

Ponencia “Encaje constitucional de la responsabilidad en la web 2.0” en Mesa 4 “Responsabilidad en la web 2.0, aspectos generales y penales en *I Seminario IDT sobre derecho y web 2.0. Workshop sobre la propiedad intelectual, la privacidad, la Administración electrónica y las responsabilidades en la web 2.0. Aspectos legales y tecnológicos*, Institute of Law and Technology (IDT), Universidad Autónoma de Barcelona, 18 de septiembre de 2009, Sala Marie Curie, Centro de Convenciones y Congresos, Hotel Sehrs Campus. Ponencia escrita: sí, en inglés.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Lorenzo Cotino Hueso*

El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución 1

1. Introducción al problema y su importancia 2

1.1. El problema 2

1.2. Las dificultades materiales y jurídicas para la atribución y persecución de la responsabilidad 3

1.3. Las claves del problema jurídico de la responsabilidad de los contenidos 5

2. Algunas vías para la exención de responsabilidad por los contenidos ilícitos difundidos 7

2.1. La aplicación de la doctrina constitucional de las cartas al director podría ilegalizar toda la web social 7

2.2. La aplicación de la jurisprudencia del “reportaje neutral” a quien remite o reproduce “neutralmente” a contenidos de terceros 8

2.3. La diligencia del ISP o alojador como criterio de responsabilización 9

3. Algunas propuestas de futuro 11

* cotino@uv.es, www.cotino.es Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia, coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. This study in the frame of the funded research project “Freedom of speech In the Context Of Web 2.0 and Social Networks: Redefinition, Guarantees and Limits”, Cotino as main researcher. Ministry of Science and Innovation (DER2009-14519-C05-01).

Abstract. Es un problema determinar quién es responsable por los contenidos que los terceros integran en los distintos servicios de la web 2.0. La normativa y jurisprudencia actual no dan respuestas claras. Se trata de una cuestión clave para el futuro tanto de los servicios más empleados (*Google, Youtube, Facebook, Wikipedia*, etc.) cuanto el desarrollo de la web 2.0 misma. En el estudio se fijan los elementos clave según la normativa actual. También, se analiza la aplicabilidad en la red de vías jurisprudenciales clásicas de exención de responsabilidad por contenidos ilícitos: doctrina de “cartas al director”, “reportaje neutral”, así como la actitud diligente del prestador de servicios que alberga los contenidos integrados por terceros. Finalmente, se proponen criterios para el futuro, sobre la base de la preeminencia de la libertad de expresión. Se afirma que en general no hay que responsabilizar a los mediadores, que hay que proteger el anonimato en la red. Asimismo, se determinan criterios concretos para tener en cuenta en cada supuesto, bajo la idea de que hay que adaptarse a la naturaleza y circunstancias de cada caso en la red.

Keywords: internet, cyberlaw, liability for ilegal contents, intermediaries and service providers, web 2.0, freedom of speech.

1. Introducción al problema y su importancia

1.1. EL PROBLEMA

La atribución de la responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos en la red¹ es una cuestión clave para la red misma. Es más, el problema cabe centrarlo en la responsabilidad que adquieren los variados prestadores de servicios que facilitan el acceso a los mismos, por los contenidos (textos, audios, vídeos, fotos, programas, etc.) integrados por terceros usuarios del servicio. De esta cuestión se hace depender el modelo de negocio de los servicios más empleados en la red (*Google, Youtube, Facebook, Wikipedia*, etc.) cuanto el desarrollo de la web 2.0 misma². Hoy día internet se “teje” por no menos de un tercio de los internautas, “heavy users”³, que participan generando y difundiendo contenidos⁴. 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 contenidos⁵, en deliberación continua. “Sólo”

¹ Sobre responsabilidad, destaca Cavanillas 2005 y 2007. Centrado en EEUU, Peguera (2007).

² About web 2.0, Fumero (2007), Cerezo (2007).

³ Sobre *heavy users* Previte (2001), recientemente Ferran-Ferrer and Pérez-Montoro (2009).

