

Retos, amenazas, tendencias y «olvidos» de las libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet

I. LA LUCHA POLÍTICA Y SOCIAL POR LA LIBERTAD EN INTERNET Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

I.1 La red no es *per se* un espacio de libertad

Hay que desterrar una visión romántica y utópica de la red como un espacio, por sí mismo, de libertad. Una serie de factores llevaron a una comprensión libertaria y anárquica que ha dominado el mundo activista de internet: ¹ la sensación psicológica de libertad ante la falta de factores espaciales y contextuales, la quiebra de la identidad, el fácil anonimato o la grave dificultad que existía para controlar y perseguir los ilícitos en la red. Podría decirse que se consideraba al ciberespacio como el estado de libertad natural. Así quedó reflejado en algunos documentos, como la conocida Declaración de Independencia del Ciberespacio de 1996, ² o la Propuesta de Declaración de los

¹ A este respecto, véase de manera más amplia mi trabajo «Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión», publicación de la Ponencia en las *III Jornadas de Derecho constitucional «Constitución y libertad de expresión»*, Fundación Giménez Abad-Cortes de Aragón-UNED, Barbastro (Huesca) 7-8 de noviembre de 2008, disponible en línea en <http://goo.gl/cBkEa>

² Redactada por John Perry Barlow, Fundador de Free, Fronteras Electrónicas en Davos (Suiza) el 8 de febrero de 1996. En línea en www.internautas.org/documentos/decla_inde.htm

De la misma, me permito señalar algunos exponentes de este pensamiento: «En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos.» «Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos.» «No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debamos temer verdaderamente.» «El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis.» «Nuestro mundo está a la

Derechos Humanos en el Ciberespacio,³ declaraciones en el marco de la primera guerra por la libertad de expresión en internet: la batalla jurídica contra la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 de EEUU (*Communications Decency Act*, CDA). Aquella primera guerra se saldó de forma muy favorable ante el Tribunal Supremo federal en 1997.⁴ En una antológica sentencia se aplicó a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita, subrayando el efecto disuasorio –«chilling effect»– que provoca perseguir conductas escasamente definidas por la norma. Pese al transcurso de los años, en Europa o América Latina, ningún tribunal nacional ni supranacional ha generado una sentencia tan importante sobre internet. Y sólo desde 2012 los tribunales supranacionales europeos empiezan a percibir el fenómeno de internet desde la libertad de expresión e información, como más tarde se sigue.

En EEUU en el estudio de la libertad de expresión e internet destacaron firmas jurídicas como las de Sunstein, Balkin, Ribstein o Wu.⁵ Lessig con *El*

vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos.» «Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto no se aplican a nosotros. Se basan en la materia. Aquí no hay materia.» «Nuestras identidades no tienen cuerpo, así que, a diferencia de vosotros, no podemos obtener orden por coacción física.» «No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad más orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones.»

³ De Robert B. Gelman, de 12 noviembre 1997. La misma queda en muy buena medida – y como no podía ser de otra forma– impregnada del derecho a la comunicación a través de las diversas facultades de las libertades de expresión e información, que es en puridad una muy buena parte de los «derechos» que ahí se reconocen. Acceso en <http://goo.gl/6xPXBT>

⁴ En España quien mejor recogiera esta evolución fue M. Luisa Fernández Esteban en varios de sus trabajos como *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en internet», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 53 (1998), pp. 283-311, y «La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos* n° 103 (1999), pp. 149-169, todos ellos de acceso completo en internet.

Recientemente, Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano, «Internet entre otros medios o las distinciones mediáticas del Tribunal Supremo de los EEUU», en Loreto Corredoira y Alfonso y Lorenzo Cotino Hueso (eds.): *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 99-118.

⁵ Cass R. Sunstein: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2001; Jack M. Balkin: «Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society». *New York University Law Review* n° 79/1 (2004), pp. 1-58, disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842>; Larry Edward Ribstein: «Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging», *U. Illinois Law & Economics Research Paper* n° LE05-008 (2005), disponible en <http://ssrn.com/abstract=700961>; también de este autor «Bloggers and Their First Amendment Protection», *The Neiman Reports* n° 57/3 (2003), disponible en www.neiman.harvard.edu/reports/03-3NRfall/95-96V57N3.pdf; o Tim Wu: *Who Controls the Internet*, Oxford University Press, Oxford, 2006, entre otros. En Reino Unido, J. H. Lipschultz:

Código,⁶ así como en obras posteriores⁷ convenció de que frente a la apariencia de internet libertario de 1995

«El ciberespacio tiene el potencial de ser el espacio más plena y extensamente regulado que hayamos conocido jamás en cualquier lugar y en cualquier momento de nuestra historia. Tiene el potencial de ser la antítesis de un espacio de libertad. Y, a menos que comprendamos este potencial, a menos que veamos cómo podría desarrollarse, es probable que no nos enteremos de esta transición de la libertad al control».⁸

La clave, como expuso este autor, reside en el código, esto es, el conjunto de *software*, *hardware* y la configuración neutral de la red. Las amenazas a la libertad proceden de la acción de los grandes productores de estos elementos en connivencia con los Estados que tienen capacidad real de acción.

