1. La doctrina de la motivación reforzada.....	650
4.2. El derecho a no ser discriminado .....	651
4.3. Superposición de derechos fundamentales .....	653

### 6.3. LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA REFORMA LABORAL

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional; Universidad de Málaga*

1. Introducción.....	655
2. Reforma laboral y derecho al trabajo .....	657
2.1. Consideraciones iniciales.....	657
2.2. La constitucionalidad del periodo de prueba de un año en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores..	659
2.3. Despidos en la Administración Pública: la inaplicabilidad a administraciones públicas y entes asimilados de las normas sobre suspensión de contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas .....	663
2.4. La supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente para los trabajadores no readmitidos .....	666
3. Problemas sobre el derecho a la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 .....	671
3.1. Consideraciones iniciales.....	671
3.2. El establecimiento de un arbitraje obligatorio en el procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET .....	673
3.3. La prioridad absoluta del convenio de empresa.....	677
3.4. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y negociación colectiva .....	683
4. Un problema común a los derechos al trabajo y a la negociación colectiva: los supuestos de definición genérica de sus límites.....	684

### 6.4. EL DERECHO DE HUELGA

SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

*Magistrado Sala Social TSJ de Cataluña*

1. Introducción.....	689
2. El ejercicio del derecho de huelga y el poder de dirección del empresario .....	692
3. Limitaciones que impone la huelga sobre el poder de dirección del empresario .....	693
3.1. El derecho de huelga.....	693
3.2. Limitación del poder de dirección .....	695
4. Manifestaciones concretas de las limitaciones al poder de dirección .....	696
4.1. Movilidad funcional y geográfica .....	696
4.2. En la ordenación de los servicios mínimos y de mantenimiento.....	699
4.2.1. En el ámbito de los servicios mínimos .....	700
4.2.2. Servicios de mantenimiento y seguridad .....	703
4.3. En el poder disciplinario .....	706
4.4. El cierre de empresa .....	707
4.5. En los actos de comunicación con los trabajadores.....	709

5. Las nuevas tecnologías y formas de organización de la actividad empresarial. Su incidencia en el derecho de huelga.....	710
5.1. Nuevas tecnologías.....	710
5.2. Descentralización productiva .....	717

## 6.5. LOS DERECHOS LABORALES

JORDI AGUSTÍ JULIÀ

*Magistrado Sala IV Tribunal Supremo*

1. Introducción.....	727
2. La constitucionalización del derecho laboral .....	728
3. Los poderes empresariales y los derechos inespecíficos en la doctrina constitucional .....	729
3.1. La eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral (relación inter privados). La teoría del dritwirkung.....	729
3.2. Los límites recíprocos en el ejercicio de los derechos fundamentales y los poderes del empresario. La doctrina del tribunal constitucional.....	731
4. La doctrina del tc: salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador dentro la relación laboral .....	732
4.1. Libertad ideológica, de libertad y de culto (art. 16 CE).....	734
4.1.1. Doctrina general .....	734
4.1.2. Casos resueltos por el TC.....	735
4.2. Libertad de expresión (20.1.a CE) .....	737
4.2.1. Doctrina general.....	737
4.2.2. Casos resueltos por el TC.....	738
4.3. Libertad de información [art. 20.1.d) CE].....	742
4.3.1. Doctrina general.....	742
4.3.2. Casos resueltos por el TC.....	743
4.4. La cláusula de conciencia en los profesionales de la información [art. 20.1.d) CE] .....	746
4.4.1. Doctrina general.....	746
4.5. Derecho a la educación (art. 27.1 CE) .....	747
4.5.1. Doctrina general.....	747
5. La “garantía de indemnidad” .....	749
6. El derecho a la salud laboral .....	753

## 2.5. Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet

**LORENZO COTINO HUESO\***

*Profesor titular de Derecho Constitucional acreditado a Catedrático  
Universidad de Valencia*

**SUMARIO:** 1. El problema. 1.1. Introducción al problema y su importancia. 1.2. Las dificultades materiales y jurídicas para la atribución y persecución de la responsabilidad. 2. Libertades informativas y responsabilidad por contenidos en EEUU y en Europa. 2.1. El sistema norteamericano de responsabilidad y su fundamentación en la libertad de expresión. 2.2. Algunas premisas de las que partir en la jurisprudencia europea. 2.3. El sistema general de responsabilidad en la UE y en España. 3. La aplicabilidad previa del régimen de exclusión de la Ley 34/2002 respecto de la Constitución y de otros regímenes como la Ley de prensa. 3.1. Las vías constitucionales de exención como el reportaje neutral o las cartas al director se aplican además del régimen legal específico de exclusión de la Ley 34/2002. 3.2. El régimen de exclusión de responsabilidad específico para internet se aplica previamente a otros regímenes de responsabilidad. 4. La actual interpretación del sistema de responsabilidad implica la restricción de las libertades informativas. 4.1. Una normativa que no se pensó para la generalización de la web 2.0. 4.2. El principal problema. El “conocimiento efectivo” que ha degenerado en el control de contenidos y en deberes de diligencia sin sustento legal. 5. La reforma de la Directiva 2000/31/CE y propuestas de futuro. 5.1. La eternamente esperada reforma de la Directiva. 5.2. Una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, sin excluir regulaciones específicas. 5.3. Una regulación legal actualizada al presente de internet y en la que “el tamaño importa”.

### RESUMEN

El estudio se centra en la responsabilidad que adquieren los variados prestadores de servicios en internet que facilitan e intermedian el acceso a contenidos ilícitos que han sido integrados por terceros usuarios de tales servicios. Se trata de algo muy habitual en internet y, en especial, en la web 2.0. Es

---

\* [www.cotino.es](http://www.cotino.es) (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, [www.derechotics.com](http://www.derechotics.com). El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto MINECO “Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos” (DER2012-37844) y previamente del Proyecto MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI), de los que el autor es investigador principal.

un problema que afecta tanto a las grandes corporaciones cuanto a los individuos internautas y es esencial para las libertades informativas en internet. Las dificultades materiales y jurídicas casi insuperables de atribución y persecución de la responsabilidad por contenidos en internet obligan a centrar la atención en la posibilidad de perseguir jurídicamente al prestador o intermediario. El estudio apuesta por soluciones inspiradas por las libertades informativas, como en buena medida sucede en EEUU. Se analiza la exclusión de responsabilidad (el general del artículo 230 CDA y el particular de la DMCA) que se confiere a los prestadores o intermediarios. Se blindo a los prestadores e intermediarios para evitar la “censura colateral” (“collateral censorship”) y efecto amenazante (“chilling effect”) para la libertad de expresión. Se examinan también algunas premisas de las que partir en la jurisprudencia europea.

A partir de lo anterior, se detalla el sistema general de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002 en España, por el que, en principio, el prestador o intermediario no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite, sino de impedir su acceso cuando tenga “conocimiento efectivo” de la ilicitud. Se sostiene que el análisis constitucional de si prevalecen las libertades informativas es posterior al de si procede la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002. Como consecuencia, también es posterior el examen de si concurre la exención constitucional por contenidos ilícitos por reportaje neutral o por cartas al director. En la misma línea, también la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 precede a la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad, como podría ser el régimen de la Ley de prensa a internet del que derivaría en una responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* de los prestadores o intermediarios. El autor también sostiene que la exclusión de responsabilidad de la Directiva y la Ley 34/2002 ha degenerado a partir de la interpretación que se ha dado del concepto “conocimiento efectivo”. Se afirma que la jurisprudencia del TS desde 2009, así como en otros países europeos, ha servido para quebrar el principio de la Directiva en la línea de imponer deberes de diligencia sin sustento legal y responsabilizar a los intermediarios, alojadores o redifusores de contenidos ajenos e imponerles el control de contenidos. Para el autor, se trata de un resultado diametralmente opuesto al del EEUU y lesivo de la libertad de expresión. Con miras al futuro, se expone la eternamente esperada reforma de la Directiva 2000/31/CE y se formulan diversas propuestas para el futuro. Esencialmente, se propone una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet que cumpla los estándares que impone el TEDH y que actualice la normativa tan obsoleta a la realidad actual de internet y sus usos, de la web 2.0 y 3.0. El autor apuesta por una regulación europea, si bien anima al legislador nacional a que, ante la parálisis europea, asuma su actual competencia. De igual modo, se afirma que la sectorialización y especialización en la regulación de la responsabilidad en internet a través de la ley, puede ser positiva para imponer deberes y exigencias particulares a la vista de la experiencia. Asimismo, se insiste en la conveniencia

de regular específicamente a los grandes prestadores e intermediarios en internet. Se sostiene que cabe reconocer a los mismos la intensa protección de la garantía institucional que les dota de una posición preferente, pero al precio de la atribución de un régimen especial de obligaciones y responsabilidades, siempre que tenga base legal y sean proporcionales.

### **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad por contenidos ilícitos en la red, libertad de expresión e información en internet, prestadores de servicios, censura.

## **1. EL PROBLEMA**

### ***1.1. Introducción al problema y su importancia***

Ahora, en cierto modo, cada ciudadano se ha convertido en medio de comunicación<sup>1</sup>. Internet prometió información y discurso barato (“cheap speech”)<sup>2</sup>. Así ha sido en todos los sentidos: creación ingente de información por buena parte de la población y, también, masivos contenidos ilícitos y lesivos de bienes y derechos. La atribución de la responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos en la red<sup>3</sup> es una cuestión clave no sólo para

---

<sup>1</sup> ORIHUELA COLLIVA, José Luis, “Web 2.0: cuando los usuarios se convirtieron en medios y los medios no supieron en qué convertirse”, en *La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo*, 2007, pp. 77-88. Texto completo en Dialnet.

<sup>2</sup> VOLOKH Eugene, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L. J. 1805 (1995), cito por WU, Félix T. “Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity”, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 87, No. 1, p. 293, 2011, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 354 (acceso en SSRN).

<sup>3</sup> Sobre responsabilidad en la red, destacan los trabajos por los mejores autores en nuestro país coordinados por CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005. También excelente, coordinado por el mismo autor y editorial, *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*, Comares, Granada, 2007. Asimismo, centrado en EEUU, PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007. La atención a la cuestión en nuestro país se concentra en el Derecho privado, esencialmente en los diversos trabajos de Peguera y De Miguel Asensio así como en los manuales de referencia de ambos. Son muy destacables los blogs de ambos autores, siendo monográfico sobre el tema [responsabilidadinternet.wordpress.com](http://responsabilidadinternet.wordpress.com). Al momento de cerrar estas páginas, LÓPEZ RICHART, Julián, “Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, en *Derecho privado y Constitución*, N° 26, 2012, pp. 143-201.

el tratamiento jurídico de internet, también para la realidad del ejercicio de las libertades y de las garantías de los derechos de la personalidad, así como para el desarrollo mismo de la red. En nuestro país no son muchos los estudios sobre las libertades informativas en internet<sup>4</sup> en muy buena medida en obras que he coordinado<sup>5</sup>. La cuestión —lamentablemente—

---

Como se hace referencia en su momento, desde la Comisión Europea se han impulsado los más completos estudios europeos. La atención desde el Derecho público se concentra en los trabajos de Valero, referidos en la cita 115 de este estudio.

<sup>4</sup> Fueron referencia inicial los trabajos de Fernández Esteban citados en la nota nº 38. Destacan, no obstante, los continuos estudios de Corredoira, Boix y García Morales: 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. BOIX PALOP, Andrés, “Pluralismo y libertad de expresión en la Red”, publicado en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 65, mayo-agosto 2002, pp. 133-180, accesible en <http://www.uv.es/aboixp>, así como 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), pp. 73-108 y en “Soporte digital, autoría e industria cultural”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 131, Madrid, enero-marzo (2006), pp. 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. GARCÍA MORALES, María Jesús, “Libertad de expresión y control de contenidos en Internet” en CASANOVAS, Pompeu *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003; “Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, cit. infra. y recientemente, “La prohibición de la censura en la era digital” en *Teoría y realidad constitucional*, nº 31, 2013, pp. 237-276.

Destacable también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidación y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004 y VILLAVARDE MENÉNDEZ, Enrique, “Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales”, *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.

<sup>5</sup> Por mi parte, cabe remitir a más de una decena de estudios sobre libertades en internet (acceso completo en [www.cotino.es](http://www.cotino.es)). Asimismo unos ochenta estudios se incluyen en obras que he coordinado desde 2005 a 2013: COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005; *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio,*

no atrae mucho la atención en contraste con EEUU<sup>6</sup>. La cuestión clave de la responsabilidad no suele observarse desde la perspectiva de las libertades de expresión e información, que es lo que en este estudio se pretende<sup>7</sup>. El problema cabe centrarlo en la responsabilidad que adquieren los variados prestadores de servicios en internet que facilitan e intermedian el acceso a tales contenidos ilícitos (textos, audios, vídeos, fotos, programas, etc.) que han sido integrados por terceros usuarios de los servicios que ofrecen tales prestadores. Y es un problema que afecta tanto a las grandes corporaciones cuanto a los individuos internautas. De un lado, de esta cuestión se hace depender el modelo de negocio y viabilidad de los PSSI más empleados en la red (Google, Youtube, Facebook, Twitter, Wordpress, Blogger, Amazon, eBay, Flickr, Wikipedia, etc.). Pero, del otro lado, la cuestión condiciona también el desarrollo de la web 2.0 misma por los cientos de millones de usuarios que participan e interactúan y crean y también alojan tales contenidos. Y es que, además de los grandes prestadores de servicios, hoy día la

---

amenazas y garantías, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, acceso completo en internet; con CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto (eds.) Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

<sup>6</sup> Además de los trabajos sobre responsabilidad que se citan particularmente, y los relativos al remix y la cultura libre de Balkin o Lessig que también luego se mencionan, son estudios de referencia 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.nieman.harvard.edu/reports/03-3NRfall/95-96V57N3.pdf> Entre otros, es muy recomendable [s.a] "Weblogs in Journalism: Blogging and the Law", mayo de 2004, en <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005).

Cabe también, en general, remitir a los estudios de Eugene Volokh o Tim Wu, algunos incluidos en este estudio.

<sup>7</sup> Una primera aproximación en este sentido la efectué en "The problem of liability for illegal content in the web 2.0 and some proposals", pp. 73-85, en ROIG, Antoni (ed.), Law and web 2.0, IDT Series, Proceedings of the First Workshop on Law and Web 2.0, IDT, Institute of Law and Technology (UAB), Huygens Editorial, Barcelona 2009. Acceso completo [http://www.huygens.es/ebooks/IDTSeries3\\_WEB2.0.pdf](http://www.huygens.es/ebooks/IDTSeries3_WEB2.0.pdf)

red se “teje” por no menos de un tercio de los internautas, “heavy users”<sup>8</sup>, que participan generando, difundiendo y redifundiendo, contenidos<sup>9</sup>. 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 contenidos<sup>10</sup>, en deliberación continua. “Sólo” hablamos de unos dieciocho millones de generadores de contenidos en España<sup>11</sup>.

### ***1.2. Las dificultades materiales y jurídicas para la atribución y persecución de la responsabilidad***

En internet se generan problemas casi insuperables de atribución y persecución de la responsabilidad civil, administrativa o penal, según se trate por contenidos en internet. Las dificultades materiales y jurídicas son muchas. Cabe centrar ahora la atención en las que considero más importantes.

Los problemas para perseguir contenidos ilícitos para el Derecho nacional, por estar ubicados fuera del ámbito territorial bien los autores del contenido, prácticamente irrastreables, bien los prestadores de servicios donde se alojan tales contenidos (ej.: Google). Las dificultades se multipli-

---

<sup>8</sup> Sobre el tema del particular perfil de los usuarios de las nuevas tecnologías y los heavy users 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> Los cuatro perfiles de usuarios son caracterizados en torno a nueve variables por Ferrán-Ferrer, Núria y Pérez-Montoro, Mario, “Gestión de la información personal en usuarios avanzados en TIC”, en EPI, El profesional de la información, julio-agosto 2009, vol. 18, núm. 4, pp. 365-373. Disponible en la red.

<sup>9</sup> Al respecto, ya desde 2008 29% de los internautas ya eran “heavy users”, ver Fundación Telefónica, La Sociedad de la Información en España. Informe 2008, Ariel, Barcelona, 2008, en especial, capítulo 4. Un, p. 159. [http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion\\_sie/ParteA/pdf/Cap.04.pdf](http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion_sie/ParteA/pdf/Cap.04.pdf).

Según los más recientes, en España (diciembre 2012), los conectados a internet son 31,6 millones, un 67.2% de la población. Y como indicador de usuarios relativamente avanzados, más de la mitad, 17,9 millones, son usuarios de *Facebook*. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

<sup>10</sup> BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio...* cit. p. 11 (p. 9 versión inglesa).

<sup>11</sup> Ver dos notas supra.

can: trabas para hacer efectiva la labor de control, de persecución, de borrado o bloqueo al acceso al contenido conflictivo, las barreras jurídicas o en la práctica a la colaboración internacional administrativa policial y judicial<sup>12</sup>. También resulta complejo o no determinado la fijación del Derecho aplicable y el sometimiento de los grandes —y pequeños— prestadores de servicios. En 2013, por ejemplo, no está nada claro si alojadores o difusores masivos de contenidos como Google, Youtube, Facebook, Twitter, Dropbox, etc. quedan sometidos al Derecho europeo y español<sup>13</sup>. Al momento de cerrar este estudio todo parece indicar que es posible someter a la normativa de protección de datos a prestadores o intermediarios foráneos, al igual que a otros ámbitos normativos como el de la responsabilidad en internet<sup>14</sup>. Pero es del todo recomendable que sea la normativa europea la que fije estas cuestiones. Se trata de la incertidumbre respecto de miles de millones de páginas web. Tampoco está determinada la fijación del foro correspondiente, por ejemplo, en el ámbito de la lesión civil de los derechos de la personalidad, que es uno de los focos de conflicto por cuanto a los contenidos en la red<sup>15</sup>. De hecho, ante el diferente Derecho aplicable y, so-

---

<sup>12</sup> Más allá del ámbito europeo, los avances a nivel internacional son bastante discretos. Destaca Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, del ámbito del Consejo de Europa, sólo ratificada por España el 20 de mayo de 2010 (BOE 17 de septiembre).