⁴ Ver informes anuales, Fundación Telefónica (2008, p. 159). Un 29% de los internautas son “heavy users”.

⁵ Bowman and Wills (2005, p 9).

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 3 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

hablamos de unos de diez millones de generadores de contenidos en España⁶.

Integrando contenidos ilícitos se pone en riesgo jurídico a quien permite dicha participación. Alonso⁷ recientemente ha bautizado una forma específica de acoso, “acoso informacional” o “*infomobbing*”, al exigir responsabilidad a los alojadores de contenidos integrados por terceros y las vías de exigir la retirada de los mismos. Si se carga al responsable del sitio participativo de la responsabilidad de vigilar la licitud de los contenidos integrados por terceros, el efecto puede ser claro: sólo unos pocos, y muy difícilmente, tienen la capacidad personal y económica de llevar a cabo dicho control y filtro de los posibles ilícitos. Y lo que es peor, se produce un claro chilling effect, la tendencia autocensora sería lo natural: ante la duda, evitar posibles problemas. De este modo, muchos discursos quizá nocivos, pero lícitos⁸, quedarían fuera.

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. Las dificultades materiales son muchas:

- los problemas para perseguir contenidos ilícitos para el Derecho nacional, por estar ubicados fuera del ámbito territorial.
- Normalmente, quien integra el contenido lo hace de forma anónima . Conocer su número IP –si es que se puede- puede no ser suficiente para conocer la identidad.
- La autoría y difusión colaborativa de los contenidos de la web 2.0 conlleva que sea casi imposible de determinar el responsable del contenido y de su difusión.

A las anteriores barreras materiales y jurídicas, se une la grave insuficiencia normativa para la Unión Europea, a partir de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). Simplificando en lo posible, el

⁶ Según los más recientes, en España, los conectados a internet son el 63,3% (38.7% en 2006), unos 28 millones de personas, un tercio viene a ser unos 10 millones. Febrero de 2009, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>)

⁷ Alonso (2008, p. 42).

⁸ 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.

esquema general es que el prestador de servicios de internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite (art. 15 Directiva comercio electrónico⁹) ni es responsable de los mismos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando las autoridades le comunican la ilicitud. Para aplicar este esquema, se parte de la premisa de que el “prestador de servicio de intermediación” (PSI)¹⁰ no elabora o selecciona materialmente los contenidos discutibles¹¹, ni tiene conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido¹². Sin embargo, la regulación no da respuesta a los problemas que hoy son los más habituales.

⁹ Article 15

No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

¹⁰ La terminología habitual es la de ISP, Internet Service Provider, pero lo cierto es que no coincide exactamente con el concepto se “prestador de servicios de intermediación” que es el empleado por la LSSICE, como a continuación se comenta.

¹¹ En esta línea, el artículo 14 de la LSSICE exige de responsabilidad a los operadores de redes y proveedores de acceso “salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”, esto es, no se les exige en cuanto superen la neutralidad tecnológica de su función intermediadora¹¹. Asimismo, por cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16) se señala que “2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.”

¹² Los “considerandos” 42 a 44 de la Directiva al respecto son relativamente claros:
“(42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for “mere conduit” and for “caching” when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.

(44) A service provider who deliberately collaborates with one of the recipients of his service in order to undertake illegal acts goes beyond the activities of “mere conduit” or “caching” and as a result cannot benefit from the liability exemptions established for these activities.”

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 5 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1.3. LAS CLAVES DEL PROBLEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTENIDOS

De una parte, el problema principal reside en determinar si cualquier sitio en la red que permite integrar contenidos de terceros usuarios (desde un foro clásico a *Youtube*) puede beneficiarse de las exenciones legales de responsabilidad. Para ello, cabe determinar si este tipo de servicios son un “prestador de servicio de intermediación”¹³ (art. 16 LSSICE), por “albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio”¹⁴. También pueden gozar de la exención general por aplicación del artículo 17 LSSICE los servicios que “faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios”¹⁵. Si el foro, blog, wiki, alojador de vídeos, imágenes, comentarios, etc. se beneficia del sistema de exención de responsabilidad de la LSSICE y no tendrá que vigilar los contenidos que alberga ni retirarlos hasta que tenga “conocimiento efectivo”. De lo contrario, si estos servicios tan típicos de la red que permiten albergar contenidos no se consideran en el ámbito de estas excepciones, se les puede exigir una diligencia, control y responsabilidad por los mismos.