1.2 Los movimientos libertarios en la red y su traducción jurídica

Sobre estas ideas, el movimiento libertario de la red se ha reconvertido en los defensores de *Linux*,⁹ del código abierto, del *Open Source* y el código libre.¹⁰ Se trata de un verdadero movimiento social creciente y potente. Aunque cobra también expresión en partidos políticos, esta línea de acción es discreta. Así, cabe tener en cuenta los Partidos Piratas presentes en 60 países u otros partidos que se presentan con más o menos éxito a las elecciones con postulados muy vinculados a la cultura colaborativa y de internet (por ejemplo, Red ciudadana. Partido X, etc.) mientras que diversos postulados como el acceso libre a internet y la rebaja de la propiedad intelectual se aprecian con claridad en el Movimiento

Free expression in the age of the internet, Westview Press, Boulder-Oxford, 2000 o recientemente, A. Packard: *Digital Media Law*, Willey-Blackwell, Oxford, 2010.

⁶ La posición de este autor en forma extensa y razonada puede seguirse en Lawrence Lessig: *El código y otras leyes del ciberespacio* (trad. de E. Alberola Blázquez), Taurus, Madrid, 2001. De forma sinóptica, «Las leyes del ciberespacio», en *Cuadernos Ciberespacio y Sociedad* n° 3 (1999) (trad. Javier Villate), del original en: cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf (3 abril 1998) Dispuesto para su acceso en <http://goo.gl/Pgq2Pb>.

Asimismo, Lawrence Lessig: *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad* (trad. de Antonio Córdoba), Elástico, 2004, en línea en www.elastico.net/archives/001222.html

⁷ Se puede acceder al texto completo de muchas de ellas en http://es.wikipedia.org/wiki/Lawrence_Lessig

⁸ Cita de Lawrence Lessig: «Las leyes del ciberespacio», cit.

⁹ Popular sistema operativo *abierto* (*Windows* lo es cerrado) a partir de Linus Torvalds en Finlandia, quien se integró en el Proyecto GNU de la *Free Software Foundation*, presidida por Richard Stallman.

¹⁰ De una manera puede afirmarse que se trata de programación que permite al usuario adentrarse en él para usarlo, estudiarlo, adaptarlo, distribuirlo y modificarlo y mejorarlo libremente. La idea es de «free» como «libre», no como «gratis».

Cinco Estrellas italiano. Desde la perspectiva de los hechos, los usuarios descargan masivamente contenidos protegidos y se multiplican los medios para facilitar tales descargas. Según informes especializados, como la famosa lista 301 que elabora anualmente el gobierno de EEUU ¹¹ sobre la persecución que se hace en cada país frente a los ataques a la propiedad intelectual, especialmente a través de internet, Ucrania es el peor país a este respecto del mundo, y se tiene bajo «vigilancia prioritaria» a otros como Argentina, Chile, China, Costa Rica, India, Indonesia, Rusia, Tailandia y Vietnam. España estuvo en esta lista negra desde 2008 hasta 2011, si bien las medidas que líneas más abajo se comentan permitieron que saliera de la misma hasta la fecha.

No faltan comunidades o grupos ciberactivistas, como por ejemplo *Anonymous* que emplean habitualmente ataques de denegación de servicios o DDoS (de *Distributed Denial of Service*) haciendo que webs, servidores o redes de instituciones, partidos políticos o grandes prestadores de servicios queden inaccesibles para usuarios. Estas acciones por lo general son frente a iniciativas políticas o legales vinculadas a la regulación –y restricción– de contenidos en internet en aras de la propiedad intelectual.