<sup>13</sup> La cuestión es clave en combinación de la Ley 34/2002, ya en razón de la aplicación de la Ley 15/1999, LOPD. Esta cuestión va a ser resuelta en 2013 por el TJUE en razón del auto de 27 de febrero mediante el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional acuerda plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial de interpretación relativa a ciertas normas de la Directiva 95/46/CE (de protección de datos), <http://goo.gl/4CMhE>. La Propuesta de Reglamento general de protección de datos presentada por la Comisión 25 de enero de 2012, de previsible aprobación en 2013 implica someter a la legislación europea a los servicios prestados en territorio europeo. El criterio de la AGPD es que sí deben someterse al Derecho español y europeo.

<sup>14</sup> Al respecto, Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen de 25 de junio de 2013 en el Asunto C 131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González (Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional). Se indica respecto del buscador de Google que procede la aplicación del Derecho europeo de protección de datos si los prestadores establecen en un Estado miembro oficinas con fines comerciales o publicitarios orientados a los ciudadanos de ese Estado.

<sup>15</sup> El TJUE sostiene que en caso de lesión de los derechos de la personalidad por contenidos en internet, el afectado puede acudir al lugar del establecimiento del emisor o al Estado donde está su centro de intereses, así como en cualquier Estado donde haya sido accesible el contenido pero sólo por el daño ahí

bre todo, la diferente percepción de los conflictos de libertad de expresión y derechos de la personalidad en unos Estados y otros, se puede hablar de prácticas de *dumping* o de turismo de la difamación, prácticas por las que el afectado busca el foro más beneficioso por una más intensa concepción de los derechos de la personalidad o porque al acusado puede salirle más cara o dificultosa su defensa, quedando impelido a la negociación<sup>16</sup>. Como solución, incluso se especula con “modalidades alternativas de solución de conflictos (ADR)” para desjudicializar e internacionalizar las disputas con mecanismos voluntarios<sup>17</sup>.

Las barreras —jurídicas y técnicas— para conocer el autor, difusor o redifusor del contenido. Técnicamente, lo normal es que, quien consciente de su ilicitud, integra un contenido en un prestador o intermediario lo hace de forma anónima y, con suerte, es posible conocer el ordenador desde el que accede a través de la retención del número IP. No obstante, es muy fácil utilizar mecanismos para hacer irrastreable la IP real del autor, así como es sencillo acceder a través de equipos que nada tienen que ver, o cometer la conducta a través de ordenadores de acceso público. Jurídicamente, incluso conociendo el ordenador desde el que se ha cometido el ilícito, la definitiva atribución de responsabilidad a una persona concreta es bien difícil, sobre todo en el ámbito penal. De igual modo, las dificultades jurídicas para tratar de localizar al responsable por posible conflicto con derechos fundamentales (especialmente del artículo 18 CE)<sup>18</sup> son muy

---

causado. Así en interpretación del artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09, - eDate Advertising y otros.

<sup>16</sup> La cuestión debería ser fijada en breve, si bien la previsión normativa deja una reserva en la materia. Al respecto del “libel tourism” y los efectos para la libertad de expresión, cabe seguir los considerandos de la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento (CE) n° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Sobre el tema en EEUU, LITTLE, Laura E., “Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States”, en *European Yearbook of Private International Law*, Vol. 14, 2012, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2013-03.

<sup>17</sup> Al respecto, considerandos M, N y O de la mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012.

<sup>18</sup> Cabe recordar en general la nulidad de la prueba que vulnere derechos fundamentales (art. 24 CE, art. 11. 1° LOPJ).

grandes en el ámbito penal<sup>19</sup>, importantes en el ámbito administrativo<sup>20</sup> y casi infranqueables en el ámbito civil o laboral<sup>21</sup>. Y es más, el anonimato ha sido y es importante para el desarrollo de internet y para la libertad de

---

<sup>19</sup> Muy en general, puede señalarse que buena parte de las facultades de investigación en el ámbito tecnológico quedan, al menos en principio y en teoría, reservadas a los delitos graves. Sobre las posibilidades de investigación, por su claridad y actualidad, por todos hay que remitir a la reciente *Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*. En concreto ver pp. 132 y ss.

<sup>20</sup> Las facultades de investigación y de actividad probatoria en el ámbito administrativo puede variar mucho según el sector y régimen jurídico de que se trate, habiendo ámbitos donde la ley confiere a la administración claras potestades de investigación (por ejemplo, el artículo 40 de la LO 15/1999 de protección de datos). En otros casos las facultades están relativamente claras, como el caso de la Ley 34/2002, especialmente con el cambio operado por la Ley de Economía Sostenible (Ley “Sinde”) en el artículo 8. 2º que exige autorización judicial para la facilitación de datos a los PSSI (cabe también tener en cuenta los arts. 35 y 36 Ley 34/2002). No obstante, tanto en general como en razón de muchas regulaciones sectoriales, la incertidumbre es grande (en general art. 81 Ley 30/1992 o art. 12 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto de potestad sancionadora) y se aplica el régimen general de prueba de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 60. 2º Ley 29/1998, de 13 de julio). La conclusión, también en general, son las severas barreras a la investigación en el ámbito administrativo.

<sup>21</sup> En el ámbito civil (y por extensión laboral y en buena medida, administrativo), por cuanto a la posible vulneración de derechos fundamentales en la actividad probatoria (art. 287 LEC) será admisible la prueba legítima aportada por una de las partes por ser interviniente en la comunicación, por tratarse de documentos legítimamente en su poder o a los que ha accedido por ser de acceso generalizado en la red.

Las posibilidades de admitirse y practicarse pruebas que afecten a comunicaciones cerradas y a su contenido es mucho más dudosa. La sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de abril de 2012 en el asunto C-461/10, *Bonnier* permite —no obliga— a los estados a que para la persecución civil de ilícitos de propiedad intelectual puedan solicitarse datos a los operadores de telecomunicaciones. Sin embargo, la legislación procesal civil no parece permitir este tipo de actividad probatoria. La denominada Ley Lassalle implicará modificaciones procesales en esta línea.

La bibliografía es muy abundante, cabe remitir, entre otros muchos PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “La prueba ilícita en el proceso civil”, en *Revista de Jurisprudencia-El Derecho*, número 1, (2.6. 2011) <http://goo.gl/LsNif>. Sobre prueba informática, por todos, SANCHIS CRESPO, Carolina, “La prueba en soporte electrónico”, en GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coords.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Aranzadi, Cizur, 2012.

expresión misma. Por ello, a la hora de configurar la red y el régimen de prestación de servicios, así como para desvelar la identidad en supuestos concretos debe efectuarse una ponderación también desde esta libertad<sup>22</sup>.

Son también muchos los límites para atribuir la autoría y responsabilidad de los contenidos conflictivos en razón de la estructura misma de internet y, en especial, de los usos de la web 2.0. Lejos de esquemas clásicos, ahora se trata de contenidos “sociales” que son el resultado de acción, interacción y colaboración de muchos usuarios de internet, tanto en la gestión del contenido como en su difusión. Por ello, es bien complejo determinar de forma aislada una responsabilidad concreta. Más que valorar el contenido ilícito en sí, hay que valorar la acción relacionada con el mismo. Como es bastante habitual, el contenido conflictivo puede haberse conformado a partir de otros (ejemplo: con enlaces o *embeds* a textos, audios, fotos, vídeos de terceros, remezclando tales contenidos). Se trata de una conducta que es totalmente masiva e integrada en la cultura y usos de internet hace difícil atribuir responsabilidad a quien la acomete. Asimismo, cuando se considera que estas acciones lesionan la propiedad intelectual, especialmente desde EEUU, se sostiene que la libertad de expresión dota de cobertura a la remezcla de contenidos y tales prácticas<sup>23</sup>. En consecuencia, se dificulta tanto la determinación de la responsabilidad de la fuente

---

<sup>22</sup> Cabe remitir al excelente trabajo en defensa del anonimato en razón de la libertad de expresión desde el enfoque estadounidense, ROIG BATALLA, Antonio, “El anonimato y los límites a la libertad en internet” en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, cit.

<sup>23</sup> Entre otros autores, 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, pp. 1-58, pp. 46-47., disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842>.

De especial predicamento en España son los trabajos de Lessig en esta dirección, LESSIG, Lawrence, *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Penguin Press, 2008; *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: <http://www.elastico.net/archives/001222.html>.

Más recientemente, ROTHMAN, Jennifer *Liberating Copyright: Thinking Beyond Free Speech*, 95 CORNELL L.REV. 463 (2010) identifica un “liberty interest”, a modo de interés público de la primera enmienda en la copia.

En España, un sólido sustento jurídico de estas tesis 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*, cit.

original del contenido ilícito —si se llega a conocer—, del daño que tal fuente original haya finalmente generado en razón de la redifusión final por terceros. También, pasa a cobrar especial importancia la redifusión de un contenido ajeno (reenvío de un mail o *Whatsapp*, el *retuiteo*, afirmar que “gusta” un contenido de otro, valorarlo, *menearlo*, etc.). Estas conductas pueden estar fácilmente amparadas por el derecho a la información y, además, es bien difícil fijar si hay responsabilidad y, de haberla, el daño concreto generado por un individuo de los miles o cientos de miles que hayan contribuido a la redifusión del contenido ilícito. Y, obviamente, es difícil si no imposible la persecución masiva de todos estos sujetos<sup>24</sup>. También, la generación de contenidos colaborativos y su difusión también colaborativa (por ejemplo *Wikipedia*) conduce a la práctica imposibilidad de conocer la autoría del resultado, gestado y transmitido por innumerables personas.

A la vista de estos problemas o barreras, se trata, pues, de determinar la responsabilidad de autores de información y, por lo que aquí más interesa, la responsabilidad de los diversos intermediarios de la mismas, ya sean grandes o pequeños. Y las decisiones que se adopten —o la falta de decisiones— ante la cuestión es esencial tanto para el ejercicio de las libertades informativas, como para la garantía de otros derechos y libertades en juego. La respuesta o respuestas jurídicas deben venir inspiradas por unos u otros principios, derechos o bienes e intereses en juego. Hay que elegir. Y en este estudio se apuesta por la prevalencia de las libertades informativas y

---

<sup>24</sup> Entre otros supuestos, en diciembre de 2012 cabe tener en cuenta el de Lord Alistair McAlpine, antiguo tesorero del Partido Conservador británico que inició una campaña para exigir compensaciones de los miles de personas que difundieron por Twitter los rumores —falsos— de había abusado una docena de veces de un joven en los años setenta. Por lo que se conoce ya ha obtenido una fuerte indemnización de la BBC así como la dimisión política de su director o la condena al periodista del británico *The Guardian* George Monbiot a tres años de trabajo social.

En España, por ejemplo, fue noticia en 2008 que el exministro Álvarez Cascos fue citado como testigo en la investigación del envío masivo de mensajes de móvil (SMS) advirtiendo de una posible suspensión de pagos de Sacyr Vallehermoso. El caso no siguió adelante. En junio de 2013 se debate, por ejemplo, si genera responsabilidad *retuitear* las conversaciones ilícitamente grabadas de Alicia Sánchez Camacho (PP, Cataluña) en una trama de espionaje político.

<http://derechoynormas.blogspot.com.es/2013/06/hay-delito-en-retuitear-la-conversacion.html>.

De igual modo, en la misma fecha, se ha imputado a quien *retuiteo* un video pornográfico infantil <http://goo.gl/4PeUa>.

que éstas se erijan en tal principio inspirador, sin perjuicio de armonizarlos o ponderarlos con otros derechos, bienes e intereses jurídicos.

En este sentido, considero adecuado optar por la tendencia que implica la respuesta (o las respuestas) de EEUU<sup>25</sup>. Ello, frente a la normativa ambigua o carente de respuestas concretas, la inactividad que se da en Europa para resolver la cuestión —mala tanto para las libertades como para otros derechos e intereses en juego— o, también, la corriente más contraria a tales libertades y proclive, en principio, a privilegiar los derechos de la personalidad y, en especial, la propiedad intelectual u otros bienes jurídicos en juego.

## 2. LIBERTADES INFORMATIVAS Y RESPONSABILIDAD POR CONTENIDOS EN EEUU Y EN EUROPA

### 2.1. *El sistema norteamericano de responsabilidad y su fundamentación en la libertad de expresión*

En EEUU el régimen general de responsabilidad de los prestadores e intermediarios que se aplica es de la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones (“Sección 230”). Se confiere un “puerto seguro” (“safe harbour”) a los proveedores de “servicios interactivos” por el discurso y contenidos ilícitos de sus usuarios. Los tribunales interpretan muy ampliamente esta exclusión de responsabilidad, de modo que se blinda a los grandes operadores y prestadores por los contenidos ilícitos que intermedian, incluso si se niegan retirar el contenido a petición del afectado<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Muchas de las premisas básicas de las que partir, siguiendo la doctrina de EEUU, en el amplio texto de mi ponencia “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión” en las III Jornadas de Derecho constitucional “Constitución y libertad de expresión”, Fundación Giménez Abad-Cortes de Aragón-Uned, Barbastro (Huesca) 7-8 de noviembre de 2008, acceso completo en <http://goo.gl/cBkEa>.

<sup>26</sup> La respuesta inicial y general se da en *Zeran vs. AOL*, 129 F.3d 327, 328 (4th Cir. 1997), a la que siguen otras muchas entre las que destacan *Barnes v. Yahoo!, Inc.*, 570 F.3d 1096, 1103-05 (9th Cir. 2009); *Universal Commc’n Sys., Inc. v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413, 420 (1st Cir. 2007). Al respecto, entre otros muchos cabe seguir el mencionado trabajo de Wu así como lo más reciente en GELLIS Catherine R., “Intermediary Liability for User-Generated Content. 2012 State of the Law Regarding Internet”, *The Business Lawyer*; Vol. 68, November 2012, pp. 289-295. Acceso en SSRN.

o aunque no sean diligentes en la identificación de usuarios o generen espacios que facilitan los contenidos conflictivos<sup>27</sup>. Es más, el “puerto seguro” protege también como “servicios interactivos” a los usuarios de servicios que difunden y redifunden información de terceros. Tal protección se da incluso aunque conozcan, seleccionen o promocionen la línea o idea de tales contenidos de terceros<sup>28</sup>. Es cierto que en EEUU hay posiciones doc-

---

<sup>27</sup> *Zeran v. AOL*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) se reconoce la inmunidad pese a que el intermediario (AOL) se retrasó en exceso en la eliminación de mensajes difamatorios enviados por terceros y no publicó las retractaciones ni detuvo en el futuro publicaciones similares.

En *Ben Ezra, Weinstein & Co. v. America Online*, 206 F.3d 980, 984-985 (10th Cir. 2000), certiorari denegado, 531 U.S. 824 (2000) se reconoce la inmunidad a AOL por la información de bolsa incorrecta alojada.

En *Doe v. America Online*, 783 So. 2d 1010, 1013-1017 (Fl. 2001), [18] certiorari denegado, 122 S.Ct. 208 (2000) se reconoce la exención de AOL pese a que mantenía una sala de chat con pornografía infantil.

En *Gentry v. eBay, Inc.*, 99 Cal. App. 4th 816, 830 (2002) se aplicó la exención por facilitar la venta de productos deportivos con autógrafos falsos.

En *Carafano v. Metrosplash.com*, 339 F. 3d 1119 (9th Cir. 2003) se confirmó la inmunidad pese a que el servicio facilitaba la creación de perfiles falsos.

En *Green v. AOL*, 318 F.3d 465 (3rd Cir. 2003) frente a las acusaciones de negligencia del prestador se afirmó que no había que confundir sus responsabilidades con las de un editor.

En *Goddard v. Google, Inc.*, C 08-2738 JF (PVT), 2008 WL 5245490, 2008 U.S. Dist. LEXIS 101890 (N.D. Cal. Dec. 17, 2008) no se hace responsable a Google porque la publicidad que ofrecía era engañosa de blanqueo de dinero.

En *Doe v. MySpace*, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008) se confirmó la inmunidad de la red social MySpace por no instituir medidas de seguridad para proteger a los menores y verificar su edad.

<sup>28</sup> Entre otras muchas cabe señalar *Carafano v. Metrosplash.com* 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003) en la que se afirmó que los moderadores de discusión de grupos son inmunes a responsabilidad por difamación por mensajes que incluyen los grupos, en tanto que éstos son originalmente escritos por otra gente y los remiten al moderador para que los dirija al grupo. Se mantuvo la inmunidad pese a que el servicio facilitaba la creación de perfiles falsos. [http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts\\_search.pl?title=47&sec=230](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts_search.pl?title=47&sec=230) O la decisión de 20 de noviembre de 2006, del TS de California en el caso *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510, 519 (Cal. 2006), que exime de responsabilidad al usuario individual que distribuye publicaciones en la red.