Considero en general que estos preceptos sí son aplicables a los servicios típicos en la web social y, por tanto, son beneficiarios de las exenciones de responsabilidad que la Directiva y la LSSICE establecen. Como consecuencia de la exención, no corresponde aplicar el régimen de responsabilidad que en su caso pudiera corresponder según el tipo de contenidos. En esta línea y de forma bastante certera son las sentencias que resuelven el caso “*mindoniense*” en 2008 y 2009¹⁶.

¹³ Según el anexo de definiciones de la LSSICE: 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 y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

¹⁴ Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: “1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: [...]”

¹⁵ Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda: “1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: [...]”

¹⁶ Sobre afirmaciones insultantes contra el Alcalde de Mondoñedo (Lugo) en www.mindoniense.com. Sentencia de instancia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Mondoñedo y la apelación que confirma a la anterior por Sentencia de la Audiencia

De otra parte, para poder aplicar las exenciones de responsabilidad se precisa cierta neutralidad del sitio que alberga los contenidos, sin que los haya seleccionado o generado o no tenga un posible control de los mismos. No obstante, por definición las herramientas de la web 2.0 están diseñadas para permitir integrar contenidos por terceros, y sus usuarios lo incentivan (comentarios a noticias, a blogs, wikis, aportación de fotos, vídeos, etc.). Asimismo, lo habitual es la selección –automatizada o no- de contenidos de otros –como enlaces o contenidos sindicados a través de agregadores merced a *rss* y el lenguaje *xml*¹⁷, etc.-. Así, no se da una completa neutralidad técnica, pero tampoco una colaboración deliberada para cometer ilícitos. Y en este terreno intermedio y su incertidumbre jurídica ha quedado atrapada la web 2.0, a expensas de una actualización normativa de la Unión Europea, que ni se planea. Y la jurisprudencia española y europea¹⁸ más que aclarar estos problemas, los evita o, como se verá, las decisiones judiciales son contradictorias. Por el contrario, en EEUU, el país de la libre expresión, ni la normativa, ni la jurisprudencia¹⁹ rehúyen de estas cuestiones²⁰. De un lado, hay sistemas bastante ágiles para barrer ilegalidades manifiestas de la red sin lesión de la libertad de expresión²¹. De otro lado, y también en favor de la libertad de expresión, la tendencia judicial es la de no responsabilizar por la integración de contenidos por

Provincial de Lugo, Sección 1ª, sentencia nº 538/2009. Todas las sentencias citadas, disponibles en www.documentostics.com

¹⁷ Como se señala en *Wikipedia* (voz “agregador”, sin equivalente igual en inglés): “un agregador o agregador de noticias es un tipo de software para suscribirse a fuentes de noticias en formatos RSS, Atom y otros derivados de XML/RDF. El agregador reúne las noticias o historias publicadas en los sitios con redifusión web elegidos, y muestra las novedades o modificaciones que se han producido en esas fuentes web; es decir, avisa de qué webs han incorporado contenido nuevo desde nuestra última lectura y cuál es ese contenido. Esta información es la que se conoce como fuente web.

Un agregador es muy similar en sus presentaciones a los anteriores lectores de noticias (client newsreaders/NNTP), pero la tecnología XML y el web semántico los ha hecho más populares. Hoy en día, una enorme cantidad de blogs y sitios web ofrecen sus actualizaciones, que pueden ser fácilmente reunidas y administradas en un solo punto, como es el caso del servicio My Yahoo!, Google Reader, Netvibes y otros agregadores de escritorio que se listan más abajo.”

¹⁸ Al respecto, Cotino (2007).