Por lo que más interesa, estos movimientos también han contado con expresión desde el Derecho. Así, de una parte, desde la legalidad de la propiedad intelectual, «pero dándole la vuelta», como dice Stallman. ¹² En esencia, los autores renuncian a sus derechos de forma condicionadas permitiendo la reutilización por otros usuarios. Así lo han hecho a través del *copyleft*, ¹³ en vez del *copyright*, con Licencias GNU ¹⁴ o las *creative commons* (diseñadas por Lessig). ¹⁵ De otra parte, en razón de este choque libertad de expresión–propiedad intelectual, no es fortuito que las grandes batallas jurídicas por la libertad de expresión en la red se libren en EEUU –y a menor escala en otros lugares como España o Francia– entre activistas y grandes medios de comunicación y contenidos o entidades de defensa y gestión de la propiedad intelectual. En este contexto, no tuvieron éxito ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos la pugna de los internautas contra la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 o la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998 en el caso *Eldred vs. Ashcroft*,

¹¹ Oficina para la Defensa de los Intereses Comerciales de Estados Unidos (USTR), *Informe anual 'Special 301'* Acceso en www.iipa.com/special301.html

¹² Richard M. Stallman: *Software libre para una sociedad libre*, Traficantes de sueños, Madrid, 2004, p. 28; este libro se puede descargar libremente en http://nodo50.org/ts/editorial/software_libre.htm.

¹³ La distribución de contenidos *copyleft* es libre, respetando siempre las condiciones que impone el autor (como puede ser el no permitir el uso lucrativo si no es recibiendo una contraprestación económica, o no permitir el ningún caso el uso lucrativo). Lo que no significa que la distribución de contenidos *copyleft* ha de ser siempre gratuita.

¹⁴ De la Fundación para el Software Libre; véase www.gnu.org.

¹⁵ Véase www.creativecommons.org

(sentencia de 15 de enero de 2003).¹⁶ Se trató de un supuesto defendido por el propio Lessig ante el Supremo, que no obstante, consideró que la *Digital Millenium Copyright Act* no vulneraba la libertad de expresión.

En Europa quizá el hito más destacable fue la Decisión nº 2009-580 de 10 de junio de 2009¹⁷ del Consejo Constitucional francés por la que se declaró inconstitucional la llamada Ley Hadopi I, ley que favorece la difusión y la protección de la creación en Internet y que permitía la sanción administrativa de corte de acceso a internet. Ahí se dijo algo obvio: el acceso y uso de Internet está protegido por la libertad de expresión e información y la sanción del corte de acceso a este servicio debe ser decretada por un juez. La reacción fue crear un procedimiento penal con garantías judiciales en la Ley Hadopi II. También es llamativo el caso alemán, donde una ley que permitía el control de contenidos en internet, aprobada en 2009 nunca ha llegado a aplicarse.¹⁸ En Colombia, la responsabilidad por los contenidos ilícitos ha quedado totalmente desregulada tras el fracaso de la llamada Ley Lleras.¹⁹

Salvando muy destacadas firmas, que por lo general hemos trabajado de forma conjunta, no son muchos los autores en la literatura científica española que hayan mostrado interés por las libertades en la red,²⁰ a diferencia de la

¹⁶ Al respecto, cabe seguir toda la descripción de la *lucha* ante el Tribunal Supremo por Lessig en Lawrence Lessig: *Cultura Libre...*, cit. p. 97.

¹⁷ Puede seguirse una descripción completa realizada por mí en <http://goo.gl/hDgH4j>

¹⁸ El 18 de junio de 2009 fue expedida por el Parlamento Federal alemán la ley para dificultar el acceso a contenidos de pornografía infantil en las redes de comunicación. Esta ley tenía un periodo de prueba hasta finales de 2012, si bien se dictó el 5 de abril una orden de no aplicación externa y finalmente fue derogada sin aplicarse. Al respecto, Raffael Sängler: «El bloqueo de páginas web en el Derecho alemán, a través del ejemplo de la ley para dificultar el acceso a páginas web», en Loreto Corredoira y Alfonso y Lorenzo Cotino Hueso (eds.): *Libertad de expresión e información en Internet...*, cit.

¹⁹ La fuerte reacción a la llamada Ley Lleras (Proyecto de ley 241 de 2011 «Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en internet») conllevó una sentencia de inconstitucionalidad formal y, finalmente, a que la materia del control de contenidos en aquel país quedase finalmente sin regulación alguna.

²⁰ En España, hay que destacar los trabajos iniciales de María Luisa Fernández Estéban, como *Nuevas tecnologías, Internet y derecho fundamentales*, cit., así como los numerosos trabajos de Andrés Boix Palop, entre ellos «Pluralismo y libertad de expresión en la Red», *Revista española de Derecho constitucional* nº 65 (2002), pp. 133-180 (en línea en www.uv.es/aboixp), así como Andrés Boix Palop y Guillermo López García: «Derecho y cuarto poder en la era digital», *Revista de Estudios Políticos* nº 130 (2005), pp. 73-108 y «Soporte digital, autoría e industria cultural», *Revista de Estudios Políticos* nº 131 (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. Fue un clásico Javier Villate: «La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas», Versión 1.0, Borrador de trabajo sobre la libertad de expresión en la Red y los sistemas de filtrado, por Javier Villate. Documento presentado en la comparecencia de David Casacuberta, presidente de FrEE, ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998, acceso en internet. Es sencillo y muy destacable José Julio Fernández Rodríguez: *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004. También hay que mencionar especialmente los trabajos de, Loreto Corredoira y Alfonso: *Los retos de la información en internet. Las libertades de acceso y*