En *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, 49-53 (D.D.C. 1998) se reconoció la inmunidad de AOL por difamación y se señaló que el legislador hizo una opción política para “proporcionar inmunidad aun cuando el proveedor de servicios interactivos tenga un papel activo, incluso agresivo para difundir el contenido preparado por otros”.

trinales disidentes de tan generosa exclusión<sup>29</sup> de responsabilidad a prestadores e intermediarios, corrientes favorables a vías para responsabilizar al prestador o intermediario. No obstante, la jurisprudencia norteamericana prácticamente no tiene fisuras al respecto<sup>30</sup>.

El fundamento de esta posición fue y es una clara apuesta por el desarrollo de internet de los que EEUU es origen y matriz de las principales empresas. Al mismo tiempo, este sistema de responsabilidad trae causa de la protección de la libertad de expresión que implica la red. Blindando a los prestadores e intermediarios se pretende evitar la “censura colateral” (“Collateral censorship”)<sup>31</sup> y efecto amenazante (“chilling effect”)<sup>32</sup> que supone otra opción: incertidumbre por la legalidad de los contenidos, altos costes de defensa y la amenaza de la importante sanción o indemnización que pueda darse<sup>33</sup>. La inmunidad es la respuesta necesaria frente a la ame-

---

En *Dart v. Craigslist, Inc.*, 665 F. Supp. 2d 961 (N.D. Ill. Oct. 20, 2009) se mantuvo la inmunidad pese a la selección de servicios eróticos.

En *Delfino v. Agilent Technologies*, 145 Cal. App. 4th 790 (2006), certiorari denegado, 128 S. Ct. 98 (2007). Se consideró que un empresario que proporciona acceso a internet a sus empleados es un “proveedor de un servicio interactivo” y, por tanto, exento de responsabilidad.

<sup>29</sup> Recientemente Wu es un buen exponente, quien menciona asimismo estudios en esta línea: J. SOLOVE, Daniel, *The future of reputation* 149-59 (2007); KEATS CITRON, Danielle, *Cyber Civil Rights*, 89 B.U. L. REV. 61, 117-19 (2009); FREIWALD, Susan, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 HARV. J. L. & TECH. 569, 618 (2001); RUSTAD Michael L. y KOENIG, Thomas H., *Rebooting Cybertort Law*, 80 WASH. L. REV. 335, 341-42 (2005). Asimismo, entre las renovadas defensas de la inmunidad, cita a HOLLAND, H. Brian *In Defense of Online Intermediary Immunit. Facilitating Communities of Modified Exceptionalism*, 56 U. KAN. L. REV. 369, 391-96. (2008).

<sup>30</sup> Así, cabe tener en cuenta, entre otros, *Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008). Sin poder entrar ahora a su análisis, se trata de un supuesto en el que específica legislación antidiscriminatoria entra en juego. Sobre la jurisprudencia minoritaria y asistemática que viene a quebrar la exención general cabe seguir los mencionados trabajos de Wu y de Nellis.

<sup>31</sup> La expresión la emplea Wu, con remisión a BALKIN, J. M. *Free Speech and Hostile Environments*, 99 COLUM. L. REV. 2295, 2298 (1999).

<sup>32</sup> Referencia básica del “Chilling effect” es SCHAUER Frederick, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect.”* 58 B.U. L. REV. 685, 686-87 (1978), p. 689, cito por SELTZER, Wendy, “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects if the DMCA on The First Amendment”, en *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 24, Number 1 Fall 2010 (acceso en SSRN), p. 179.

<sup>33</sup> SELTZER, *Ibidem*, p. 194.

naza de censura colateral<sup>34</sup> de modo que no hay incentivo para bloquear contenidos lícitos. Se trata de la preferencia a favor de la difusión de ideas frente a la restricción de contenidos, aun a costa de los inevitables errores que ello implica<sup>35</sup>. Cabe 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<sup>36</sup>, sentencia básica sobre libertad de expresión e internet<sup>37</sup>.

Si el prestador de servicios o intermediario del contenido puede ser responsable por los contenidos ilícitos que aloja o a los que facilita el acceso (con enlaces o un buscador, por ejemplo) la reacción posible puede ser que cierre la posibilidad de que el usuario integre contenidos. En muchos casos, ello supone la desaparición misma de servicios 2.0 que se definen por la integración de contenidos por terceros. Otra posibilidad es que el prestador o intermediario cambie de modelo y pase a ser editor y a contro-

---

<sup>34</sup> WU, Félix T. “Collateral Censorship... cit., p. 296.

<sup>35</sup> Así SCHAUER Frederick, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect,”* 58 B.U. L. REV. 685, 686-87 (1978), p. 689, cito por SELTZER, Wendy, “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor... cit. p. 179.

<sup>36</sup> La sentencia declaró inconstitucional la *Communications Decency Act*, la Ley de decencia en las telecomunicaciones, entre otros motivos, por el efecto disuasorio para el ejerciente de la libertad de expresión en la red, en aquel caso por la imprecisión y ambigüedad de los términos de contenidos perseguibles incluidos en la ley (“indecente”, “patentemente ofensivo”).

En este sentido se recuerdan casos anteriores de aplicación de esta doctrina, como *Gentile v. State Bar of Nev.*, 501 U. S. 1030, *Dombrowski v. Pfister*, 380 U. S. 479, *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 24 (pp. 24-28 de la publicación oficial de la sentencia).

Sobre la evolución de la libertad de expresión en internet en EEUU destaca Fernández Esteban en diversos de sus trabajos FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en internet”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 53, 1998, pp. 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* n° 103, 1999, pp. 149-169.

<sup>37</sup> He sostenido la necesidad de proyectar esta doctrina para el ámbito de internet en numerosos estudios desde 2005, p. ej. COTINO HUESO, Lorenzo, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, pp. 51-76. También, “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión” cit.

lar masiva y activamente tales contenidos para evitar responsabilidad alguna. Y lo más posible en ese caso es que el criterio de autocensura sea muy estricto para evitar cualquier conflicto o reclamación de responsabilidad. El resultado es, pues, la no difusión de contenidos perfectamente lícitos, aunque fueran molestos o nocivos<sup>38</sup> y, también, de los contenidos socialmente deseables<sup>39</sup>. Obligar a editar y controlar contenidos de forma masiva también puede suponer que sólo unos pocos prestadores o intermediarios tengan la capacidad personal y económica hacerlo, concentrando en muy pocos quienes pueden difundir información y opinión en internet, en una tendencia precisamente contraria a lo que la misma red supone.

En Europa el TJUE ha tenido en cuenta los efectos indirectos o colaterales negativos para la libertad de expresión que se pueden provocar por imponer sistemas técnicos de filtrado o control previo de contenidos que no discriminan entre los lícitos e ilícitos<sup>40</sup>. En la última revisión del presente texto, cabe llamar la atención sobre las conclusiones de 26 de junio de 2013 del Abogado General Jääskinen (en adelante conclusiones caso Google vs AGPD), quien señala que no cabe exigir al prestador de servicios que es el buscador Google que controle los contenidos que indexa, puesto que ello desvirtúa su papel intermediario. Y por lo que ahora interesa, incluso apunta que “no cabe deja[r] la decisión [de retirar contenidos ante quejas de particulares] en manos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet. Es posible que tales “procedimientos de detección y retirada”, [...] conduzcan a una retirada automática de enlaces a todo contenido controvertido o a un número de solicitudes inmanejable formuladas por los proveedores de servicios de motor de búsqueda en internet más populares y más importantes” (ap. 133). Por ello, llega a afirmar que la restricción de contenidos por el intermediario “traería consigo una interferencia

---

<sup>38</sup> Sobre la distinción lícito-nocivo, por todos, 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.

<sup>39</sup> En 2001 señalé este efecto en el trabajo 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, pp. 897-917. Acceso completo en internet.

<sup>40</sup> Como más tarde se concreta, sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, Scarlet Extended vs SABAM y Asunto C-360/10 SABAM vs Netlog de 16 de febrero de 2012.

en la libertad de expresión del editor de la página web [...] Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero” (ap. 134)

Incluso se puede hablar de un acoso informacional “infomobbing”<sup>41</sup> que se produciría al perseguir y exigir la retirada de contenidos ilícitos de terceros y responsabilizar por los mismos a los contrarios o adversarios, valiéndose del marco jurídico. Cabe adelantar que en España, una parte de los casos que han llegado a los tribunales ha sido por las acciones emprendidas por la SGAE o su entorno por las críticas u ofensas alojadas en Asociaciones de Internautas, páginas web críticas (*antisgae*, *alabarricadas*, el Jueves, *Frikipedia*), etc. En este punto, es menester indicar que las persecuciones bien pueden ser por lesiones de los derechos del artículo 18. 1º CE, si bien, en ocasiones resulta más sencillo acometer estos ataques afirmando la ilicitud por vulnerar algunos deberes de la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>42</sup>, la protección de datos (art. 18. 4º CE)<sup>43</sup> o la propiedad intelectual<sup>44</sup>. En estos ámbitos, el incumplimiento de la legalidad es hoy día masivo, si bien en el tratamiento jurídico suele quedar en cierto modo ocultado que se están también en juego las libertades informativas<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> 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, pp. 15-61, en concreto, p. 42.

<sup>42</sup> Es masivo el incumplimiento del deber de información del artículo 10 Ley 34/2002, suponiendo infracciones de los artículos 38 o 39.

<sup>43</sup> Además de muchos otros supuestos, cabe recordar que la difusión inconstitucional de datos personales es una infracción grave y se comete, por ejemplo, con la referencia al nombre y apellidos de una persona en internet o la difusión de su imagen.

<sup>44</sup> La comunicación pública de obras intelectuales sin permiso de quienes ostenten los derechos, en principio, es ilícita. Como es sabido, se trata de una actividad masivamente realizada en la red. Pese al aparato jurídico desplegado para hacer frente a estas prácticas (como la Ley de Economía Sostenible o Ley “Sinde”), lo cierto es que para la mayoría de los tribunales españoles no sólo no es delito sino que tan siquiera es ilícita. La proyectada reforma de la LPI denominada popularmente *Ley Lassalle* ya no dejará resquicio sobre la ilegalidad de la difusión de estos contenidos protegidos.

<sup>45</sup> Me permito remitir a mi estudio sobre el conflicto protección de datos y libertades públicas “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” en TRONCOSO REIJADA, Antonio (Dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 289-315, acceso en <http://goo.gl/>

Coincidió con Escobar (en concreto respecto de la Ley 34/2002)<sup>46</sup> cuando señala que la amenaza de fuertes sanciones, unida a la ambigüedad del sistema legal de atribución de responsabilidad en internet, implica un importante efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión. En nuestro país esta doctrina norteamericana ha tenido eco y es plenamente aducible a esta situación. En la STC 136/1999 se afirmó “la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho” (las libertades informativas), y se criticaba el uso de tipos sancionadores ambiguos e indeterminados<sup>47</sup>. En otros casos, nuestro Alto Tribunal ha unido el efecto disuasor con el concepto mismo de censura, afirmando que “la razón de que su interdicción [de la censura] deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, FJ 5º y 190/1996, FJ 3º)”<sup>48</sup>.

Cabe señalar que en EEUU hay otros regímenes de responsabilidad de prestadores e intermediarios en ámbitos penales y, sobre todo destaca el sistema de responsabilidad por ilícitos de propiedad intelectual establecido por la “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA, aprobada en octubre de 1998). Se trata de un sistema bastante ágil que facilita *que se borren* los contenidos de los que nadie se responsabiliza ni quiere defender su legalidad, por lo general, contenidos palmariamente ilícitos integrados anónimamente. El afectado por tales contenidos comunica con el prestador o intermediario del contenido ilícito y si no se responsabiliza nadie debe dejar de hacerlos accesibles para no pasar a ser responsable de los mismos. Por el contrario, si se radica la autoría y se *da la cara* por los contenidos polémicos, la libre expresión parece prevalecer y la cuestión queda ya sometida

---

JDtPL De igual modo, desde 2005 subrayo la necesidad de afrontar la cuestión de propiedad intelectual en conexión con la libertad de expresión. Ver nota nº 37.

<sup>46</sup> ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet... cit.* pp. 115-132.

<sup>47</sup> Se afirma que el “efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas de taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas [...] es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente [castigada].. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad”.

<sup>48</sup> STC 187/1999 (Sala Segunda), de 25 octubre, FJ 4º.

da a la decisión cautelar de la autoridad judicial<sup>49</sup>. Se advierte desde EEUU que este régimen en la práctica afecta y coacciona el ejercicio de la libertad de expresión<sup>50</sup>. Y bien puede ser cierto. Sin embargo, sin perjuicio de ser mejorable el sistema, dada la certidumbre que confiere con este régimen jurídico, lo considero mejor para la protección de la libertad de expresión e información que la situación que se da en la UE y su desarrollo en España que a continuación se expone.

## 2.2. Algunas premisas de las que partir en la jurisprudencia europea

A diferencia de EEUU donde desde 1997 el TS empezó a fijar elementos básicos en la materia, los grandes tribunales europeos han intentado rehuir las cuestiones clave de libertades informativas en internet<sup>51</sup>. Sin embargo, a la fuerza de los años y normalmente en procedimientos para de competencia desleal, protección de la propiedad industrial e intelectual o del derecho de protección de datos, se van fijando algunas premisas importantes sobre libertad de expresión en internet y responsabilidad de prestadores. Con estos *mimbres* debe interpretarse la actual normativa y, al

---

<sup>49</sup> Así, el proveedor de espacio no incurre en responsabilidad si impide el acceso al presunto material ilícito una vez ha tenido conocimiento por medio de una notificación electrónica con garantías (firma electrónica del denunciante, identificación del material ilícito, datos de contacto, afirmación de actuar de buena fe. Se impide inicialmente el acceso a tales materiales, el alojador de los mismos lo comunica de inmediato al titular o responsable de los mismos. Si el titular aparece y mantiene la licitud, el proveedor reactiva los mismos y ya queda eximido de responsabilidad por su acceso. Si media denuncia ante los Tribunales frente, de nuevo el proveedor retira el material a la espera de lo que decida el órgano jurisdiccional. Ver sección 512 del *Copyright Act*, tras las modificaciones introducidas por el DMCA.

<sup>50</sup> Por todos sobre los efectos de la DMCA en la libertad de expresión SELTZER, Wendy, "Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects if the DMCA on The First Amendment", en *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 24, Number 1 Fall 2010 (acceso en SSRN).

<sup>51</sup> Como analicé en COTINO HUESO, Lorenzo, Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet...*, cit., pp. 150 y ss. sólo se aborda incidentalmente el fenómeno de internet respecto de la libertad de expresión en el caso Lindqvist del TJUE en 2003 (centrado en protección de datos) y la STEDH de 18 mayo 2004, caso *Plon (société) v Francia* sobre el secuestro del libro del médico personal de Mitterrand.

tiempo, muchas de estas premisas condicionan la futura normativa que — hay que esperar— se produzca.

La ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional. En la STJCE de 6 de noviembre de 2003, caso Lindqvist, no se encuentran muchas determinaciones, pese a que las partes incitaron a analizar la cuestión desde la perspectiva de la libertad de expresión en internet. Por lo que aquí interesa, el STJUE recordó que la ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional<sup>52</sup>.

*La libertad de expresión la ejercen todos los que difunden contenidos en internet, tengan o no ánimo de lucro.* La STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07<sup>53</sup> 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. Ya en esta línea se había adelantado el auto de 12 de septiembre de 2007 en el mismo caso (ap. 60). Así, las exenciones de protección de datos en razón de la libertad de expresión 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)<sup>54</sup>. En esta línea, las conclusiones del caso Google vs AGPD) son rotundas al afirmar que “Poner contenidos a disposición del público en internet equivale, como tal, a la libertad de expresión [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en internet” (ap. 122). A mi juicio cabe puntualizar que se ejercen las libertades de expresión e información cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública.

---

<sup>52</sup> Apartados 85 y ss. de la STJUE.

<sup>53</sup> Planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), en el procedimiento entre Tietosuojavaltuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy.

<sup>54</sup> De todo interés, ver los apartados 56, 58 a 62 y la conclusión 2ª.

El prestador goza de la exclusión de responsabilidad “cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”. En la sentencia TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 Google France y Louis Vuitton) se parte de que para gozar de la exclusión de responsabilidad que confiere la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico<sup>55</sup> y que infra se examina, la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza “meramente técnica, automática y pasiva”, lo que implica que el prestador “no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada” (ap. 113). En consecuencia, el prestador goza de la exclusión de responsabilidad “cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados” puesto que de lo contrario es necesario su conocimiento efectivo de la ilicitud (fallo).

No puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtrados técnicos de contenidos en internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, Scarlet Extended vs SABAM y Asunto C-360/10 SABAM vs Netlog de 16 de febrero de 2012 no permiten que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa frente a la imposición de estos controles. Se afirma la vulneración de la libertad de información, “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito”<sup>56</sup>. Años antes, la misma AGPD en España afirmó que: “requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconsentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito)”<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

<sup>56</sup> STJUE de 24 de noviembre de 2011 SABAM. Ver apartados 52 y 53.

<sup>57</sup> En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento N°: TD/00266/2007.

No puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia. La STEDH de 18 de diciembre de 2012 en el asunto *Ahmet Yıldırım c. Turquía* ha sido la primera de este alto tribunal que aborda la libertad de expresión en internet<sup>58</sup>. Se entiende que viola la libertad de expresión la imposición —judicial— de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en internet que no discriminaron contenidos del sitio de internet implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio Google sites con contenidos al margen de dicho proceso. El TEDH aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en internet (aps. 64 y ss.):

“es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder [...] la revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses” (ap. 64).