¹⁹ Sólo hasta el año 2000 ya se sentaron las bases jurisprudenciales en más de una quincena de decisiones relativas a la libertad de expresión. Puede seguirse en general acudir a www.internetcases.com y www.internetlibrary.com, con extractos y referencias de las decisiones más importantes.

²⁰ See, Balkin (2004), Sunstein (2001, 2003) and *Non authored* (2004).

²¹ Ver Sección 512 del *Copyright Act*, tras las modificaciones introducidas por la “*Digital Millennium Copyright Act*” en 1998.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 7 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

terceros, a pesar de las consecuencias que ello genera y a la espera de mejores soluciones normativas²².

2. Algunas vías para la exención de responsabilidad por los contenidos ilícitos difundidos

2.1. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LAS CARTAS AL DIRECTOR PODRÍA ILEGALIZAR TODA LA WEB SOCIAL

En el espacio destinado a las tradicionales “cartas al director”, los periódicos no son responsables de lo publicado siempre que hayan sido diligentes en la identificación de quien remite la carta. De lo contrario, “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.”²³. Esta jurisprudencia persigue, entre otros fines, que no se abra “la puerta a la creación de espacios inmunes”²⁴.

La aplicación rigurosa de esta doctrina podría acabar con la *web 2.0*, puesto que es prácticamente imposible identificar a los usuarios que participan en la *web 2.0*, al tiempo de bastante negativo para el libre flujo de información y opinión.

La sentencia del caso “Mafius”²⁵ aplica con claridad la doctrina de las cartas al director para condenar penalmente al responsable del blog por

²² Por todas, *Stephen J. Barrett, et al. v. Ilena Rosenthal*, S122953, 40 Cal.4th 33 (Cal. Sup. Ct., November 20, 2006), available at: http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case447.cfm.

La sentencia que exime de responsabilidad al usuario individual que distribuye publicaciones en la red:

“We conclude that section 230 prohibits 'distributor' liability for Internet publications. We further hold that section 230(c)(1) immunizes individual 'users' of interactive computer services, and that no practical or principled distinction can be drawn between active and passive use. Accordingly, we reverse the Court of Appeal's judgment.

We acknowledge that recognizing broad immunity for defamatory replications on the Internet has some troubling consequences. Until Congress chooses to revise the settled law in this area, however, plaintiffs who contend they were defamed in an Internet posting may only seek recovery from the original source of the statement.”

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/1997, de 13 de enero FJ 3º.

²⁴ STC 336/1993, fundamento jurídico 7.º,b.

²⁵ Alumno de Instituto que crea foro en el que se insertan amenazas e injurias a un profesor. La sentencia de 30 de junio de 2006 del Juez de Primera Instancia e Instrucción de Arganda del Rey (Madrid) le 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 parcialmente revocada por la Audiencia provincial, si bien mantiene la responsabilidad del alumno, pero sólo por injurias.

permitir que las afirmaciones se hagan de forma anónima, especialmente por haberse configurado el foro de modo que no se recogía el número IP²⁶.

2.2. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL “REPORTAJE NEUTRAL” A QUIEN REMITE O REPRODUCE “NEUTRALMENTE” A CONTENIDOS DE TERCEROS

La jurisprudencia del “reportaje neutral”²⁷ exime de responsabilidad al medio de comunicación que, con neutralidad, transmite referencias y afirmaciones procedentes de terceros. En abstracto, esta técnica podría hacerse valer cuando el sitio integre contenidos de otros, los enlace, utilice agregadores o los cada vez más generalizados, “*embed*”²⁸.

Nuestra experiencia judicial al respecto es escasa. Se rechazó de plano esta exención en el caso “*putasgae*”, considerando que dotarse de contenidos externos implica hacerlos propios (“se procede a la recopilación para hacer propios los contenidos”)²⁹. Justo lo contrario que en el caso, *CCOO vs. El Corte Inglés*³⁰. Se consideró como “simples mensajeros” de un contenido panfletario que ya estaba en la red a quienes lo reprodujeron en su web propia. Al respecto, es destacable el Caso canadiense Wayne Crookes,³¹ 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 enlazado³².