siempre más rentable atención del fenómeno de la protección de datos. En España los «internautas» (en su sentido de activistas del referido movimiento en la red) suelen celebrar como victorias éxitos jurídicos como la no persecución por el Ministerio Fiscal ni de páginas web de enlaces ni a los usuarios de las mismas (Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado),²¹ o la no consideración judicial de la lesión de la propiedad intelectual en la mayoría de casos de páginas de enlaces como los casos *Sharemula*, *Elitedivx*, *Rincón de Jesús*, *Indicedonkey*, *Estrenosdivx*, *Cinetube*, a los que han sucedido muchos más.²² O la batalla jurídica frente al canon impuesto a los soportes digitales, declarado parcialmente ilegal en 2010 por el TJUE²³ y que fue eliminado en 2011. También se consideraron como éxitos las dificultades que impone el TJUE para acceder a datos de tráfico de internet para perseguir ilícitos civiles (caso *Promusicae*)²⁴ o,

difusión. Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información. Madrid, 1998 y el libro colectivo *La libertad de información. Gobierno y arquitectura de internet*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, y los trabajos de esta autora en obras que he coordinado. Destacan desde el inicio los diversos estudios de María Jesús García Morales «Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet», en Lorenzo Cotino Hueso (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 y algunos trabajos en Pompeu Casanovas: *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003. Más recientemente, «La prohibición de la censura en la era digital», *Teoría y Realidad Constitucional* n° 31 (2013), pp. 237-276. También inicialmente bajo el enfoque penal, Fermín Morales Prats y Óscar Morales García (coords.): «Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet», *Revista Derecho y Proceso Penal* (2002).

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

²¹ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que dice: «las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de ‘colocar en la Red o bajar de Internet’ o las de intercambio de archivos través del sistema ‘P2P’, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no tienen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial».

²² Pueden seguirse un buen número de estas resoluciones en www.bufetalmeida.com/511/sentencias-propiedad-intelectual

²³ Acceso completo en línea en <http://goo.gl/ek1Zy1>

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 29 de enero de 2008, asunto C275/06, Productores de Música de España (Promusicae), Telefónica de España, S.A.U., que concluye que las normas comunitarias «no obligan a los Estados miembros a imponer, [...] el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil». Esto es, que sólo en procedimientos penales cabría imponerse la revelación de los datos de tráfico.

como más tarde se expone, la prohibición de imponer controles automáticos de contenidos a los servicios de internet para proteger la propiedad intelectual.

Como es obvio, estas resoluciones judiciales siempre han sido mal recibidas desde la industria y desde EEUU y motivan la reclamación de un marco legal más claro y proclive a la propiedad intelectual. En España, estas medidas normativas de protección de la propiedad intelectual se intensificaron bajo la presión de EEUU (como se puso de manifiesto a través de los cables revelados por Wikileaks).²⁵ Se trató de la políticamente convulsa «ley Sinde» (por la entonces ministra de cultura socialista Ángeles González Sinde), que fue rechazada por el Senado y posteriormente modificada para lograr el apoyo de partidos de la oposición. Con la «ley Sinde», y a través de diversas reformas legales, se creó un órgano administrativo (la Sección 2ª de Propiedad intelectual) que tras un procedimiento puede resolver el un cierre o bloqueo de una página web por permitir el acceso ilegal a contenidos protegidos por propiedad intelectual.²⁶ Puede incluso señalarse que el movimiento 15-M tuvo su germen en las reacciones en internet y las redes sociales articuladas en contra de esta ley.²⁷ Las reacciones sociales frente a esta legislación obligaron a introducir hasta dos garantías judiciales para velar por la libertad de expresión o por la privacidad en estos procedimientos, poniendo aún más en cuestión la efectividad práctica de estas medidas.²⁸ En 2011 se aprobó tal «ley Sinde», si bien el Gobierno socialista

²⁵ Así puede seguirse por ejemplo en *El País* de 3 de febrero de 2010, «EE UU ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas», acceso en <http://goo.gl/oByKpG>

²⁶ Sobre los contenidos de dicha ley puede seguirse mi audio «La Ley Sinde y la protección legal y judicial de la propiedad intelectual en Internet», ponencia en la *VII Semana Informática de la Comunidad Valenciana*, 15 de abril de 2011, acceso en <http://goo.gl/UiD3FN> Excelente análisis es el de María Jesús García Morales: «La prohibición de la censura en la era digital», cit. Una sólida crítica constitucional de esta ley en Germán M. Teruel Lozano: «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en Lorenzo Cotino Hueso (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, pp. 52-87.