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados y diseñado para lograr un equilibrio de intereses y que regule el control judicial de las medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medida menos restrictiva de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, sólo se bloquee la web concreta<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> El demandante tenía una web alojada en el servicio Google Sites para difundir trabajos académicos y opiniones personales. Se trataba de contenidos totalmente ajenos a un proceso penal por contenidos lesivos para la memoria de Atatürken otra página de ese servicio (Google Sites). A instancias de la autoridad turca de telecomunicaciones un tribunal resolvió el bloqueo preventivo de la web, pero para poder hacerlo efectivo se ordenó el bloqueo de los contenidos del servicio de Google Sites en su conjunto, como única vía para bloquear la página web con el contenido supuestamente delictivo.

<sup>59</sup> El TEDH admite que medidas de bloqueo de acceso a contenidos en internet puedan estar justificadas, Sin embargo, en este caso el juez no verificó si cabía una medida menos restrictiva (ap. 64); se tenía que haber elegido un método en el que sólo quedara inaccesible la web concreta del proceso penal (ap. 65), mientras que no hay muestra de que los jueces tuvieron en cuenta los intereses en juego a la hora de bloquear Google Sites, puesto que la legislación que aplicaron no contiene esta obligación (ap. 66). La aplicación de tal normativa no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de

La relación de esta sentencia con la responsabilidad de prestadores es mayor de la que puede parecer. A mi juicio, lo más importante es que la indeterminación jurídica en esta materia conlleva la violación misma de la libertad de expresión. Y, además de imponerse la necesidad de regulación, el TEDH fija unos estándares de previsibilidad, certidumbre, garantías y ponderación de todos los intereses que deben proyectarse a la regulación de la responsabilidad por contenidos en internet.

Ello va precisamente en la línea de las conclusiones caso Google vs AGPD de 25 de junio de 2013 sobre la necesidad de “regulación legal adecuada” de procedimientos de detección y retirada que puedan afectar la relación particular entre usuario y prestador. Asimismo, como De Asensio<sup>60</sup> ha significado, la política y comportamiento de los responsables del servicio de alojamiento de datos (en este caso, Google Sites) con respecto a la detección y supresión de contenidos ilícitos puede ser relevante para apreciar si se trata excepcionalmente de una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger alguno de los objetivos legítimos. En este caso, no constaba que Google Sites hubiera sido informado de que su servicio alojaba contenidos ilícitos ni que se hubiera negado a cumplir mandamientos judiciales para la retirada de los contenidos en cuestión (ap. 62).

Las citadas conclusiones del caso Google vs AGPD se han conocido al momento de concluir estas páginas. Se trata de un caso relativo a la protección de datos personales y sobre la función de buscador, precisamente sobre *el* buscador (Google). Sin embargo, *del texto de las conclusiones se pueden extraer diversas reglas y criterios relevantes para la libertad de expresión y la responsabilidad en internet*. No obstante, cabe esperar el texto de la sentencia y, pese a la gran importancia, lo que se señala a continuación cabe tomarlo a precario:

- La Directiva de protección de datos (y lo mismo se puede aducir de la Directiva de comercio electrónico) están desfasadas, por lo que “al interpretar la Directiva en relación con nuevos fenómenos tecnológicos, el principio de proporciona-

---

Derecho de una sociedad democrática. Es más, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de internet está en “conflicto directo” con la exigencia del artículo 10. 1º CEDH de que la protección de la libertad de expresión lo es “sin consideración de fronteras” (ap. 67). El bloqueo general produjo efectos arbitrarios y, dada la carencia de garantías legales, el sistema de revisión judicial es insuficiente para evitar abusos (ap. 68).

<sup>60</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “Medidas de restricción de acceso a contenidos en Internet y derechos fundamentales”, 28.2.2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/02/medidas-de-restriccion-de-acceso.html>

lidad, los objetivos de la Directiva y los medios que ésta proporciona para su cumplimiento deben tenerse en cuenta para alcanzar un resultado equilibrado y razonable” (ap. 79)<sup>61</sup>.

- “La existencia de un procedimiento de “detección y retirada” que afecte a enlaces de las páginas web fuente con contenidos ilícitos o inapropiados es una cuestión regulada por el Derecho nacional, [así como] la responsabilidad civil basada en motivos distintos de la protección de datos personales” (ap. 99). Eso es así, al menos bajo la regulación actual, si bien como más tarde se sostiene es necesario un marco europeo en razón de la libertad de expresión e información.
- Cabe garantizar el derecho fundamental de acceso de los usuarios a la información en internet, especialmente ante las tendencias de “los regímenes autoritarios en todo el mundo a limitar el acceso a internet o a censurar el contenido disponible en él” (ap. 121). Y “En la sociedad de la información actual, el derecho a la búsqueda de información publicada en internet mediante motores de búsqueda es una de las formas más importantes de ejercitar este derecho fundamental [...] El derecho a la información de un usuario de internet se vería comprometido si su búsqueda de información relativa a una persona física no generara resultados que ofrezcan un reflejo veraz de las páginas web relevantes, sino una versión “bowdlerizada”<sup>62</sup> de las mismas” (ap. 131) Así pues, los buscadores deben generar resultados de webs relevantes.
- Quien genera información en internet ejerce su libertad de expresión (ap. 122)<sup>63</sup> y sufre “censura” y restricción de esta libertad si su contenido es filtrado o restringido por un buscador a petición de un tercero afectado. Al menos, es necesario contar con una regulación legal “adecuada” de un procedimiento de detección y retirada para afectar al prestador o intermediario (ap. 134)<sup>64</sup>.
- “Un proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet [como Google] ejerce legalmente tanto su libertad de empresa como su libertad de expresión cuando pone a disposición del público herramientas de localización de información en internet basadas en un motor de búsqueda” (ap. 132). Sobre esta base: el buscador trata datos personales, pero no bajo el régimen de “responsable” de los datos que proceden de las webs que indexa (ap. 90); el buscador no es necesario que recabe el consentimiento de las personas cuyos datos indexa por ser de

---

<sup>61</sup> En esta dirección cabe tener en cuenta especialmente los apartados 10, 61, 77, 79 y 81 de las Conclusiones.

<sup>62</sup> Nota original en las conclusiones: “Thomas Bowdler (1754-1825) publicó una versión aséptica de la obra de William Shakespeare que intentaba ser más adecuada para las mujeres y los niños del s. XIX que la original”.

<sup>63</sup> 122. Los editores de páginas web disfrutan igualmente de protección con arreglo al artículo 11 de la Carta. Poner contenidos a disposición del público en internet equivale, como tal, a la libertad de expresión, (86) máxime cuando el editor ha enlazado su página a otras y no ha limitado su indexación o archivo por parte de los motores de búsqueda, indicando de este modo su deseo de que su contenido se difunda ampliamente. La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en internet.

<sup>64</sup> Son esenciales los apartados 133 y 134.

interés legítimo facilitar el acceso a la información (ap. 95) y, además, “La puesta a disposición de una herramienta de localización de información no implica control alguno sobre el contenido” (ap. 86).

### 2.3. El sistema general de responsabilidad en la UE y en España

A pesar de las anteriores premisas de las que partir, como a continuación se expone, en Europa y España reina la incertidumbre jurídica y la inactividad legislativa frente al problema. Frente a la evolución en EEUU se da también una tendencia prevalente a proteger otros derechos e intereses jurídicos donde el incumplimiento de la legalidad, ciertamente, es hoy día masivo como los deberes legales de la Ley 34/2002, la protección de datos o la propiedad intelectual.

La Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico estableció una serie de exclusiones de responsabilidad de los prestadores e intermediarios sobre la base de que no haya conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15). El esquema general es que el prestador de servicios de internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite (art. 15 Directiva comercio electrónico<sup>65</sup>) ni es responsable de los mismos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando tiene “conocimiento efectivo” de la ilicitud, de lo contrario no goza de la exclusión de responsabilidad. Para aplicar este esquema, se parte de la premisa de que el “prestador de servicio de intermediación” no elabora o selecciona materialmente los contenidos discutibles, ni tiene conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido<sup>66</sup>.

Cabe subrayar que se trata de una exclusión. Si se dan los requisitos para la misma ya no se analiza si se da algún tipo de responsabilidad civil, penal

---

<sup>65</sup> Artículo 15. Inexistencia de obligación general de supervisión: “1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento”.

<sup>66</sup> Los “considerandos” 42 a 44 de la Directiva al respecto son relativamente claros.

o administrativa<sup>67</sup>, simplemente, no hay responsabilidad del prestador o intermediario. Y también hay que advertir —por ser un error común en doctrina y jurisprudencia— que el hecho de que no se den los requisitos para aplicar la exclusión no implica necesariamente que el prestador o intermediario sí que sea responsable. No cumplir con tales requisitos conlleva perder la posibilidad de invocar la regla de exención, pero no es en absoluto un criterio de atribución de responsabilidad. Así, de no proceder la exclusión, se ha de pasar a examinar si se da el presupuesto de alguna responsabilidad civil, penal o administrativa. Si el intermediario no goza de la exclusión, habrá de analizarse, por ejemplo, si la difusión del contenido polémico no es antijurídica por estar amparada por la libertad de expresión o información<sup>68</sup>. Es más, de existir responsabilidad cabrá determinar su naturaleza y alcance en razón de la culpa o negligencia del intermediario en su difusión, como tal intermediario y no necesariamente como autor del ilícito.

En la web de la UE se señala que “Para poner fin a la incertidumbre jurídica existente, la directiva exime de toda responsabilidad a los intermediarios que desempeñan un papel pasivo encargándose del simple “transporte” de información procedente de terceros”<sup>69</sup>. Pero lo cierto es que buena parte de los problemas actuales quedan en la total incertidumbre jurídica, en perjuicio, entre otros, de la libertad de expresión.

---

<sup>67</sup> Con gran claridad al respecto hay que seguir los trabajos concretos de Cavanillas en sus obras coordinadas referidas en la nota 3. En palabras de Peguera, “lo que la norma hace es garantizar que no se podrá declarar la responsabilidad del prestador, sin prejuzgar si su actividad es generadora de responsabilidad (civil, penal o administrativa) con arreglo a las normas que en nuestro ordenamiento atribuyen estos tipos de responsabilidad”, PEGUERA POCH, M., “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 5, UOC, 2007., p. 7. [www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf](http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf).

<sup>68</sup> En este sentido, la STS 742/2012 de 4/12/2012 Civil, caso *merodeando.com* aclara que este esquema es válido también para el ámbito de derechos de la personalidad y la Ley 1/1982. En el caso concreto se aprecia que no procede la exclusión del prestador intermediario, si bien, considera la conducta amparada por la libertad de expresión.

<sup>69</sup> Así en “Responsabilidad de los intermediarios”. “Comercio electrónico. Aspectos jurídicos del comercio electrónico (“Directiva sobre el comercio electrónico”), en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/information\\_society/124204\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/124204_es.htm).

### 3. LA APLICABILIDAD PREVIA DEL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE LA LEY 34/2002 RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTROS RÉGIMENES COMO LA LEY DE PRENSA

#### 3.1. *Las vías constitucionales de exención como el reportaje neutral o las cartas al director se aplican además del régimen legal específico de exclusión de la Ley 34/2002*

Un primer problema a considerar es la aplicabilidad de la Ley 34/2002 y su régimen de exclusión ya frente a la Constitución ya frente a la responsabilidad que se deriva de otras leyes. En primer término, podría pensarse que el sistema de exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 habría de decaer frente a las exenciones de responsabilidad que derivan directamente de mandatos o interpretaciones constitucionales. Así, sólo habrían de tenerse en cuenta algunas vías de exoneración por contenidos ilícitos difundidos por medios de comunicación social, como la exención de responsabilidad de las “cartas al director” o la exención de responsabilidad por reportaje neutral.

Hay que recordar especialmente que la doctrina del Tribunal Constitucional para las “cartas al director” está pensada, entre otros fines, para evitar que se abra “la puerta a la creación de espacios inmunes” (STC 336/1993, FJ 7º b). Por ello, podría pensarse que la aplicabilidad de la exclusión de la Ley 34/2002 sería inconstitucional por facilitar tales espacios inmunes<sup>70</sup>. Y la respuesta a mi juicio es que no. El legislador tiene discrecionalidad democrática para hacer una ponderación de derechos, libertades e intereses en juego y, como consecuencia, optar por un sistema de atribución de responsabilidad por contenidos adecuado a la singularidad de internet. Esta regulación, obviamente, ha de respetar a los derechos fundamentales en juego y ha de interpretarse de conformidad a los mismos. Y hoy día el resultado —por mejorable que sea— es la legalidad específicamente diseñada

---

<sup>70</sup> Grimalt tiene en cuenta la doctrina constitucional de las cartas al director para sostener su tesis de la aplicación de la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* a los prestadores y la exigencia de diligencia en su identificación. No obstante, no se plantea directamente la aplicabilidad directa o no de las vías de exención constitucional frente a la Ley 34/2002, en “Responsabilidad civil por contenidos en la red: Ley 34/2002 y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno”, COTI-NO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet... cit.*, acceso completo en internet. Su tesis en pp. 272 y ss.

para el canal que es internet, es decir, la Ley 34/2002, y ésta es plenamente aplicable.

Ahora bien, estas vías de exención *ex constitutione* también son aplicables a internet y, además, deben acumularse y complementar el sistema de responsabilidad de la Ley 34/2002. Como en el posterior apartado se señala, la STS 742/2012 de 4 de diciembre de 2012, Civil, en el caso *merodeando.com* viene a avalar esta posición por la que debe analizarse en primer término si se dan los requisitos para la exclusión de responsabilidad de un prestador o intermediario por la Ley 34/2002. Si no procede la exclusión de responsabilidad, hay que analizar si la prevalencia de la libertad informativa implica no responsabilizar por los contenidos a quien los ha difundido.

Dado que cualquiera que genere contenidos de interés público en la red ejerce las libertades informativas, las vías de exoneración de cartas al director o por reportaje neutral, hasta ahora vedadas a los clásicos medios de comunicación social, deben también generalizarse para internet.

La doctrina constitucional de la exoneración de responsabilidad por reportaje neutral<sup>71</sup> resulta a mi juicio fácil de proyectar para muchos supuestos en internet. Se exime de responsabilidad al medio de comunicación

---

<sup>71</sup> Entre otras, la sentencia 76/2002, FJ 4º o la sentencia 136/2004, de 13 de septiembre de 2004, FJ 2º: se concreta la doctrina sobre el mismo. De la misma podrían extraerse algunas pautas que no es difícil proyectar para muchos supuestos de contenidos no propios en la red:

- si se trata de declaraciones textuales, debe identificarse con claridad la procedencia de las mismas y su autoría. [SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5 y STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)]
- el medio ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4), De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.
- la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3).
- Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5).
- Para medir la proximidad al reportaje neutral, se tiene en cuenta “el distanciamiento del articulista respecto de las opiniones” de las fuentes que utiliza (así, en la propia STC sentencia 76/2002, FJ 4º).

(en nuestro caso usuario, prestador o intermediario de internet) que, con neutralidad, transmite referencias y afirmaciones (contenidos) procedentes de terceros que tienen interés público, indicándose la procedencia y la existencia real de tales contenidos, por los que, en consecuencia, no será responsable de su posible ilicitud.

Según se ha dicho, si no procede la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 cabrá examinar si procede la exoneración por reportaje neutral. Y, en abstracto, en internet y la web 2.0 esta técnica puede aducirse en no pocos supuestos, en los que los contenidos de terceros que tengan interés público se integran en el sitio propio (p.ej.: a través de los cada vez más generalizados, “embed”)<sup>72</sup>; se redifundan, se retuitean, se seleccionan, se enlazan, se agregan, se sindicán y un largo etcétera de posibilidades que ofrece internet, ya de forma voluntaria o automática. Para aplicar la exención, entre otras circunstancias, habrá de observarse el interés público de la difusión de tal contenido ilícito de un tercero, la procedencia verdadera de un tercero y el cierto distanciamiento de dicho contenido. Se entenderá reportaje neutral aunque el redifusor de contenidos “haya provocado esa información”, “haya permanecido o no ajeno a la generación de la información [pero], no lo ha sido respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”, esto es, porque la redifunde sin “hacerla suya”<sup>73</sup>. Esta extensión de la doctrina del reportaje neutral a internet habrá contextualizarse para cada supuesto y valorarse que no concurra mala fe o abuso de derecho a través de esta vía (art. 7 Código Civil).

Nuestra experiencia judicial al respecto es escasa. Se rechazó de plano esta exención en la primera instancia del caso Putasgae-Asociación de internautas, considerando que dotarse de contenidos externos implica hacerlos propios (“se procede a la recopilación para hacer propios los contenidos”)<sup>74</sup>. Justo lo contrario que en el caso, CCOO vs. El Corte Inglés. Ahí se trataba la difusión en una web sindical de información panfletaria a la que se podía acceder en otros sitios de la web. El Tribunal excluyó la responsabilidad de los “simples mensajeros” de un contenido, pues la extensión de esta responsabilidad supondría “su ampliación a extremos

---

<sup>72</sup> Difícilmente traducibles al español, *embed* significa “enclavar”, “empotrar”, “incrustar”. Cada vez es más sencillo hacer *embeds* de integración de otros contenidos.

<sup>73</sup> SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5º; 22/1995, de 30 de enero, FJ 4º, textual en sentencia 136/2004, de 13 de septiembre de 2004, FJ 2º.