²⁶ 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.”

²⁷ Reportaje neutral, como dice el Alto Tribunal “es aquel en el que el medio de comunicación social «no hace sino reproducir lo que un tercer ha dicho o escrito» (STC 134/1999, FJ 4) o, en otros términos, cuando se limita a «la función de mero transmisor del mensaje» (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4)”. Para medir la proximidad al reportaje neutral, se tiene en cuenta “el distanciamiento del articulista respecto de las opiniones” de las fuentes que utiliza (STC sentencia 76/2002, FJ 4º).

²⁸ Difícilmente traducibles al español, *embed* significa “enclavar”, “empotrar”, “incrustar”. Cada vez es más sencillo hacer *embededs* de integración de otros contenidos.

²⁹ Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero.

³⁰ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003 (Sala de lo Social), de 23 julio.

³¹ Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd. Vs. Wikimedia Foundation Inc. And Anonymous, Supreme Court Of British Columbia, 2008 BCSC 1424 Date: 2008. Available at: documentostics.com/component/option,com.../task.../gid,1455/

³² Así, se afirma:

[29] A hyperlink is like a footnote or a reference to a website in printed material such as a newsletter. The purpose of a hyperlink is to direct the reader to additional material from a different source. The only difference is the ease with which a hyperlink allows the reader, with a simple click of the mouse, to instantly access the additional material.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 9 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

A mi juicio, la exención del reportaje neutral no hay que reservarla a los “medios de comunicación” clásicos y cabe extenderla para los diversos usos de la web social. Ello, sin perjuicio, claro está, de que de sea necesario contextualizar cada supuesto y no se dé mala fé y abuso de derecho a través de esta vía (art. 7 Código Civil)³³.

2.3. LA DILIGENCIA DEL ISP O ALOJADOR COMO CRITERIO DE RESPONSABILIZACIÓN

En ocasiones, los jueces varían la responsabilidad en razón de la actitud de quien alberga la información conflictiva. A veces, se valora positivamente la plena colaboración para cumplir lo que los jueces soliciten respecto de los contenidos. Así, en el caso *Weblisten*³⁴. Por el contrario, en el caso “*putasgae*”, el tribunal no tiene en cuenta que la Asociación de internautas retiró los contenidos nada más conocer que había una demanda. En el caso “*aprendizmason.org*”³⁵, se tuvo en cuenta la voluntaria actitud del ISP, que comunicó al autor de contenidos que el afectado había solicitado su retirada por su ilicitud.

[30] Although a hyperlink provides immediate access to material published on another website, this does not amount to republication of the content on the originating site. This is especially so as a reader may or may not follow the hyperlinks provided.

[31] I conclude that the reasoning of the Court of Appeal in Carter leads to the same conclusion on the narrower issue before me. Readers of a newsletter, whether in paper form or online, who read of a reference to a third party website, may go to that website. I conclude that that does not make the publisher of the web address a publisher of what readers find when they get there.

[33] As the Court of Appeal observed in Carter, citing the proposition of the New York cases *MacFadden v. Anthony* and *Kline v. Bibeau*, “reference to an article containing defamatory content without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory content”.

[34] I do not wish to be misunderstood. It is not my decision that hyperlinking can never make a person liable for the contents of the remote site. For example, if Mr. Newton had written “the truth about Wayne Crookes is found here” and “here” is hyperlinked to the specific defamatory words, this might lead to a different conclusion.

³³ Artículo 7: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

³⁴ Auto Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 noviembre 2004.

³⁵ Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 diciembre, caso *aprendizmason.org*.

En el caso “*alabarricadas.org vs. Ramoncín*” (conocido artista exdirectivo y favorable a la SGAE)³⁶ se hizo responsable del contenido de un foro a la web por una “falta de diligencia” muy común en la red:

- no actualizar información que se aporta en el registro de su dominio,
- no probar que el mail de contacto que figuraba en la web fuera un medio de contacto eficaz,
- no “contar con un moderador u otros filtros
- o que los contenidos se actualicen a diario o semanalmente, o las características de su sistema o aplicación informática de modo que se evite prolongar en el tiempo contenidos ilícitos”.