²⁷ El movimiento internauta *No les votes*, nació en respuesta a la Ley Sinde y estuvo en el origen de las primeras movilizaciones. Al respecto, entre otros muchos «Así nació el 15-m» en *ABC* de 22.5.2011, vid. <http://goo.gl/2xdOpy>

²⁸ Desde 2009 se inició la polémica sobre la protección de la libertad de expresión frente al cierre de páginas web por un órgano administrativo, lo cual llevó a que se introdujera el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales para que un juez pudiera autorizar la resolución administrativa que declaraba el cierre de una web en razón del procedimiento. Pese a toda la polémica suscitada, hasta el momento de cerrar estas páginas en 2014, sólo se conoce una ocasión en la que se ha seguido este procedimiento judicial de garantía. Se trata de una resolución judicial de la Audiencia Nacional en 2014 respecto del cierre de www.goear.es, y la Justicia ha fallado en contra del cierre. Ver <http://goo.gl/fg8lyn>

Para lograr el apoyo del Partido Popular y Convergència i Unió (que inicialmente votaron en contra de la ley) se introdujo otra posible intervención judicial para velar por la privacidad en la investigación de las páginas web de enlaces (nuevo párrafo 2º, artículo 8 Ley 34/2002, de 11 de julio).

que se sabía saliente, no se atrevió a aprobar el necesario procedimiento reglamentario. Una de las primeras medidas Gobierno popular ²⁹ que le sucedió a finales de 2011 fue el desarrollo reglamentario de esta ley al tiempo de suprimirse el también polémico canon digital. Estas normas lograron atemperar las críticas y presiones de Estados Unidos y sacaron a España de la referida lista 301. No obstante, su efectividad práctica o simbólica contra la piratería es más que relativa. ³⁰

Desde 2012 existen anteproyectos e iniciativas de reforma. De un lado, del Código penal (proyecto de ley de septiembre de 2013) para perseguir penalmente a las webs de enlaces. Del otro lado, la llamada «ley Lassalle» de reforma de ley de propiedad intelectual (proyecto de ley de febrero de 2014), que entre otras cosas, persigue restringir mucho las posibilidades de difundir «copias privadas» y deja clara la ilegalidad de cualquier difusión de obras protegidas en internet, al tiempo que se refuerza mucho las posibilidades de persecución, sanción y cierre efectivo de webs que faciliten enlaces a obras protegidas.

Del lado contrario, se ha criticado –y a mi juicio no sin razón–, la corriente jurisprudencial iniciada precisamente con la condena a la Asociación de Internautas frente a la SGAE, ³¹ que tiende a responsabilizar a los intermediarios por los contenidos ilícitos de terceros que difunden o alojan por no extremar precauciones frente a los mismos. ³² Como se verá, esta corriente confluye con la del TEDH.

²⁹ Se trata esencialmente del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo momento se suprimió el canon digital a través de la Disp. 10ª del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

³⁰ Según una respuesta del Gobierno a una pregunta parlamentaria en enero de 2014 la Sección segunda de propiedad intelectual ha resuelto 316 de las 394 solicitudes presentadas suponiendo la retirada de contenidos 85 páginas, así como el cese de actividades de quince de ellas. Son cientos las webs de enlaces y millones los enlaces que apuntan continuamente a contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

³¹ 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*); 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*). 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» (fto. jco. 4º).

³² Sobre el tema, véase especialmente, Lorenzo Cotino Hueso: «Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en la red» ponencia en el *XI Congreso de la Asociación Constitucionalistas de España, (ACE)*, 21 y 22 de febrero de 2013, Barcelona, «La tutela judicial de los derechos fundamentales». Acceso en <http://goo.gl/mD8idC>

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LO INFORMADO Y OPINADO A TRAVÉS INTERNET. LA NECESIDAD DE FRENAR PELIGROSAS INERCIAS

2.1 La negativa inercia de reservar la protección más intensa de las libertades informativas a los medios de comunicación clásicos

Desde sectores políticos y jurídicos, al igual que desde los medios de comunicación clásicos, se pretende reservar sólo para estos últimos una libertad de expresión, información y de prensa reforzada y con garantías específicas (privilegios) que no se extiendan en general a internet.³³ Se trata de cierta inercia sociológica y jurídica en nuestros tribunales de reservar, más o menos veladamente, las libertades informativas para los medios de comunicación, digámoslo así, clásicos.³⁴ Así, el Tribunal Supremo ratificó una sanción de la **Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)** por la difusión de información sobre guardias civiles condenados por torturas en una web de la Asociación Contra la Tortura, considerando tales contenidos estaban excluidos de la libre expresión e información.³⁵ La Sala declaró, sin más explicación, que las concretas conductas sancionadas nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica (fto. jco. 9º). En concreto, afirma el Tribunal Supremo que «la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa» (fto. jco. 6º).