<sup>74</sup> Hay que decir, en todo caso, que su contestación es más amplia, y menos clara. Ver Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero.

insospechados”<sup>75</sup>. En el caso “Idiada”<sup>76</sup> se atribuía la responsabilidad sin dejar claro si era por difundir un contenido ilícito en unos dominios determinados o extender un contenido ilícito que ya estaba en la red.

Al respecto, puede citarse el caso canadiense Wayne Crookes, Sentencia del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, agosto de 2008<sup>77</sup>, sobre responsabilidad por enlaces a contenidos difamatorios. El juzgador señala que quien enlaza no está republicando o reeditando los contenidos enlazados, sino que más bien es como una nota a pie, siempre a salvo que la integración suponga una clara asunción y posicionamiento del contenido de lo enlazado<sup>78</sup>.

Por cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional para las “cartas al director”, no hay responsabilidad por lo publicado si el medio de comunicación ha sido diligente en la identificación de quien remite la carta. El Tribunal Constitucional fija el criterio de que el medio de comunicación “al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido” (sentencia 3/1997, de 13 de enero FJ 3º)<sup>79</sup>. La sentencia del

---

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio.

<sup>76</sup> Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 (Sección 1ª), de 10 octubre, *caso de la empresa Idiada*.

<sup>77</sup> Crookes v. Wikimedia Foundation Inc., 2008 BCSC 1424 (CanLII), <http://canlii.ca/t/21b1z> Ver también Crookes v. Newton, 2009 BCCA 392 (CanLII), <http://canlii.ca/t/25md2> confirmada en Crookes v. Newton, 2011 SCC 47 (CanLII), [2011] 3 SCR 269, <http://canlii.ca/t/fngpv>.

<sup>78</sup> Así, se afirma: [29] Un hipervínculo es como una nota a pie de página o una referencia a un sitio web en el material impreso, como un boletín informativo. El propósito de un hipervínculo es dirigir al lector a material adicional de una fuente distinta. La única diferencia es la facilidad con que un hipervínculo permite al lector, con un simple clic del ratón, para acceder al instante a la material adicional.

[30] Aunque en un hipervínculo proporciona acceso inmediato a material publicado en otro sitio web, esto no equivale a la republicación de los contenidos en el sitio originario. Esto es especialmente así por cuanto el lector puede o no seguir los enlaces proporcionados.

[31] [...] Yo concluyo que [poner un enlace] no convierte al responsable de la web en editor de todo lo que los lectores pueden encontrar en su sitio”.

<sup>79</sup> En esta sentencia resume la doctrina constitucional anterior expresada en dos sentencias previas. STC 15/1993 (Sala Primera), de 18 enero y STC 336/1993 (Sala Segunda), de 15 noviembre. De dicha doctrina se puede afirmar:

caso Mafius<sup>80</sup> condenó penalmente al joven responsable de un blog por las amenazas e injurias proferidas por los usuarios en el foro que creó, porque el foro permitía afirmaciones anónimas y no recogía el número IP<sup>81</sup>. Se aplicó con claridad la doctrina de las cartas al director<sup>82</sup>. A mi juicio, la aplicación de esa doctrina en general para la red es inadecuada y podría

- 
- El autor de los contenidos ajenos al medio ejerce su libre expresión o, en su caso, su derecho a informar, aun sin ser profesional de la comunicación.
  - El medio de comunicación que autoriza la carta al director ejerce el derecho a comunicar, el derecho a informar, con su deber de diligencia.
  - Esta diligencia “disminuye” (STC 15/1993, de 18 de enero), y se traduce, esencialmente, en que ‘el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación’, como es práctica habitual”;
  - este deber se fundamenta en tres pilares: que sea posible deslindar la libre expresión del autor ajeno al medio y la libre información de éste; el derecho a la información del medio y el de recibir información veraz por los lectores y, sobre todo, en conseguir un anclaje de responsabilidad, que el autor “asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito”, dado que, en otro caso, “se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado” [STC 336/1993, fundamento jurídico 7º,B)]”.

<sup>80</sup> Alumno de Instituto que crea foro en el que se insertan amenazas e injurias a un profesor. Resuelto inicialmente por sentencia de 30 de junio de 2006 del Juez de Primera Instancia e Instrucción de Arganda del Rey, que condena por amenazas e injurias (en apelación sólo por injurias por la Audiencia) y considera editor al responsable del blog que no retuvo el número IP. Esta sentencia fue sido parcialmente revocada por la Audiencia provincial. Pese a que los medios de comunicación señalen la revocación, lo que se conoce de la misma es que se mantiene la responsabilidad del alumno, pero sólo por injurias. Resulta de interés al respecto el comentario al respecto por destacadas firmas jurídicas y el mismo “Mafius” en <http://goo.gl/s6nUS>.

<sup>81</sup> La sentencia señala como factor para la atribución de la responsabilidad “que el propio editor en el Acto manifestó que había programado el blog para que se omita el apartado donde se recoge la dirección de IP lo que ha puesto de manifiesto en el citado blog reiteradamente como salvaguarda de impunidad”.

<sup>82</sup> Se afirma en la sentencia de instancia: “al autorizar la publicación del escrito, pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio, por este hecho, ha asumido su contenido lo que entrañará una doble consecuencia, una, que el ejercicio de las libertades que reconoce y garantiza el art. 20. 1 CE, habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido, y otra, que al medio corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito” “si el escrito se publica sin que el medio (en este caso el editor) conozca aquella identidad, en tal supuesto dicho escrito... No constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación

acabar con la web 2.0 y todos los actuales usos masivos en internet, esenciales para la libertad de expresión. Esta exención sí que debe aplicarse, pero sólo residualmente una vez se aprecie que no corresponde la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002. Es más, la exigencia de identificación más o menos robusta en internet debe tener una clara base legal. De una parte, por la afección que puede implicar para la libertad de expresión en los términos ya expuestos. Y, de otra parte, el sustento legal debe reforzarse por la afectación que implica para el anonimato y la privacidad de los usuarios la retención de sus datos, entre ellos el número IP.

Lo cierto es que no se trata únicamente de estas dos vías generales de exoneración. No hay que olvidar que si se ejerce la libertad informativa dentro de su contenido constitucional no hay antijuridicidad y, por lo tanto, no hay responsabilidad de quien difunde la información u opinión<sup>83</sup>. De hecho, la exención por cartas al director es una concreción de la protección de la libertad informativa que se ejerce con la diligencia exigible al informador y la exención por reportaje neutral deriva también de la prevalencia de la información veraz de interés público y la diligencia del informador. Es más, el derecho a no revelar las fuentes puede también verse en términos de exención de responsabilidad, dado que implica que no hay responsabilidad cuando se divulga información ilícita, pero que es veraz y de interés público, sin que se tenga la obligación de revelar la fuente. De este modo, se crea un espacio de inmunidad. Como hace años sostengo, es bien posible —e importante— proyectar el secreto profesional a internet<sup>84</sup>. Los años no han hecho más que subrayar la importancia de la cuestión (entre otros ejemplos, Wikileaks)<sup>85</sup>.

---

por el medio, ya que, entonces, el medio (autor) asume su contenido y la subsiguiente responsabilidad”.

<sup>83</sup> La jurisprudencia es abundante, STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5).

<sup>84</sup> Analicé la importancia de la cuestión, a favor de la generalización para internet en “Algunas claves para el análisis constitucional... cit., Acceso completo en <http://goo.gl/uKVpN>.

<sup>85</sup> Recientemente, ECHEVERRI, Álvaro, “Wikileaks y los arcana imperii”, en CORRADOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO Lorenzo (eds.) Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales, cit. pp. 325-338. Y especialmente, reticente a la generalización de esta garantía a internet, en la misma obra MORETÓN TOQUERO, M. Aránzazu “La

### ***3.2. El régimen de exclusión de responsabilidad específico para internet se aplica previamente a otros regímenes de responsabilidad***

También puede sostenerse que el sistema de exclusión general establecido por la Ley 34/2002, que es ley ordinaria, no es el aplicable bien porque en algunos ámbitos sólo la ley orgánica puede regular la materia, bien porque en razón del principio de especialidad en la aplicación de las leyes, deben aplicarse regímenes específicos de responsabilidad de garantía de derechos fundamentales. En el ámbito que aquí más interesa, respecto de la lesión de derechos de la personalidad, ha sido Grimalt<sup>86</sup> quien mejor ha sostenido esta posición que conlleva atribuir la responsabilidad eligiendo o in vigilando de los prestadores o intermediarios por los contenidos que se difunden a través de ellos. Ni más ni menos que invertir el principio de responsabilidad actual. Se afirma que el régimen de responsabilidad solidaria civil del artículo 65. 2º de la Ley de Prensa de 1966<sup>87</sup>, es un pilar básico en la protección de los derechos de la personalidad cuando se afectan por medios de comunicación. Que la especial protección constitucional al ejercicio de las libertades de expresión e información implica, como contrapartida, unos deberes de diligencia específicos y una particular responsabilidad, que es la que configura esta ley de prensa. Se sostiene que dicho régimen de responsabilidad ya se ha aplicado analógicamente a medios radiotelevisivos, por lo que, con mucha más razón a su juicio, es “perfectamente trasladable” a la prensa digital. En consecuencia, este

---

cláusula de conciencia y el secreto profesional del periodista en Internet”, pp. 119-142, de la misma autora *El secreto profesional de los periodistas de deber ético a Derecho Fundamental*, CEPC, Madrid, 2012.

<sup>86</sup> GRIMALT SERVERA, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 86-94; “La responsabilidad de los proveedores de información en internet y la Ley 14/1966, de prensa e imprenta”, en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*, cit., pp. 41-81. Específicamente en “Responsabilidad civil por contenidos en la red: Ley 34/2002 y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno”, su tesis en pp. 272 y ss. También, “Sentencia de 15 de enero de 2010: Protección de los contenidos publicitarios a través de la libertad de información y de la libertad de expresión. Límites a la libertad de información y a la libertad de expresión. Aplicación del art. 217 LEC y valoración de la prueba. Art. 24 CE e inadmisión de pruebas”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, pp. 1769-1784.

<sup>87</sup> “2. La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores, e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario”.

régimen de responsabilidad de la Ley de prensa sería norma especial y de aplicación “preferente” respecto del sistema general de la Ley 34/2002. Y ello, según Grimalt, siempre que se trate de supuestos de difusión de información en ejercicio de la libertad de información de forma integrada en una estructura y organización. Como se ha adelantado, la consecuencia de esta tesis de aplicar el régimen de la Ley de Prensa es que a los prestadores o intermediarios se les puede imponer la responsabilidad por hecho ajeno que tienen los editores y directores de medios de comunicación. Que la responsabilidad de la ley de prensa es una culpa in eligendo o in vigilando, que ha sido matizada por el TS con la idea del riesgo que se asume por crear programas radiofónicos o televisivos en directo. En el caso de internet se trataría del riesgo de crear las utilidades 2.0 que permiten integrar contenidos ilícitos a los usuarios (vídeos, comentarios, etc.).

Por el contrario, considero que la Ley 34/2002 debe aplicarse de modo previo y general también en estos supuestos. En primer término, y ya enunciado en el apartado anterior, hay un régimen expreso de responsabilidad para internet (la Ley 34/2002) y la aplicación de regímenes especiales no expresamente previstos para las particularidades de internet fragmenta el sistema de responsabilidad general que sí está previsto específicamente para internet y lo avoca a una inseguridad jurídica en la que la libertad de expresión e información es la víctima. Los regímenes especiales de responsabilidad por contenidos en internet, que bien puede haberlos, deben contar con regulación expresa que evite tal inseguridad. La línea del TEDH y el TJUE sobre la necesidad de una regulación adecuada y garantista avala esta posición.

En segundo lugar, porque el sistema de responsabilidad de la Ley de prensa está pensado para una estructura de comunicación diferente a la de internet. Imponer el control de contenidos por los prestadores o intermediarios choca con una de las claves de bóveda del desarrollo de la sociedad de la información en una sociedad democrática y es contrario a las libertades informativas de generadores de contenidos, prestadores y de los usuarios mismos de internet. En esta línea se han examinado supra las STJUE contrarias a la imposición de controles o filtros técnicos y no selectivos de contenidos. Las conclusiones del caso *Google vs AGPD* de 26 de junio de 2013 van en la línea de que no puede desvirtuarse el papel de intermediario del prestador de servicios haciéndole censurar el contenido<sup>88</sup>. Diversas

---

<sup>88</sup> “el proveedor de servicios [en este caso el buscador Google] necesitaría ponerse en la posición del editor de la página web fuente y comprobar si la difusión de

sentencias de tribunales menores en España han señalado que no puede exigirse a los prestadores e intermediarios el deber de control de editores o directores. En el ámbito civil: caso “aprendizmason.org”<sup>89</sup>. caso Veloxia<sup>90</sup> caso Mindoniense<sup>91</sup> o el caso Corporación dermoestética<sup>92</sup>, o en el ámbito penal, por ejemplo en el caso elcomentario.tv<sup>93</sup>.

---

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

<sup>89</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre para la que no puede equipararse prestador de servicios de la información a editor dada la imposibilidad de controlar el enorme volumen de información que se introduce en la Red.

<sup>90</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 511/2008 (Sección 10), de 16 de julio, caso Veloxia Network: “son situaciones diferentes: un editor tiene facultades de control y supervisión, mientras que como se examinará en el foro no siempre es posible si son contenidos ajenos (...), por imperativo legal, no responderá el servidor o almacenador, como regla general, salvo cuando realice un acto positivo, más allá de la simple facilitación de un servicio, mediante la creación de contenidos propios o seleccionando ajenos (...)”.

<sup>91</sup> Sobre afirmaciones insultantes contra el Alcalde de Mondoñedo (Lugo) en [www.mindoniense.com](http://www.mindoniense.com) Sentencia de instancia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Mondoñedo y, en especial, sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, sentencia nº 538/2009, que confirma la anterior, acceso en <http://goo.gl/oVPmU> En su FJ 4º se afirma que “tampoco es aplicable por analogía la Ley de prensa e imprenta, no siendo un instrumento semejante pues en los foros no se controlan los contenidos previamente”.

<sup>92</sup> Sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 18 de Valencia nº 244/2010, de 27 de octubre. En su FJ 2º “debe tenerse en cuenta que en la denominada “blogosfera” o también “Web 2.0” la diferencia con una publicación normal es que la misma es abierta a la participación de todos los internautas. Por tanto, el autor del blog no consta que tuviera el control de dicha carta, lo cual se podría haber probado con el conocimiento de la “IP” de quien introdujo dicha carta, cuestión ésta sobre la que ninguna prueba existe en autos, por lo que no puede imputarse el contenido de la misma al demandado”.

<sup>93</sup> En el Auto de 18 de septiembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Oviedo por injurias en foro por autor anónimo viene a señalar que el sistema de responsabilidad en cascada previsto del art. 30 CP no es de aplicación al caso de un sitio web, porque “en la red no resulta posible un filtrado pleno del contenido de los

Como más tarde se señala, la no imposición general de controles preventivos no obsta las posibilidades regular legalmente obligaciones de control a posteriori de contenidos ilícitos una vez detectados así como deberes de diligencia determinados, también para quienes intermedian en los contenidos.

Y en tercer lugar, cabe rechazar la aplicación de la Ley de prensa de forma previa a la Ley 34/2002 porque el TS ha rechazado dicha tesis. La ya mencionada STS 742/2012 de 4 de diciembre de 2012, Civil, en el caso *merodeando.com* aplica el sistema de exclusión de la Ley 34/2002 respecto de la protección civil de los derechos fundamentales, como el honor<sup>94</sup>. Así pues, no se trata de aplicar la Ley de prensa o la Ley 34/2002, sino que hay que apreciar si concurre el supuesto de exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 y, de no concurrir, aplicar el régimen de responsabilidad que corresponda, si es el caso, el de la Ley de prensa.

Así las cosas, entiendo que esta solución de aplicación plena de la Ley 34/2002 ha de darse tanto respecto de derechos de la personalidad cuanto en otros ámbitos particulares de protección de derechos fundamentales que no cuenten con un régimen específico y explícito especial respecto de la responsabilidad por contenidos en internet. Y por ello mismo, con la regulación actual cabe aplicar la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 respecto del derecho de protección de datos y sus proyecciones en el ámbito civil y administrativo y sancionador<sup>95</sup>.

---

mensajes que se reciben e insertan en la página o los foros que forman parte de ella por lo que puede suceder que sin intervención alguna del responsable ocurra que se utilice la página para verter expresiones que pudieran ser constitutivas de delito; no siendo por ello suficiente, para pregonar una responsabilidad penal, la simple administración de la página puesto que ello no supone participación no ya sólo en la confección de las expresiones sino tampoco en su publicidad y conocimiento de terceros”.

<sup>94</sup> En este sentido, como se señala supra, la STS 742/2012 de 4/12/2012 Civil, *casomerodeando.com* aplica este esquema es para el ámbito de derechos de la personalidad y la Ley 1/1982. En el caso concreto se aprecia que no procede la exclusión del prestador intermediario, si bien, considera la conducta amparada por la libertad de expresión. Grimalt se mostraba contrario a este parecer por la falta del carácter orgánico de la Ley 34/2002 en sus trabajos citados *La protección civil de los derechos...*, pp. 86-94 y más recientemente en “Responsabilidad civil por contenidos en la red... cit.