Lo más preocupante es la falta de sustento legal de estas exigencias y que se argumenta forzosamente que la exención de responsabilidad de la Directiva y la LSSICE se vincula a la información obligatoria (art. 5 Directiva; art. 10 LSSICE)³⁷.

En sentido contrario, la sentencia de instancia del caso “*Mindoniense*” contradice expresamente estos deberes de diligencia³⁸. En este caso, aunque sin relevancia, se subraya la buena fe de la página demandada porque contaba con la herramienta informática de censura previa denominada “*Word Censors*”.

Considero que se dan los presupuestos de la exención de responsabilidad prevista por la LSSICE y la Directiva, no procede un análisis de la concurrencia de responsabilidad por el parámetro de diligencia que pueda corresponder (diligencia ex artículo 1902 CC³⁹, responsabilidad en cascada

³⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, de 13 de septiembre.

³⁷ “El art. 16 debe ponerse en relación con el art. 10 de la referida Ley en cuanto al deber de información general que impone al prestador de servicios de la sociedad de la información, relativo a sus datos de identidad o localización, con el fin de garantizar la posibilidad de cumplir de modo diligente con la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentatorio al honor de determinada persona y eludir su misma responsabilidad, evitando su contribución en su difusión o en que ésta se prolongue en el tiempo. Dicho deber es el que posibilita que el mismo prestador pueda tener conocimiento directo e inmediato de la lesión por parte del afectado, pudiendo así en virtud de la misma comunicación del afectado cesar de modo inmediato en su actuación. Actuación del titular de la web que le ha impedido cumplir diligentemente con su deber de retirada del material difamatorio”.

³⁸ “debiendo quedar al margen la cuestión relativa a la existencia o no del incumplimiento por los demandados de las obligaciones prevenidas en el artículo 10 de la LSSI, (ya que, en su caso, debería dar lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa, siendo esta una cuestión distinta a la petición de exacción de responsabilidad civil efectuada por la representación de la actora”.

³⁹ Artículo 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.”

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 1 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

de la Ley de prensa⁴⁰, etc.). Esta solución no impide, evitar el abuso de derecho y la mala fe para eximirse de responsabilidades.

3. Algunas propuestas de futuro

Pese a la inercia sociológica y jurídica de reservar las libertades de expresión e información para los medios de comunicación, el punto de partida jurídico debe ser que estas libertades se proyectan a los usos y servicios en internet⁴¹. La función social o constitucional que desarrollan los medios de comunicación en la sociedad democrática ha justificado para los tribunales su protección más intensa por estas libertades. Hoy día esta función se desarrolla en internet y no sólo los medios institucionalizados. También, y como punto de partida jurídico, la libertad de expresión también protege el anonimato en la red, como Roig Batalla ha sostenido sobre la jurisprudencia de EEUU (Roig, 2007). Pese a que el anonimato se aproveche para cometer ilícitos, también ha servido para forjar una red como sinónimo de libertad y participación⁴². “El anonimato es el escudo frente a la tiranía de la mayoría”, por lo que sus restricciones deben someterse a un escrutinio estricto⁴³. Esta jurisprudencia ya se ha proyectado para un foro en internet⁴⁴.

Ya sobre tales bases, en el ámbito de la responsabilidad en la red, la Directiva de comercio electrónico y la LSSICE son insuficientes pero no se prevé tal reforma. A mi juicio y en favor de la libertad de expresión⁴⁵, el criterio general debe ser el de no atribuir responsabilidad a quienes albergan contenidos de terceros. Siguiendo la estela de EEUU, parece

⁴⁰ Artículo 65.2 de la Ley de 18 marzo 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta: “De la responsabilidad civil en materia de Prensa e Imprenta y de la patrimonial del Estado”:

“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.”

⁴¹ En esta dirección, con acierto, la reciente sentencia del TJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07, nº 58-60.

⁴² Wolton, quoted by Fernández, J. J. (2004, p. 192). Sobre el tema, Barrat (2004), Morón (2002).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU *McINTYRE v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995).