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

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

³³ Así llamó la atención inicialmente en Estados Unidos, entre otros, Cass R. Sunstein: *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit. De igual modo y por todos, Jack M. Balkin: «Digital Speech and Democratic Culture...», cit.

³⁴ Este criterio, que se vislumbra en la SSTC 136/2004, de 13 de septiembre, fto. jco. 5º recordando la doctrina de del vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 15/1993, de 18 de enero y 54/2004, de 15 de abril, fto. jco. 3).

³⁵ Se trata de STS de 26 de junio de 2008, recurso: 6818/2003. Asociación contra la tortura contra las Resoluciones del Director de la Agencia de Protección de 4 de septiembre y 3 de octubre de 2000.

comunicación y el de los ciudadanos a la autodeterminación informativa y privacidad sostenido sobre el derecho de protección de datos.»³⁶

En otras palabras: un ciudadano no puede atreverse a alegar la libertad de expresión: eso es cosa de medios de comunicación. Esta resolución fue anulada por la Audiencia Nacional en 2012³⁷ por lesión de la libertad de expresión; no obstante, son varias las resoluciones con esta tendencia de la AEPD.³⁸

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

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

Aunque se han mencionado algunos supuestos, no siempre es fácil percibir directamente los efectos de esta corriente, que no son pocos. La AEPD por ejemplo, no se atreve a analizar supuestos relativos a la difusión de información por medios de comunicación convencional, reenviándolos a los tribunales civiles en razón de la aplicación de la Ley 1/1982. Sin embargo, en casos similares de páginas web los analiza sin problema alguno imponiendo las sanciones que correspondan. De igual modo, cuando efectúa una ponderación del interés público de lo informado, tiende a considerarse que los *blogs* y *webs* particulares

³⁶ Resolución 211/2010, PS 439/2009, **CITA** denunciada por la Universidad Politécnica de Madrid por difusión de enlaces y vídeos externos en crítica por competencia desleal de algunos profesores.

³⁷ Así en la sentencia de 11 de abril de 2012 en el P.A. 03078/2010.

³⁸ Así lo analizo en Lorenzo Cotino Hueso: «Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)» en Antonio Troncoso Reijada (dir.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 289-315 (acceso completo en internet).

informan de cuestiones de interés sectorial que no merecen la intensa protección de las libertades.³⁹

Esta negativa inercia es la que, también, hace casi impensable que una autoridad administrativa pueda resolver cerrar un periódico o televisión sin una resolución judicial; mientras que la legislación permite como regla general el bloqueo o retirada de contenidos sin clara actividad judicial.⁴⁰ La AEPD resuelve la comisión de infracciones e impone sanciones efectuando ponderaciones relativas al art. 20 CE en supuestos de difusión de datos personales en internet. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales, o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (art. 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo respecto de los medios clásicos.

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

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

2.2 La Constitución protege la difusión de opiniones e informaciones por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio

Frente a esta negativa corriente, y como he sostenido en otros lugares desde hace tiempo,⁴¹ las libertades informativas se reconocen a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista) que emita información

³⁹ Así lo analizo en el trabajo *cit. supra*.

⁴⁰ La cuestión es de extraordinaria complejidad, en tanto en cuanto no está constitucionalmente clara la exigencia de resolución judicial más que en el caso del secuestro judicial. La Ley 34/2002 dispone en su art. 8 que sólo en los casos que la Constitución o las leyes dejen clara la necesidad de actividad judicial para preservar la libertad de expresión e información, ésta será necesaria.

⁴¹ Entre otros, «Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los *blogs*)», en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pp. 51-76. También, «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión», en Lorenzo Cotino Hueso (Coord.): *Libertad en internet...*, cit. así como el estudio introductorio a la obra.