<sup>95</sup> La AGPD ha venido aplicando el sistema de exclusión de la Ley 34/2002 sin problemas desde antiguo para foros de internet, alojadores o buscadores. Así, por ejemplo, resolución archivo expediente N°: E/00236/2006; Procedimiento n°:

La particularidad inherente al ámbito penal y la existencia de una regulación explícita en el Código Penal hace más compleja la cuestión de la aplicabilidad de la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 en este terreno en tanto en cuanto no es una ley orgánica de carácter penal. Obviamente, el legislador puede explicitar en el futuro el régimen penal de responsabilidad por contenidos en internet de prestadores e intermediarios con las suficientes garantías. Mientras tanto, la mayor parte de las decisiones judiciales penales tienden a aplicar el régimen de exclusión de la Ley 34/2002. Así sucede en los numerosos casos relativos a las páginas web de enlaces y descargas de contenidos protegidos por la propiedad intelectual<sup>96</sup>. También ocurre en los supuestos penales de derechos de la personalidad, en los que además de aplicarse la Ley 34/2002, en algunas decisiones judiciales se considera que no procede aplicar el régimen específico de la responsabilidad en cascada del artículo 30 del Código penal<sup>97</sup>.

---

TD/00266/2007 resolución R/00598/2007 o procedimiento N°: TD/01164/2008 Resolución N°. R/01871/.

<sup>96</sup> Entre otras muchas resoluciones cabe mencionar el Auto N° 554/10 a 11 de mayo de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 23, Caso *CVCDGO*, página de enlaces que confirma el archivo; la sentencia n° 334/2010, de 20 de octubre del Juzgado de lo penal n° 1 Zaragoza, caso *Digital + vs. Zackyfiles*. Se afirma que la responsabilidad del webmaster por enlaces sólo cabe en los supuestos recogidos en el artículo 17 de la LSSI (confirmada en AP); Auto del Juzgado de Instrucción de El Ferrol, de 24 de enero de 2011, caso *Estrenosdivx.com* D.P. 518/07, en razón del art. 17 Ley 34/2002 la actividad de enlazar no se considera delictiva; Auto n° 52/2012, de 3 de febrero Audiencia Provincial de Álava caso *Cinetube*, sobreseimiento web de enlaces por Ley 34/2002. Auto 22/2013, de 8 de enero, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Secc. 1°, caso *Estrenosdivx*.

<sup>97</sup> En el ámbito de los derechos de la personalidad son varias las decisiones de tribunales menores. Así, la SAP de Toledo (Sección 1ª) núm. 41/2012 de 1 junio, caso *foro Internet Talavera 3000* que aplica la Ley 34/2002. La Audiencia Provincial de Cáceres en Auto de 30 de octubre de 2006, (caso *Veloxia Network I*) consideró aplicable el sistema de responsabilidad en cascada del artículo 30 del Código Penal al caso de un foro de internet, si bien admitiendo la exclusión de responsabilidad en el caso de acreditarse la falta de conocimiento efectivo de acuerdo con el art. 16 Ley 34/2002. La sentencia 96/2007 de la AP Madrid, Sección 3ª, de 26 de febrero de 2007, caso *Mafius*, el tribunal entendió que el art. 30 del CP no es aplicable a internet, al no tratarse de un medio de reproducción mecánico, pero tampoco consideró aplicable la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002.

La Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de 9 de abril 2008, caso *World Network* no discutió la aplicabilidad del art. 30 CP y dio a entender que el artículo 16 Ley 34/2002 era de aplicación por cuanto no se demostró que hubiera conocimiento efectivo.

Desde la doctrina, desde un inicio se ha rechazado la aplicación a internet del artículo 30 CP<sup>98</sup> se ha sostenido con acierto que la comisión del delito por el prestador o intermediario en modo alguno podría quedar en mano de particulares, es decir, la comisión o no del delito no puede depender de que la víctima haya transmitido de algún modo al prestador o intermediario que puede existir un ilícito penal, para que desde este momento el prestador tenga conocimiento efectivo y, por tanto pasara a contraer responsabilidad penal por los contenidos que intermedia. Se puede, pues, sostener que el conocimiento efectivo sólo se tiene cuando el prestador o intermediario de la ilicitud de los contenidos recibe comunicación por parte del órgano judicial penal<sup>99</sup>.

---

El Auto de 18 de septiembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Oviedo (caso elcomentario.tv) por injurias en foro por autor anónimo viene a señalar que el sistema de responsabilidad en cascada previsto del art. 30 CP no es de aplicación al caso de un sitio web, argumentando porque “en la red no resulta posible un filtrado pleno del contenido de los mensajes que se reciben e insertan en la página o los foros que forman parte de ella por lo que puede suceder que sin intervención alguna del responsable ocurra que se utilice la página para verter expresiones que pudieran ser constitutivas de delito; no siendo por ello suficiente, para pregonar una responsabilidad penal, la simple administración de la página puesto que ello no supone participación no ya sólo en la confección de las expresiones sino tampoco en su publicidad y conocimiento de terceros”.

<sup>98</sup> Así, desde un inicio uno de los referentes en la materia penal en España, MORALES GARCÍA, Óscar, “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º. 9, 2002 [monográfico Delincuencia informática: problemas de responsabilidad/ Oscar Morales García (Dir.)], pp. 179-240. Acceso completo en internet.

<sup>99</sup> Al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., “Las implicaciones penales de la Ley 34/2002 para los proveedores de servicios de internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información...* cit. pp. 387-412, p. 411. “En ningún caso puede exigirse que sean los propios prestadores de servicios quienes determinen la existencia de un delito, lo cual resultaría absolutamente inadmisibles. Tal y como antes apuntamos, sólo un tribunal penal está legitimado para realizar tal valoración”.

#### 4. LA ACTUAL INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD IMPLICA LA RESTRICCIÓN DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

##### *4.1. Una normativa que no se pensó para la generalización de la web 2.0*

Otro problema que se presenta es que las normas de exclusión lo son para “prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos” (art. 16 Ley 34/2002) o “prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda” (art. 17 Ley 34/2002). La Directiva o la Ley 34/2002 se pensaron más para intermediarios técnicos que ejerciesen su actividad básicamente con neutralidad técnica. No se pensaron, por el contrario, para la generalización de la web 2.0 en la que los prestadores o intermediarios permiten a los terceros usuarios integrar contenidos conflictivos en sus servicios y aplicaciones; el régimen de responsabilidad no se ideó para utilidades que redifunden o seleccionan —de forma automatizada o no— contenidos de otros —como enlaces o contenidos sindicados a través de agregadores merced a rss y el lenguaje xml, etc.—. Así, no se da una completa neutralidad técnica, pero tampoco el intermediario acomete un proceso de selección editorial, ni por lo general implica una colaboración deliberada para cometer ilícitos. Por ello, según como se interprete, la creación, disposición para su uso o el mismo uso de estos servicios y actividades de la web 2.0 por los intermediarios pueden ser considerado “un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados” y, por tanto, no aplicarse la exclusión de responsabilidad<sup>100</sup>.

Cabe preguntarse, pues, si cualquier sitio y uso típico de la web 2.0 (desde un foro clásico a *Youtube*, de un *embed* a un *retuiteo*) se acomete por un “prestador de servicio de intermediación”<sup>101</sup>, esto es, si quedan sujetos al régimen del artículo 16 o del 17 Ley 34/2002 quienes integran o se redi-

<sup>100</sup> Criterio según el fallo de la sentencia TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton*).

<sup>101</sup> Según el anexo de definiciones de la Ley 34/2002: b) “Servicio de intermediación” servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros

funden contenidos de terceros. La indefinición legislativa debe superarse. Mientras tanto, debe apostarse a mi juicio a favor de la no responsabilización en aras de las libertades informativas. En la línea de conclusiones del caso *Google vs AGPD* de 2013, a la espera de una regulación cada día más necesaria, procede aplicar el principio de proporcionalidad para llegar a resultados razonables en la aplicación de la norma desfasada, a mi juicio, apostando por la libertad de expresión.

En EEUU, también con una norma que no preveía el desarrollo de internet, aunque sí la existencia de “servicios interactivos”, se ha optado por una interpretación extensiva de los prestadores de servicios que permite alcanzar fácilmente la exclusión de responsabilidad a los usos de la web 2.0, en garantía de la libertad de expresión. Así, el marco general del artículo 230 de la CDA se ha aplicado pacíficamente para los generales servicios interactivos e intermediación típica de la web 2.0 (foros, listas de correo, blogs, etc.)<sup>102</sup>. En España se aplica el artículo 16 Ley 34/2002 considerando como prestador o intermediario a los típicos servicios 2.0 que integran contenidos de terceros (como comentarios en un foro o vídeos, por ejemplo)<sup>103</sup>. No obstante, como se aprecia a continuación, es a través del concepto de “conocimiento efectivo” por el que se ha pasado a responsabilizar por los contenidos ilícitos de terceros difundidos a través de intermediarios o prestadores, juzgándose a través de este conocimiento efectivo la intención, diligencia y otros elementos en su diseño y con los que se hace la difusión o redifusión de contenidos de terceros. Como a continuación se defiende, se trata de una visión expansiva del “conocimiento efectivo” y, por tanto, restrictiva de la libertad de expresión e información en internet.

---

y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet.

<sup>102</sup> Al respecto ver lo afirmado en las notas 28, 29 y 30 y el texto principal que acompañan.

<sup>103</sup> Así por ejemplo, desde el primer caso ante el TS Civil caso SGAE contra la Asociación de Internautas, Sentencia 773/2009 de la Sala de lo Civil del TS de 9 de diciembre, y el caso *Quejasonline*, Sentencia 316/2010 de la Sala de lo Civil del TS de 18 de mayo de 2010 o respecto de un foro de *El Economista* en la STS Civil, de 26 de febrero, nº 128/2013 dictada en el recurso 1500/2011 (Xiol).

#### 4.2. *El principal problema. El “conocimiento efectivo” que ha degenerado en el control de contenidos y en deberes de diligencia sin sustento legal*

El tercer y principal problema es el relativo al “conocimiento efectivo”. El sistema europeo parecía seguir un esquema de “puerto seguro” algo similar al de la DMCA estadounidense. Sin embargo, la norma europea no regula ningún procedimiento de notificación y retirada de contenidos a instancia de los usuarios afectados por los contenidos ilícitos. En consecuencia, en Europa la exclusión de responsabilidad se hace depender de un “conocimiento efectivo” que no fue definido por la Directiva que lleva a resultados dispares y, sobre todo, a una gran indefinición. En España, frente a la Directiva, el texto de la Ley 34/2002 era bastante claro al respecto en sus artículos 16 y 17. Se optaba con por uno de los dos polos de solución a los que en principio permite llegar la Directiva, que el conocimiento efectivo se haga depender de la comunicación al prestador por una autoridad competente, esto es, que no valga una notificación privada:

“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

Dado que en España no hay acuerdos, ni se han establecido “otros medios” de los que habla el final de ese precepto, siguiendo el texto mismo de la ley había de entenderse que el prestador o intermediario queda excluido de responsabilidad hasta que tenga conocimiento efectivo, el cual sólo se daría cuando conozca una resolución o tenga comunicación de una autoridad competente administrativa o judicial. Además del tenor literal de la ley, esta es la interpretación conforme a la Constitución que procede. La evitación del efecto amenazante antes reseñado y la protección de la libertad de expresión habían de llevar a esta interpretación restrictiva y no expansiva del conocimiento efectivo<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Así por ejemplo, la SAP Cádiz 326/2010, de 4 de noviembre, FJ 2º: “En suma, como viene manteniendo la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (Madrid, sección 14ª, de 20/12/2005, Barcelona, Sección 19ª, de 3/03/2010) el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores, ha optado por la no obligación de fiscalizar con carácter general y *a priori*, esto es, antes de que cada uno de los comentarios sean publica-

Sin embargo, pese a una ley relativamente clara, las soluciones de tribunales menores han sido de lo más variopinto<sup>105</sup>. Y parte de la doctrina<sup>106</sup> y el TS finalmente se han encargado de hacer una interpretación expansiva del conocimiento efectivo. Esta línea interpretativa ha servido para imponer al prestador o intermediario toda una serie de obligaciones y diligencia en su cumplimiento sin sustento legal, como la diligencia en la identificación de sus usuarios, u obligaciones en el establecimiento de mecanismos de contacto eficaz y rápido con el prestador más allá de lo que la ley exige<sup>107</sup>.

---

dos, los contenidos por parte de los prestadores de servicios. No obstante ello, sí se les impone un deber de diligencia (...), y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores (...)"

<sup>105</sup> Sobre el tema y las diversas soluciones jurisprudenciales, hasta 2006, mi trabajo, "Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión...", cit. En todo caso, para el seguimiento judicial cabe remitir especialmente a la web de Miquel Peguera <http://responsabilidadinternet.wordpress.com> y a diversos de sus trabajos. Entre ellos, de acceso completo PEGUERA POCH, Miquel, "Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspectives", N° 1, JIPI-TEC 151, para. 1., 2010.

También para el seguimiento jurisprudencial de la materia, cabe tener en cuenta los trabajos de MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela P, "El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n.º. 26, 2011, pp. 87-100 y "La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente", en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...* cit. pp. 283-299, acceso completo en internet.

Como recuerda Peguera, aproximadamente los juzgados y tribunales españoles han fallado unos cincuenta casos sobre responsabilidad de intermediarios. Alrededor de la mitad de los casos versan sobre contenido difamatorio, particularmente comentarios vertidos por los usuarios en *blogs, wikis* y foros, y la otra mitad sobre provisión de enlaces a contenidos protegidos por copyright en redes *peer to peer*.

<sup>106</sup> Sobre el tema, particularmente interesante, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Deberes de los servidores en la Ley 34/2002", en su obra coordinada, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento...*, cit., pp. 29-48. pp. 38 y ss. El autor señala como partidarios de cierta posición expansiva a Peguera Poch, Busto Lago y Massaguer. En una posición restrictiva, como la que él defiende, Garrote.

<sup>107</sup> En esta dirección la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 181/2010 (Sección 21), de 13 de abril, caso *Rankia* o el ya referido caso *Mindoniense* sobre la diligencia en que el titular de la web tenga actualizados los datos del contacto, que la respuesta del prestador del servicio sea rápida y eficiente. En el caso *Alasbarricadas.org*, se reprochó al administrador del foro no tener actualizados sus datos de contacto.

No obstante, no hay un criterio claro sobre la diligencia del prestador para atribuirle la responsabilidad. Así, por ejemplo, en el Auto Juzgado de lo Mercantil

Y, sobre todo, esta jurisprudencia implica que para que el intermediario pueda gozar de la exclusión de responsabilidad tiene que pasar a ser editor o controlador de contenidos con cierta diligencia.

El legislador hasta hoy no ha establecido tales obligaciones y responsabilidades, sino que la Ley 34/2002 sólo ha fijado obligaciones en los artículos 10 (información obligatoria), 11 (deber de colaboración) y 16 y 17 (obligaciones una vez tengan conocimiento efectivo). Sólo en estas previsiones está determinada legalmente la diligencia. Como señala López de la Peña, este plus de control que reivindica la jurisprudencia debería basarse en incidir en el cumplimiento de estas obligaciones legales<sup>108</sup>. El legislador podrá establecer determinadas cargas, obligaciones y responsabilidades a los prestadores o intermediarios que no sean restricciones desproporcionadas para la libertad de expresión, pero de momento no lo ha hecho.

Esta dirección que se ha expuesto se asume por el TS desde su primera sentencia en la materia: SSTS de la Sala 1ª Civil 773/2009, de 9/12/2009 (caso *Putasgae-Asociación de internautas*); STS 316/2010, de 18/05/2010 (caso *Quejasonline*)<sup>109</sup>; STS 72/2011, de 10/02/2011 (caso *Alasbarricadas*); STS 172/2012, de 3/04/2012 (caso *Megakini*, sobre art. 15); STS 742/2012 de 4/12/2012 de 4 de diciembre de 2012, (caso *Merodeando*, sobre el art. 17); STS 128/2013 de 26/2/2013 (caso *foro de El Economista*) o STS 144/2013 de 4/3/2013 (caso *Operación Malaya en Google*).

---

nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004, *caso medidas cautelares Weblisten* se tuvo en cuenta “su plena disposición a colaborar”, al igual que en el caso *aprendizmason.org* (Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre) se tuvo en cuenta que el prestador comunicó con el autor de los contenidos. Por el contrario, en el caso “*putasgae*” no se tuvo en cuenta que la Asociación de internautas nada más tener conocimiento de la existencia de la demanda retiró los contenidos diligentemente, y no como maniobra de ocultación de pruebas.

<sup>108</sup> LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., “Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios. El caso Putasgae”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 3, junio 2010. pp. 19-28.

<sup>109</sup> Sobre esta línea jurisprudencial BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 84, 2010, pp. 1603-1615. También, PANIZA FULLANA, Antonia, “El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: a propósito de la STS de 18 de mayo de 2010”, en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, 4, 2010, pp. 27-36.