⁴⁴ Caso *John Doe nº1 v. Cahill* WL 2455266 (Delaware, October 5, 2005). http://internetcases.com/library/cases/2005-10-05-cahill_v_doe.html, última. Doe (nombre anónimo) publicó textos en un blog donde criticaba a un concejal por su gestión. La Corte requirió un test estricto para levantar el velo de su anonimato para perseguirlo.

⁴⁵ About freedom of speech and the internet in Spain Fernández-Esteban (1998 a, 1998 b, 1999), Corredoira (1998)Boix (2002), Boix and López, G. (2006), García-Morales (2006) and some of my books and studies.

mejor contar con mecanismos ágiles para barrer contenidos claramente ilícitos en la red. También, para el análisis de cada supuesto hay que adecuarse a cada uso y naturaleza y contenido de lo que hay en internet, fijar la atención en muchas circunstancias que pueden tener relevancia jurídica, entre otras muchas:

- la voluntariedad (directa o en la confección del sitio web),
- la estructura más o menos automatizada de una sindicación de contenidos, más o menos selectiva de los mismos,
- la diligencia en la selección de contenidos o en la confección técnica de la selección,
- la participación real el los mismos, la significancia de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados,
- la participación real en la generación de contenidos los mismos, la significancia de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados
- los indicios que llevan a pensar en el conocimiento efectivo material de los contenidos y su posibilidad de control,
- el hecho de que esos contenidos estén más o menos difundidos en otros sitios,
- el nivel de acceso y relevancia en la red de quien los difunde.
- el uso habitual de ese sitio web (no es lo mismo insultar en una cantina a las dos de la madrugada que en mitad de clase) y la posibilidad de respuesta del afectado en el medio que es la red.
- La misma posibilidad de réplica y argumentación por el afectado en la *web* social.

Algunos de estos elementos se pueden observar en la casuística judicial española y las circunstancias del medio sirven para analizar la responsabilidad. En el caso *foro para desahogo*⁴⁶ no se condenó porque los insultos estaban “dentro de una página *web* destinada específicamente a servir como tribuna de quejas o descarga de iras contenidas entre usuarios que se registren. Dicho con simpleza, foro para manifestar los propios descontentos o simplemente hablar mal”. En el caso *quejasonline.com*⁴⁷ se exime de responsabilidad al considerar que era un medio informativo. En otros casos, la difusión bastante masiva de información perjudicial para una persona a través del mail ha sido considerada fuera de la libertad de expresión⁴⁸.

⁴⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 339/2005 (Sección 6ª), de 24 de mayo, razonamiento jurídico segundo.

⁴⁷ Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 36/2006 (Sección 2ª), de 31 enero. Textos en *quejasonline.com* sobre la actuación errónea de uan constructora.

⁴⁸ Así, caso de ofensas en el ámbito profesores universitarios por medio de mensajes colectivos a través del correo electrónico, la Sentencia Audiencia Provincial Granada núm. 144/2006 (Sección 4), de 7 abril excluye que esté en juego la libre expresión.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 1 CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

En la sentencia del *caso de la carta colgada en internet del colegio de las Ursulinas contra una constructora*⁴⁹ se tiene en cuenta que “la persona que accede a la página de internet del denunciado- apelante lo hace por su propia voluntad y, por lo demás, se podría ver contrarrestado por la información dada por la otra parte.” Así, en la línea americana del caso *John Doe n° 1 v. Cahill*. En el caso *Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa*⁵⁰, pese a que los argumentos sean mejorables, cuanto menos se contextualiza el modo de comunicación que implica internet⁵¹. A mi juicio se trata de nuevo de una línea proclive a la contextualización pro-libertate de la red frente a los medios de comunicación clásicos y a la necesidad de adecuarse y adaptarse a la naturaleza diversa de los usos de internet.