veraz o exprese opiniones, así como a la colectividad que las recibe. No se trata de una afirmación nueva, puesto que lo cierto es que antes de internet, ya se afirmaba que las libertades informativas eran de todos los ciudadanos. En aquellos tiempos estas afirmaciones, si se me permite, *salían gratis*. Así el Tribunal Supremo de los EEUU diría que «la libertad de la prensa es el derecho de un solo panfleto [...] al igual que el de la más importante publicación metropolitana». ⁴² La sentencia *Engels* del TEDH, de 8 de junio de 1976 afirmó que «Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 [del CEDH que reconoce la libertad de expresión] es aplicable a todas las personas» (Apartado 100). Como luego se insiste, el TJCE en 2008 ⁴³ afirmó que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de «periodismo» hacia «toda persona que ejerza una actividad periodística» (nº 58). Se señala que difundir información con ánimo de lucro no excluye que se trate de fines periodísticos, «el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata de una actividad «con fines exclusivamente periodísticos» (nº 60), ⁴⁴ de manera que las «actividades periodísticas» «no están reservadas a las empresas de medios de comunicación y pueden ejercerse con ánimo de lucro.» (n. 61)

Según se adelantado, el Tribunal Supremo de los EEUU asentó con claridad la premisa de que Internet es un canal de comunicación que queda protegido por la libertad de expresión e información (*ACLU vs Reno* de 1997). Este mismo punto de partida se ha reconocido sin valor jurídico normativo en diversas declaraciones internacionales «Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos» (principio nº 1 de la «Declaración sobre la libertad de comunicación en internet», del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003). ⁴⁵ Más recientemente, destaca la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 por altas instituciones internacionales de libertad de expresión, incluyendo la ONU, la OSCE o la OEA. ⁴⁶ Su punto de partida es contundente:

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

⁴² Así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el caso *Branzburg v. Hayes* de 29 de junio de 1972, («liberty of the press is the right of the lonely pamphleteer ... as much as of the large metropolitan publisher»).

⁴³ STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07.

⁴⁴ En especial ver los apartados 56 a 61.

⁴⁵ Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión.

⁴⁶ Vid. www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&ID=2

La premisa de que todos los ciudadanos son titulares de las libertades informativas también se ha afirmado por el Tribunal Constitucional español, aunque aún no para internet.⁴⁷ No obstante, ha señalado que hay una protección «más intensa» de estas libertades cuando se ejercen por empresas y periodistas, por ser los agentes que cumplen una «función constitucional» a través de un «vehículo institucionalizado» (STC 165/1987 y otras).⁴⁸ Pero esta intensidad, dijo luego, sólo es respecto del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Las empresas de comunicación y periodistas «en modo alguno» tienen un derecho fundamental reforzado, más allá de estas garantías especiales (como el secreto del periodista).⁴⁹

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

2.3 La especial consideración a los prestadores de servicios que permiten la comunicación pública electrónica esencial para la democracia moderna

Aún es más, no sólo se trata de reconocer en general a internet y sus usuarios el ejercicio de estas libertades. Me atrevo a afirmar que la garantía institucional reconocida clásicamente a los medios de comunicación social, y que refuerza jurídicamente la posición de los medios, ya no sólo debe atribuirse a éstos, sino que también debe reconocerse especialmente a determinados

⁴⁷ La libertad de expresión de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) CE). También, la libertad de información (art. 20. 1º d) CE) se reconoce «a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996)».

⁴⁸ Afirmó que «la protección constitucional de la libertad de expresión [también para la libertad de información] «alcanza un máximo nivel cuando [...] es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional». La cita corresponde a la sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, en ese caso respecto de la libertad de expresión, en la sentencia 154/1999, de 14 de septiembre la misma cita respecto de la libertad de información.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional rectificó y dijo que con dicha afirmación «en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban –y gozaban de– una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del Derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981)». STC 199/1999, de 8 de noviembre, reiterada en STC 225/2002, de 9 de diciembre de 2002.

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

Cabe recordar en este sentido que en España desde la STC 12/1982 (fto. jco. 3º) se atribuye una garantía institucional a la «opinión pública libre», dado que ésta es esencial para el sistema democrático. Se afirma desde entonces que:

«La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y [...] también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.»

Aunque se relativiza desde los años noventa, en razón de esta garantía o dimensión objetiva de la libertad de expresión e información se refuerza la prevalencia de la posición de los medios de comunicación, lo cual se observa especialmente en el juicio y ponderación del interés público en el ejercicio de las libertades informativas (ver entre otras muchas las SSTC 104/1985, fto. jco. 5º; 159/1986, fto. jco. 6º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, fto. jco. 4º). Obviamente, no se trata de un efecto automático que implique una ponderación siempre favorable a los medios de comunicación, sino que la situación se analiza en cada caso concreto.

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

Aunque las ha ignorado por completo la sentencia definitiva, claramente contraria a las mismas, las conclusiones de 26 de junio de 2013 del Abogado General Jääskinen del caso *Google vs AEPD* fueron rotundas al afirmar que

«Poner contenidos a disposición del público en Internet equivale, como tal, a la libertad de expresión [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en Internet» (ap. 122).

A mi juicio no hay que desdeñar tales afirmaciones, si bien que cabe puntualizar que se ejercen las libertades de expresión e información cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública.