En las primeras sentencias del TS en 2009 se partía de que la Directiva no permite un sistema con control<sup>110</sup>. Más recientemente se recoge la STJUE, de 16 de febrero de 2012, C-360/10, por la que es contrario a la libertad de expresión ordenar un sistema de filtrado de contenidos previo. Sin embargo, pese a partir de tales correctas premisas, los resultados finales son bien otros. Como muestra más llamativa y reciente, la sentencia en el caso *foro de El Economista*<sup>111</sup> en la que el TS en 2013 señala que “la entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas” (FJ 4º). Además, se utiliza el concepto de conocimiento efectivo para culpar al intermediario por rehusar un burofax que ni se había mandado por quien era el afectado, ni iba dirigido al periódico online —que estaba perfectamente identificado—. En dicha sentencia, como ya adelantaran otras sentencias de tribunales inferiores<sup>112</sup>, se insiste especialmente en que el carácter evidente y notorio de la ilicitud de un contenido implica ya de por sí el conocimiento efectivo, sobre la premisa de un deber mínimo de control por el intermediario. En otros casos importantes, tribunales inferiores han negado que el intermediario tenga que controlar contenidos (eso sí, el intermediario era *Youtube*), si bien pasan a ser responsables de los contenidos una vez los afectados les comuniquen privadamente que hay una

---

<sup>110</sup> Así en la primera STS 773/2009, de 9 de diciembre (caso *putasgae*), FJ 2º se parte de que “de esa intromisión no debe responder ella, sino quien fuera su autor, porque, en otro caso, se le estaría exigiendo un deber de efectivo control de las opiniones almacenadas, en detrimento de la libertad de expresión de los proveedores de contenidos”.

<sup>111</sup> STS Civil, de 26 de febrero, nº 128/2013 dictada en el recurso 1500/2011 (Xiol).

<sup>112</sup> Así con claridad, la SAP de Toledo (Sección 1ª) núm. 41/2012 de 1 junio, caso *foro Internet Talavera 3000*, en su FJ 5º se afirma que “el prestador será responsable si se introducen los datos en el servidor aunque ningún tribunal los haya declarado ilícitos, del mismo modo que cuando alguien dirige frente a otros expresiones que en el común son entendidas como ofensivas como ocurre en este caso, el prestador de servicios no tiene que esperar a que así se declaren por el tribunal.” “[S]in necesidad de declaración judicial alguna, tiene el deber de impedir comentarios insultantes, y precisamente esa reiteración de comentarios le hace si cabe más responsable, pues el deber vigilancia sobre el contenido de los mismos se extrema”. Entre otras, también, SAP Barcelona 707/2010, Sección 14ª, de 29 de noviembre, FJ 3º “la instalación de los foros en las páginas web exige un plus del deber de control de los contenidos para evitar actos claramente delictivos, o hechos atentatorios al honor, intimidad o dignidad de las personas”.

ilicitud (caso *Telecinco vs. Youtube*)<sup>113</sup>. En este ámbito, la sentencia del TJUE asunto C-607/11 (ITV Broadcasting Ltd. y otros/ TVCatchup Ltd) de 7 de marzo de 2013, avala que el afectado pueda prohibir la retransmisión de sus obras al tratarse de una “comunicación al público”. También, en sentencia ratificada por el TS, se ha responsabilizado a una Administración<sup>114</sup> por los contenidos ilícitos integrados por terceros usuarios del “libro de visitas” municipal. Los contenidos sólo estuvieron 10 días en la web y se retiraron de forma inmediata al primer momento. Este espacio 2.0 municipal fue cerrado judicialmente y con obligación de indemnizar<sup>115</sup>. Así las

---

<sup>113</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010. Se estima que el titular de derechos debe identificar los ilícitos y comunicar a *YouTube* los videos que infringen sus derechos de autor. Eso sí, una vez identificados y notificados a *YouTube*, este pasa a tener conocimiento efectivo y debe removerlos para poder ampararse en la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002.

<sup>114</sup> Si la cuestión es compleja en general, se complica más si cabe cuando esta integración de contenidos se da en un sitio institucional y, por lo tanto, concurre la posible la responsabilidad de la administración. Y es que, ante el silencio total de la Ley 34/2002 sobre la Administración, puede dudarse que se aplique el régimen de responsabilidad de esta Ley. Asimismo, la responsabilidad de la Administración es objetiva, o cuanto menos, más objetiva que la de los sujetos privados. De ahí que puede partirse de la premisa de una mayor responsabilización por permitir integrar contenidos de terceros en sitios propios o seleccionar enlaces que contengan ilícitos, por ejemplo.

Sobre el tema VALERO TORRIJOS, Julián, “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la prestación de servicios de intermediación”, en Cavanillas Múgica, Santiago (coord.), Cavanillas Múgica, Santiago (coord.), Deberes y responsabilidades de los servidores... cit., pp. 115-144, en especial, pp. 123 y ss. También, CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “La difusión de información pública a través de los medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en Cotino Hueso, L. y Valero Torrijos, J. (coords.) Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 350-395.

<sup>115</sup> Se trata de la sentencia de 10 de diciembre de 2007 en el juicio ordinario nº 151/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lora del Río (Sevilla) que ordena el cierre del libro de visitas del Ayuntamiento de Peñaflores e impone una indemnización de 18.000 euros. Se impone el deber de controlar porque estaba en juego derechos de un menor, “lo mismo que si de un libro físico se hubiera tratado o de si algún vecino hubiera acudido al consistorio a dejar panfletos en el mostrador de información”.

Cabe señalar que la sentencia fue ratificada por la STS 290/2012 (Sala 1) de 11 de mayo, si bien este aspecto no fue objeto de recurso.

cosas esta línea no sólo es contraria a las libertades informativas, sino a las tendencias de gobierno abierto participativo y transparente a través de las nuevas tecnologías<sup>116</sup>.

Esta línea jurisprudencial del TS no obsta para que, según las circunstancias del caso concreto, en algunas sentencias se entendiera que no había habido conocimiento efectivo del intermediario y, por tanto, había exclusión de responsabilidad. Así, por ejemplo, en el caso *Quejasonline u Operación Malaya en Google*. En otras ocasiones, aunque el TS interpreta expansivamente el concepto de conocimiento efectivo y por tanto, no aplica la exclusión de responsabilidad, considera que no hay responsabilidad por no ser antijurídica la conducta al prevalecer la libertad de expresión (caso *Merodeando*).

El resultado es un sistema de responsabilidad, en la línea de imponer deberes de diligencia sin sustento legal y responsabilizar a los intermediarios, alojadores o redifusores de contenidos ajenos e imponerles el control de contenidos. El resultado es, pues, diametralmente opuesto al del EEUU expuesto *supra*.

Esta situación negativa para la libertad de expresión no es exclusiva de España. Las soluciones legislativas y jurisprudenciales en los países de la UE son de lo más variado tal y como se reflejan en completos estudios comparados a cargo de la Comisión Europea en 2007 y 2011<sup>117</sup>. Así, se llegó a

---

<sup>116</sup> Sobre el gobierno abierto y sus implicaciones jurídicas, mi trabajo “Derecho y ‘Gobierno Abierto’. La regulación de la transparencia y la participación y de su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 41-42, monográfico transparencia y participación, 2013.

<sup>117</sup> VERBIEST, Thibault; SPINDLER, Gerald; RICCIO, Giovanni; María VAN DER PERRE, Aurélie, Study on the liability of internet intermediaries, (MONTERO, Dir.), 12 de noviembre de 2007, Documento elaborado para la Comisión Europea: Markt/2006/09/E, acceso completo en internet.

El estudio general en:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/study/liability/final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf).

Acceso al estudio general y de cada Estado miembro:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/directive/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm).

Asimismo y más reciente, el amplio y sólido documento de trabajo adjunto a la Comunicación COM(2011) 942 final sobre los procedimientos de notificación y actuación sobre los contenidos ilícitos en línea organizada por intermediarios COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Online services, including e-commerce, in the Single Market

condenar a prisión a tres directivos de Google Italia por un vídeo colgado por un tercero en el que se mostraba a un chico autista siendo vejado por sus compañeros, pese a que se retiró al momento de conocer el mismo. Así en aplicación de normas penales y de protección de datos<sup>118</sup>. También cabe mencionar diversas sentencias condenatorias a Google, por sus sugerencias de búsqueda, como la sentencia de 12 de julio de 2012, la Corte de Casación francesa<sup>119</sup>. En Gran Bretaña por ejemplo se ha denegado la exclusión de responsabilidad cuando hay algún género de moderación posterior de los contenidos por parte del intermediario que los aloja, ya se tratara de remover otros comentarios ofensivos o incluso la corrección tipográfica o gramatical<sup>120</sup>. La sentencia del 23 de junio de 2009 del Tribunal Supremo alemán reconoció prevalencia de la libertad de comunicación (excluyendo que se tratase del privilegio de la prensa) de un portal de evaluación de maestros (*Spickmich.de*). Pero tal prevalencia se reconoció gracias a que, pese a que había anonimato, se contaba con un sistema algo robusto de identificación de usuarios y la información no era indexable para los buscadores<sup>121</sup>.

La jurisprudencia parece que sólo intenta evitar resultados injustos en cada caso concreto. Pero el precio de alcanzar la justicia material de cada

---

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011\\_1641\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011_1641_en.pdf).

de especial interés las páginas 24-51 y el Anexo II, pp. 137 y ss. Con un cuadro sistemático sobre los sistemas de notificación y sus características en diez Estados miembros.

<sup>118</sup> Así en la inicial sentencia de 24 de febrero de 2010 Tribunal Ordinario de Milán, Secc. 4ª penal, *Associazioni Vivi-Down vs. Google Italy s.r.l.*

[http://speciali.espresso.repubblica.it//pdf/Motivazioni\\_sentenza\\_Google.pdf](http://speciali.espresso.repubblica.it//pdf/Motivazioni_sentenza_Google.pdf).

Aunque las condenas se revocan en la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 de la Corte de Apelación de Milán, Secc. 1ª penal.

<http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/02/sentenza-google.pdf>.

<sup>119</sup> [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3464](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3464).

<sup>120</sup> *Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010). Acceso en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/690.html>.

<sup>121</sup> *Bundesgerichtshof - BGH* del 23 de junio 2009, VI ZR 196/08, publicado en NJW 2009, p. 2888 et seq. y MMR 2009, p. 608 et seq. Auto a limine de la Corte Constitucional alemana (*Bundesverfassungsgericht - BverfG*) del 16 de agosto 2010, 1 BvR 1750/09.

Al respecto, cabe seguir KLINK, Thomas, “La actual posición del TS alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de “la chuleta” “spickmich.de”, en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...* cit. pp. 88-98.

supuesto es el de generar incertidumbre e inseguridad jurídica en los prestadores e intermediarios. Se ha afirmado con razón que “[I]a ductilidad de un requisito como el de “conocimiento efectivo” abruma”<sup>122</sup>. La decisión del caso queda al criterio del juez último. Y ello lleva a la violación de la libertad de expresión<sup>123</sup>, a mi juicio por dos motivos. El primero, por el efecto amenazante que generan. La incertidumbre incentiva la autocensura, la censura colateral, el prestador o intermediario queda en la aludida posición amenazada porque debe vigilar todos los contenidos, establecer sistemas de control de acceso y moderación previos y, además, tiene que retirar cualquier contenido dudoso y, sin duda, retirarlo al momento de una simple comunicación por un sujeto privado. En palabras de las conclusiones del caso Google vs AGPD de 2013:

“desaconsejaría al Tribunal de Justicia que declarara que estos intereses en conflicto pueden equilibrarse de modo satisfactorio en cada situación concreta sobre una base casuística, dejando la decisión en manos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet. Es posible que tales “procedimientos de detección y retirada”, si los exige el Tribunal de Justicia, conduzcan a una retirada automática de enlaces a todo contenido controvertido o a un número de solicitudes inmanejable formuladas por los proveedores de servicios de motor de búsqueda en internet más populares y más importantes.” (ap. 133).

El segundo motivo de la situación de inconstitucionalidad actual, íntimamente conectado con el anterior, es precisamente la falta de una regulación legal adecuada, previsible y garantista en los términos exigidos por la STEDH de 18 de diciembre de 2012 en el asunto Ahmet Yıldırım c. Turquía para el bloqueo de contenidos. Asimismo, como se señala en las conclusiones del caso Google vs AGPD, es necesaria una “protección legal adecuada” de las relaciones privadas para que el prestador o intermediario no censuren y lesionen la libertad de expresión del generador de contenidos<sup>124</sup>. Uno y otros motivos de la situación actual lesiva de la libertad de

---

<sup>122</sup> RUBÍ PUIG, A., “Derecho al honor *on-line* y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del “conocimiento efectivo” en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010”, Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, N° 4-2010, pp. 1-20, cita p. 7.

<sup>123</sup> También critica desde la libertad de expresión, LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., “Libertad de expresión e Internet... *cit.*”

<sup>124</sup> Ap. 134: “Ello traería consigo una interferencia en la libertad de expresión del editor de la página web, que no disfrutaría de una protección legal adecuada en tal situación, dado que cualquier “procedimiento de detección y retirada” que no esté regulado es una cuestión privada entre el interesado y el proveedor de servi-

expresión e información son subsanables con una adecuada acción normativa europea y, en su caso, estatal.

## 5. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE Y PROPUESTAS DE FUTURO

### 5.1. *La eternamente esperada reforma de la Directiva*

La Directiva de Comercio electrónico de 2000 se ha quedado claramente obsoleta y no sirve para generar un marco homogéneo y previsible en Europa ni facilita que los estados miembros cumplan los estándares de legalidad exigibles. La UE y los Estados miembros lo saben y se conocen diversas soluciones. Pero los pasos para adoptarlas se eternizan. Mientras las decisiones normativas no llegan, la realidad de internet sigue cambiando, los grandes prestadores van anclando sus posiciones de poder al tiempo que cristaliza la demanda de sus servicios por cientos de millones de usuarios europeos. Ello condiciona sin duda la toma de decisiones y las posibilidades de elevar el nivel de exigencias a estos prestadores. Con el paso del tiempo, también varían algunas de las premisas jurídicas de las que partir, como por ejemplo, la sentencia del caso *Google vs AGPD* o la aprobación de un Reglamento europeo de protección de datos —estancado también desde enero de 2012—.

Encargado por la Comisión Europea, desde 2007 existe un completo estudio jurídico general<sup>125</sup> y particular de cada Estado miembro en el que se caracterizan de forma concreta los problemas y se proponen diversas soluciones a adoptar. Dicho estudio tiene en cuenta la dificultad que en muchos casos supone para los meros intermediarios el juicio de legalidad de contenidos que pueden ser ilícitos por propiedad intelectual o derechos de la personalidad. Aún es más, se afirma que dado “que la libertad de expresión es uno de los elementos fundamentales de la democracia, [...] los proveedores no puede ejercer un papel de juez —con el fin de evaluar la legitimidad de un contenido—. Además, dada la gran cantidad de información en internet no pueden ser [los intermediarios] comparados a editores que puedan llevar a cabo controles marginales a través de los empleados

---

cios de motor de búsqueda. Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero”.

<sup>125</sup> El citado estudio VERBIEST, Thibault y otros, *Study on the liability of internet intermediaries*, cit. Tanto el general como el análisis comparado de cada Estado miembro.

antes de la publicación. Por último, si los proveedores han de actuar ante meras notificaciones [de contenidos ilegales de los afectados] podría haber posibles abusos por “víctimas” ficticias que buscan obstaculizar un competidor o adversario.”<sup>126</sup> También se apuntan los dos polos de solución: si la comunicación de retirada de contenidos ha de ser por una autoridad, ello viene a suponer de hecho una exención a la responsabilidad del intermediario, incluso de los conocen la ilegalidad de los contenidos. Del anverso, se parte de que es inaceptable que una simple notificación privada al intermediario le obligue a retirar contenidos, porque la probabilidad de abuso es muy alta.

Las soluciones propuestas pasan por sistemas de notificación similares a los de la DMCA de los EEUU. Se matiza en el sentido de que se eviten abusos mediante sistemas rápidos de revisión en materias como competencia o propiedad intelectual. Se trata de la posibilidad de que el contenido denunciado por ser ilegal sea accesible si quien lo ha generado se ha identificado ante el intermediario y solicita que vuelva a estar accesible. Y, al mismo tiempo, se propone que los afectados que denuncian la ilegalidad de los contenidos conozcan que ha vuelto a estar accesible en la red, para así acudir a las vías jurisdiccionales pertinentes y solicitar la retirada de dicho contenido al tiempo de someter su contienda correspondientemente en los tribunales<sup>127</sup>. En esta línea, en mayo de 2011 se firmó un Protocolo europeo entre los principales titulares de derechos y las plataformas de internet sobre la venta en línea de productos falsificados con un sistema de notificación y retirada, una acción contra las infracciones reiteradas y medidas preventivas y proactivas<sup>128</sup>.

Entre 2010 y 2012, la UE lanzó dos consultas públicas con miras a revisar la Directiva. En primer lugar, la consulta pública sobre el futuro del comercio electrónico en el mercado interior y la aplicación de la Directiva de comercio electrónico entre agosto y noviembre de 2010<sup>129</sup>. La misma Comisión señala que en aquella consulta las partes interesadas indicaron que estos procedimientos deberían conducir “a desmontar rápidamente

---

<sup>126</sup> *Ibidem* pp. 14-15 (traducción libre del inglés).

<sup>127</sup> *Ibidem* pp. 14-17. Se habla de (“modified notice and take-down-procedure combined with a counter-notice and put-back option”).

<sup>128</sup> Se trata de un memorándum de entendimiento accesible en:

<sup>h</sup>[http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/memorandum\\_04052011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf).

<sup>129</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2010/e-commerce\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm).

el contenido ilegal con respecto de los derechos fundamentales (en particular la libertad de expresión) y debe aumentar la seguridad jurídica de los intermediarios online.<sup>130</sup> El documento final tuvo en cuenta el peligro para la libertad de expresión que suponía la imposición de filtros previos o atribuir facultades casi jurisdiccionales a los agentes privados<sup>131</sup>.