Referencias:

- Alonso, C. (2008), "La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 81, págs. 15-61.
- Balkin, J. M. (2004), "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" . *New York University Law Review*, Volume 79, april, n. 1, págs. 1-58, págs. 46-47, available at <http://ssrn.com/abstract=470842>
- Barrat, J. (2004), “El Anonimato como Parámetro Normativo de la Sociedad de la Información” *Journal Informática y Sociedad*. Vol. 1 No.2, págs. 30-33, available at <http://www.itba.edu.ar/capis/jis/index.htm>
- Boix, A. (2002), “Pluralismo y libertad de expresión en la Red”, in *Revista española de Derecho constitucional*, n° 65, pp. 133-180, available on the internet.
- Boix, A. and López, G. (eds.) (2006) *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Bowman, S. and Willis, C. (2005), *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, Thinking Paper of The Media Center, available at http://www.openreader.org/wemedia/JackR/We_Media.htm (3/5/2005).
- Cavanillas, S. (coord.) (2005), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada.

⁴⁹ Apelación resuelta por sentencia de la Audiencia Provincial Álava núm. 55/2006 (Sección 1ª), de 11 abril.

⁵⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 diciembre resuelve un recurso de apelación frente a sentencia de instancia que desestimaba una acción de rectificación. Se pretendía que se rectificasen unos juicios históricos que figuraban en la web de una fundación.

⁵¹ Ahí en concreto, se dice que la *web* de una plataforma política no va dirigida a un público numeroso y heterogéneo (lo cual es cierto y relevante), ni se le puede exigir veracidad (lo cual es discutible, si bien se debe modular el entendimiento de ésta para no interrumpir el proceso de libre expresión en internet).

- Cavanillas, S. (coord.) (2007), *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*, Comares, Granada.
- Cerezo, J. M. (dir.) (2007), *La blogosfera hispana: pioneros de la cultura digital*, Fundación Orange, Madrid, available on the internet.
- Corredoira, L. (1998), *Los retos de la información en internet. Las libertades de acceso y difusión*. Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información. Madrid.
- Cotino, L. (2007), "Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", Cotino, L. (Coord.) (2007), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 133-234.
- Cotino, L. (2008), *Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión*, Fundación Giménez Abad, available at: www.fundacionmgimenezabad.es
- Fernández, J. J. (2004), *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Méjico.
- Fernández-Esteban, M. L. (1998 a), *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid.
- Fernández-Esteban, M. L. (1998 b), "Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en internet", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, págs. 283-311.
- Fernández-Esteban, M. L. (1999), "La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea", in *Revista de Estudios Políticos* nº 103, pp. 149-169.
- Ferran-Ferrer, N. and Pérez-Montoro, M. (2009), "Gestión de la información personal en usuarios avanzados en TIC", *EPI, El profesional de la información*, Julio-agosto, vol. 18, núm. 4, págs. 365-373, available on the Internet.
- Fumero, A. and others (2007), *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, available on the internet.
- Fundación Telefónica (2008), *La Sociedad de la Información en España. Informe 2008*, Ariel, Barcelona, available at: <http://e-libros.fundacion.telefonica.com>
- García-Morales, M. J., "Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet", in COTINO, L. (Coord.) (2006), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, pp. 33-58.
- Morón, E. (2002), *Internet y Derecho penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, Aranzadi-Thomson, (2ª ed.), Pamplona
- Peguera, M. (2007), *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada.
- Previte, J. and others (2001), "Profiling Internet Users' Participation in Social Change Agendas: An Application of Q-Methodology", Faculty of Business, Queensland University of Technology, available at: <http://arxiv.org/abs/cs/0109058>.
- Revista Catalana de Derecho Público*, about "La incidencia de las TIC en el Derecho público", núm. 35, 2007.
- Roig, A. (2007), "El anonimato y los límites a la libertad en internet", in Cotino, L. (Coord.) (2007), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 321-354.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS 1
CONTENIDOS ILÍCITOS EN LA WEB 2.0 Y ALGUNAS
PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Sunstein, C. R. (2001), *Republic.com*, Princeton University Press. (in spanish:
(2003), *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid.
Non authored (2004) “Weblogs in Journalism: Blogging and the Law”, available
at: <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005).