El 11 de enero de 2012, la Comisión emitió la Comunicación COM(2011) 942 final<sup>132</sup> en la que entre los variados temas se tiene en cuenta el lastre que supone que “La Europa de internet sigue siendo un mosaico de leyes, reglas, normas y prácticas diferentes”<sup>133</sup> y que es necesario mejorar la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios por “los costes y riesgos que entraña la fragmentación derivada de la coexistencia de 27 regímenes jurídicos nacionales”<sup>134</sup> en esta materia. Una de las políticas a desarrollar es “Luchar con mayor eficacia contra los abusos y resolver mejor los litigios” puesto que, a pesar del sistema de la Directiva, “los proveedores intermediarios de internet viven una situación de incertidumbre jurídica debida a la fragmentación que se observa en la UE [...]. Esta fragmentación disuade a las empresas de iniciar actividades en línea o dificulta su desarrollo.”<sup>135</sup> Desde la perspectiva ciudadana se afirma la indignación que provoca la presencia en la red de contenidos evidentemente delictivos al tiempo de “la falta de transparencia o de iniciativas erróneas (por ejemplo la retirada de un contenido legal), desproporcionadas o tomadas sin tener en cuenta el principio de contradicción, de determinados proveedores de servicios en línea.” Por todo ello se considera que es necesario mejorar el sistema, actualizar la Directiva y

---

<sup>130</sup> Así lo hace en la web de la Consulta de 2012, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/notice-and-action/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/notice-and-action/index_en.htm).

<sup>131</sup> El documento definitivo resultado de dicha consulta en <http://goo.gl/g7Cyu> ver pp. 11 y 14.

<sup>132</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea, COM(2011) 942 final Bruselas, 11.1.2012, SEC(2011) 1640 y 1641 final.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 2: “Esta situación obstaculiza el desarrollo de los servicios en línea y merma la confianza de los usuarios reales o potenciales, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda. El desconocimiento de los derechos que les asisten y de las normas aplicables, así como de las oportunidades que ofrece la economía digital, aumenta sus dudas”.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 14.

“Adoptar una iniciativa de carácter horizontal sobre los procedimientos de notificación y acción”<sup>136</sup>. Esta Comunicación fue acompañada de un documento de trabajo amplio y sólido en la materia que precisamente es el que acompañó a la Consulta pública que se celebró entre junio y noviembre de 2012 sobre los procedimientos de notificación y actuación sobre los contenidos ilícitos en línea organizada por intermediarios<sup>137</sup>. Respecto de la misma no ha habido consecuencias<sup>138</sup>.

### ***5.2. Una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, sin excluir regulaciones específicas***

Es necesaria una mejor regulación legal mejor (o regulaciones) de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet que haga efectivo el principio que regía el actual sistema: la no imposición general de controles y filtros en razón de la libertad de expresión. Ahora bien, mantener este principio no obsta que se impongan legalmente obligaciones de control a posteriori de contenidos ilícitos una vez detectados así como deberes de diligencia determinados. Así, la futura normativa puede precisar algunos elementos como mecanismos ágiles y efectivos de contacto con el prestador, de revisión periódica de contenidos integrados por terceros, de mantenimiento o actualización de los contenidos propios o integrados por terceros, regulaciones de configuración por defecto de los servicios, la identificación más o menos robusta de los usuarios según los tipos de servicios o contenidos, la necesidad de plantillas efectivas y garantistas de comunicación de ilícitos y, en su caso, de solicitud de retirada de contenidos. En cualquier caso, la imposición de estas cargas a los prestadores debe ser proporcional y ponderada para no implicar efectos colaterales contrarios a las libertades informativas.

La regulación ha de tener los contornos suficientemente definidos y con todas las garantías constitucionales, además del suficiente rango legal por cuanto suponga la regulación del ejercicio de las libertades informativas (art. 53 CE) e, incluso, en algunos ámbitos, el desarrollo de las mismas (art. 81 CE). Sin rango legal y suficiente certeza no pueden exigirse obli-

---

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> <http://goo.gl/T37PB>.

<sup>138</sup> Web de la Consulta de 2012, <http://goo.gl/gU8VL> El citado anexo a la Comunicación: COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Online services...* en especial pp. 24-51 y el Anexo II, pp. 137 y ss.

gaciones de control y diligencia a los prestadores o intermediarios. Es más, sin perjuicio de la eficacia directa de los derechos fundamentales, la ley no debe temer enunciar explícitamente cuándo está en juego la libertad de expresión e información en sus conflictos con derechos de la personalidad, protección de datos, propiedad intelectual, protección de menores y un largo etcétera. De lo contrario, el operador jurídico puede pensar que sólo hay que proteger los otros derechos e intereses jurídicos. En este sentido, es de interés proclamar legalmente que toda la información y expresión de interés o relevancia pública en internet goza de protección constitucional, aunque no proceda de un clásico “medio de comunicación social”. La intensa protección de estas libertades para los medios se ha justificado por la “función social”<sup>139</sup> o “constitucional”<sup>140</sup> que desarrollan en la sociedad democrática. Sin duda, los grandes prestadores o intermediarios son agentes, instrumentos y vehículos esenciales de las libertades informativas en el mundo actual, lo cual debe tenerse bien presente en cualquier regulación de su régimen jurídico o en la imposición de deberes o restricciones.

De igual modo, interesa explicitar en la ley que la resolución de conflictos particulares debe darse sobre la base del interés público de lo divulgado, en razón de criterios como la naturaleza pública o privada del sujeto afectado, del ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red, de la naturaleza de los datos divulgados, del medio o modo de comunicación en la red y el contexto en el que se produce.

Lo idóneo es una regulación europea que imponga criterios de homogeneización y marcos nítidos de solución de conflictos, estableciendo el marco para la regulación en ámbitos específicos. Como señalaba Cruz Villalón en sus conclusiones de 29 de marzo de 2011 para prevenir “situaciones desalentadoras del legítimo ejercicio de la libertad informativa (el llamado chilling-effect)” debe ser un objetivo proporcionar seguridad jurídica frente a un marco regulador fragmentado y potencialmente contradictorio (ap. 46)<sup>141</sup>. En cualquier caso, no hay que olvidar que, tal y como

---

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> Para el Tribunal Constitucional español.

<sup>141</sup> Asuntos C-509/09 y C-161/10 *eDate Advertising GmbH contra X (C-509/09)* y *Olivier Martínez, Robert Martínez contra Société MGN Limited (C-161/10)*: “46. Las características recién expuestas tienen un indiscutible impacto en el ámbito del Derecho. La distribución global e inmediata de contenidos informativos en internet somete a un editor, como ha quedado dicho, a una multiplicidad de

recuerdan los tribunales europeos, hoy día es el legislador nacional quien debe regular las cuestiones básicas de la responsabilidad por contenidos, incluyendo los mecanismos de detección y retirada, sus garantías, los deberes de diligencia, las consecuencias que derivan de la responsabilidad, sanciones y otros aspectos. Asimismo, es en sede nacional donde deben resolverse y ponderarse los conflictos concretos. La pereza y elusión de responsabilidades es también nacional y hay que asir las riendas y marcar algunas pautas en España, especialmente ante el palmario retraso en la toma de decisiones en la UE.

Sin perjuicio de un esquema de responsabilidad general, que hay que aclarar, homogeneizar y determinar, no hay que temer la especialización o sectorialización del régimen jurídico de la responsabilidad en internet en atención a la experiencia y desarrollo reales. Sirva la referencia los EEUU con sus regímenes generales y de propiedad intelectual, que conviven con las previsiones específicas en algunas materias (por ejemplo en materia de protección de género, de menores o terrorismo). Caben regulaciones específicas para la persecución de algunos delitos específicos (acoso, pedofilia, drogas, terrorismo, etc.), ilícitos en sectores como la propiedad intelectual, derechos de la personalidad, protección de datos, ámbito laboral o concretos terrenos de Derecho público, Derecho de consumo y un largo etcétera. Internet es como la calle y no todo lo que puede haber en la vía pública merece una regulación idéntica, sino una adecuación y contextualización. Así parece que sucederá en el ámbito de la ley de propiedad intelectual en la llamada *reforma Lasalle* en 2013<sup>142</sup>, donde se particulariza

---

regímenes jurídicos locales, regionales, estatales e internacionales. Además, la ausencia de un marco regulador global de las actividades informativas en internet, unida a la diversidad de normas de Derecho internacional privado previstas por los Estados, exponen a los medios a un marco jurídico fragmentado, pero también potencialmente contradictorio, pues aquello que se encuentra prohibido en un Estado podría, a su vez, estar permitido en otro. (24) Por tanto, la necesidad de proporcionar seguridad jurídica a los medios de comunicación, previniendo situaciones desalentadoras del legítimo ejercicio de la libertad informativa (el llamado chilling-effect), adquiere el carácter de un objetivo que el Tribunal de Justicia debe tomar también en consideración”.

<sup>142</sup> Se hace referencia al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de propiedad intelectual de 2013, en particular al artículo 158 ter. b) propuesto. El sistema es que se les requiere previamente para retirar y si no lo hacen se les requiere de nuevo y puede bloquearse el acceso a su servicio además de quedar sujetos a una importante sanción. De reiterarse la situación podría decretarse el cese de las actividades por un año.

la responsabilidad respecto de aquellos prestadores que participen y faciliten la localización de obras, a través de una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización, que no se limiten a desarrollar actividades de mera intermediación técnica y que puedan causar daño patrimonial. No corresponde ahora analizar esta propuesta concreta, ni por su acierto técnico ni por la decisión política que implica, siempre cuestionables. Su especial interés ahora es que se trata de una norma adecuada a la especialidad de internet y que —aunque sea mejorable— supone un marco legal que da cierta previsibilidad a los prestadores e intermediarios en un ámbito más específico como lo es el de la propiedad intelectual.

### ***5.3. Una regulación legal actualizada al presente de internet y en la que “el tamaño importa”***

La claridad normativa genera seguridad jurídica para prestadores, usuarios y potenciales afectados por ilícitos. Cabe adecuar la normativa a la realidad y ello sin perjuicio del dinamismo de internet. Es posible adecuarse a la web social, web 2.0 o internet de las personas y los usos, servicios, funciones o utilidades básicas. No se puede vaticinar el futuro, pero cuanto menos, adecuarse al presente. A menudo el legislador se excusa en que una regulación concreta es contraria al dinamismo de internet. Ello no es más que una excusa que lleva a una situación muy negativa para casi todos, excepto a quienes de facto ocupan posiciones de dominio o a quienes interesa continuar en situación de ilicitud material sin tener que asumir obligaciones. Las normas europeas que básicamente rigen la red son de cuando internet era casi incipiente, nada parecido a lo realidad actual que envuelve por completo la vida de las personas.

Hoy día ya pueden determinarse los peligros habituales de muchos de los diversos usos y servicios que hay en la red, es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales.

A la vista de la experiencia y sin perjuicio del dinamismo de la red, es bien posible describir funcionalidades y servicios para aplicarles regímenes jurídicos singulares, especialmente en cuestión de notificación y retirada de contenidos así como en materia de diversos deberes de diligencia. Baste apuntar que la normativa hoy día desconoce que existen buscadores, redes sociales, lugares de comercio masivo, grandes centros de consejos y opiniones para los usuarios, lugares que facilitan el acceso a contenidos concretos, servicios de almacenamiento masivo por usuarios, etc.

Es más, la normativa no debe desconocer que existe Google, Apple con su iTunes, Facebook, Twitter, LinkedIn, Amazon, Ebay, Tripadvisor, Dropbox, iCloud, Skydrive, Google Drive, etc. Y es que el tamaño importa, por lo que no hay que temer en absoluto regulaciones específicas para los grandes prestadores de servicios en razón de parámetros objetivos (número de usuarios, volumen de datos, clientes, facturación, etc.).

La libertad de expresión e información en muy buena medida se hace depender de los grandes prestadores de servicios o intermediarios que emplean cientos si no miles de millones de usuarios. El Derecho debe brindar una gran protección jurídico constitucional a los mismos, la garantía institucional que sobrepotege las libertades informativas, la posición preferente que han disfrutado —al menos hasta la fecha— los medios de comunicación clásicos como vehículos institucionalizados de la libertad de expresión e información. Ahora bien, esta más intensa protección jurídica ha de serlo al precio de la atribución de un régimen especial de obligaciones y responsabilidades. Al igual que no habría de huir de un sistema especial de responsabilidades civiles o administrativas en el ámbito de los medios de comunicación clásicos, tampoco hay que eludir la posibilidad de un sistema sancionador en el ámbito de prestadores e intermediarios, siempre con garantías.

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

Esta adecuación al presente también ha de serlo a la web 3.0, el internet de las máquinas así como a los servicios de la *nube*<sup>143</sup> y la responsabilidad de los mismos en razón de su naturaleza. Respecto de la web 3.0 es posible determinar líneas de responsabilidad ante la intercomunicación total y automatizada de grandes masas de datos sin mediación humana. Pueden ya esbozarse líneas que han de ser vigas jurídicas maestras respecto del ejercicio y protección iusfundamental de la generación e intercomunicación automatizada de datos, información y contenidos. No sabemos si las máquinas, esto es, las personas jurídicas o físicas para las que operan, están protegidas por las libertades informativas cuando generan, difunden y redifunden de forma automatizada informaciones de mayor o menor interés público, así como cuando personalizan y restringen el acceso a tales contenidos<sup>144</sup>, como los buscadores o la personalización masiva de contenidos<sup>145</sup>. Es bien posible atribuir la protección constitucional de las libertades informativas al tiempo de exigir para ello condiciones de diseño por defecto de los servicios o aplicaciones, como ha de suceder en el ámbito de protección de datos en el futuro. De incidencia indirecta con el tema que aquí ocupa, por citar otra cuestión que puede ser básica en el futuro, aún no se sabe hasta dónde alcanza el secreto de las comunicaciones que se realizan por canal cerrado entre máquinas sin mediación humana, siendo hoy día tales comunicaciones posiblemente las más numerosas.

Ya en concreto por cuanto a la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico en el terreno de la responsabilidad, Peguera señala también algunas líneas de una reforma del marco normativo<sup>146</sup> a las que sumarse:

---

<sup>143</sup> Cabe referir el primer estudio monográfico sobre las cuestiones que suscitan los servicios de *cloud computing*, si bien centrados esencialmente en cuestiones de protección de datos: MARTÍNEZ I MARTÍNEZ, Ricard (coord.), *Derecho y cloud computing*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2012.

<sup>144</sup> Al respecto, de interés, WU Tim, “Free Speech for Computers?”, *New York Times*, 19 de junio de 2012, <http://goo.gl/nTZPX>. El autor es básicamente contrario a conferir especial protección constitucional al discurso de las máquinas. Otra reflexión por firma autorizada al respecto, y en línea contraria del anterior, en “Freedom of Speech and Information Produced Using Computer Algorithms” VOLOKH, Eugene, 21 de junio de 2012, en <http://goo.gl/68NPI>.

<sup>145</sup> Al respecto, recientemente, mi trabajo “La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO Lorenzo (eds.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, cit., pp. 41-56.

<sup>146</sup> PEGUERA POCH, Miquel, “Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación”, en

Dejar claro que no cumplir los requisitos para la exclusión de responsabilidad no implica que el prestador o intermediario sea responsable, sino que entonces deben aplicarse las normas materiales de los diversos Derechos nacionales en atención al tipo de ilicitud de que se trate en cada caso.

Dejar claro el alcance armonizador de la Directiva, y precisar si un Estado miembro puede relajar o endurecer requisitos para disfrutar con la exención.

Despejar las dudas sobre la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad a los contenidos suministrados por los usuarios en entornos web 2.0, redes sociales, buscadores y otros servicios actualmente típicos y masivos.

Precisar los conceptos de conocimiento efectivo o de obligación general de supervisión y el alcance de la misma.

Y todo lo anterior, obviamente debe ir unido a la necesaria determinación del Derecho y jurisdicción aplicables a los prestadores e intermediarios con criterios claros a la luz de la experiencia: lugar de establecimiento, toma de decisiones, servicios dirigidos a usuarios de la UE, centro de gravedad del conflicto, etc. El problema se centra en los prestadores o intermediarios de países terceros y en el ámbito de protección de datos la respuesta del borrador de reglamento de la UE así como de las tantas veces citadas conclusiones del caso Google es el del sometimiento al Derecho europeo. Pero sobre la respuesta general caben muchas concreciones, y especialmente, la necesidad de determinación de garantías concretas. Más allá de la cuestión de países terceros, también cabe resolver cuestiones de radicación de litigios en los diversos Estados miembros, puesto que dentro de Europa es bien diversa la percepción y la ponderación de los derechos y bienes en juego en muchos casos.

Para concluir. Quien suscribe es consciente de que la sociedad en general y los actores políticos e institucionales no están especialmente sensibilizados respecto de que se dé una situación restrictiva de las libertades informativas en internet. Sino más bien lo contrario, la realidad parece avocar a cierta libertad fáctica salvaje en la que son los derechos de la personalidad o la propiedad intelectual quienes están particularmente acechados en la red. Eso es cierto, como también es cierto que el marco jurídico que aquí se ha analizado parece mirar hacia otro lado de modo que, en la situación actual, ni las libertades ni los derechos e intereses están debidamente pro-

tegidos por la inacción y falta de decisiones. Aquí modestamente se ha afirmado el principio inspirador que debe impulsar e interpretar el marco jurídico sobre la base de las libertades de expresión e información. Bajo este mismo principio se han señalado los problemas más importantes del marco jurídico actual de la responsabilidad de prestadores e intermediarios en internet y se han propuesto las soluciones jurídicas posibles. De igual modo, y finalmente, se han afirmado las líneas básicas que podrían guiar la necesaria legislación europea o nacional futura para encauzar esta cuestión básica para fortalecer el desarrollo de un internet libre.