Por el contrario, la sentencia que resuelve este caso y que luego se comenta, no confiere una protección especial al buscador Google en razón de su papel esencial para el acceso a la información en el mundo. No se tiene en cuenta el efecto que puede producirse de modo global por imponer límites o condiciones severas a este prestador de servicios o a muchos otros que quedan en el ámbito de proyección de esta sentencia. Simplemente se aborda la cuestión desde la perspectiva del caso concreto.

Considero de interés recordar el principio 1º b) de la ya citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 (ONU, OSCE, OEA, etc.):

«b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.»

En la referida sentencia no parece preocupar que pueda hallar una sensible merma de contenidos accesibles efectivamente en internet. No se considera que afecte a la libertad de información esta merma de contenidos sea resultado de aplicar de criterios privados, esto es, tanto el interés privado del sujeto sobre el que versan los contenidos cuanto el interés privado de Google de retirar contenidos que sean problemáticos.

Lo mismo puede decirse de la STEDH del caso *Delfi vs Estonia* de 10 de octubre de 2013 que luego se analiza con mayor atención. Esta sentencia, pendiente de revisión por la Gran Sala del TEDH, no parece advertir que la generalización de su criterio de responsabilizar a los intermediarios de internet, considerándolos como editores de la información que albergan supondría el fin del internet tal y como se conoce en la actualidad. Ni los grandes ni los pequeños prestadores de servicios e intermediarios podrían asumir el riesgo claro que existe de intermediar, difundir o albergar contenidos ilícitos generados por cientos de millones de usuarios en internet.

2.4 El interés público de los contenidos en internet no depende del sujeto emisor ni queda sólo vinculado a los asuntos de interés político

2.4.1 El interés público lo tienen los contenidos y no los sujetos que los emiten: «Cuando el sabio señala a la luna, el necio mira al dedo»

Al igual que otros fenómenos más o menos implícitos, en razón de este pensamiento latente favorable a los medios de comunicación clásicos, puede pensarse que hay una inercia a considerar que la información tiene interés público, y por tanto merece la intensa protección constitucional, en muchos casos sólo por el hecho de que la transmiten los medios tradicionales. Así: «Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero)».⁵⁰

De este modo, los medios de comunicación clásicos son –o han sido– un filtro *material* para determinar qué información gozaba de interés público. De hecho, en este poder de mediación entre la realidad y la ciudadanía ha residido el poder de la prensa. Sin embargo, cuanto menos desde 2004 se abrió en EEUU una importante pugna desde sectores de internet contra la prensa clásica, cuya expresión máxima no es sino la eclosión de Wikileaks en 2010. Desde 2004 muchos *blogs* importantes pasaron a dedicarse a controlar a los medios de comunicación y sus informaciones. Los nuevos medios de internet hacen de «perros guardianes» de los medios de comunicación clásicos.⁵¹ En este sentido, cabe recordar que el TEDH en el Caso *Observer y Guardian* de 1991, (ap. 51) justificó el derecho a no revelar las fuentes en tanto en cuanto que los *mass media* son los «perros guardianes» de la democracia. Pues bien, en muchos casos, los nuevos medios de internet y los mismos usuarios de redes sociales hacen de «perros guardianes» de los medios clásicos, aseverando o rectificando las informaciones de aquéllos.

Como afirmé en 2005 «Las informaciones de interés público de no están limitadas a las que emiten los tradicionales medios de comunicación y los periodistas profesionales.»⁵² De ahí que Internet va a forzar a desarrollar más y mejor estos criterios de la relevancia o interés pública de lo informado y

⁵⁰ STC 136/2004, de 13 de septiembre, fto. jco 5º.

⁵¹ Así, Shayne Bowman y Chris Willis: *Nosotros, el medio. Cómo las audiencias están modelando el futuro de las noticias y la información*, The Media Center, American Press Institute, 2003, pp. 51 y 52, acceso en <http://hypergene.net/wemedia/espanol.php>. Por mi parte, analizo la cuestión en Lorenzo Cotino Hueso: «Algunas claves para el análisis constitucional futuro...», cit.

⁵² *Ibidem*.

expresado, criterios objetivos⁵³ y subjetivos.⁵⁴ Y estos criterios habrán de ser explicitados en cualquier ponderación que aborde la cuestión con datos concretos del caso. En modo alguno bastará acudir al sujeto que emite la información como justificación del interés público de la misma. Se atribuye a Confucio la afirmación de que «Cuando el sabio señala a la luna, el necio mira al dedo». Pues bien: en cierto paralelismo, sería necio jurídicamente argumentar que un contenido tiene interés público y especial protección constitucional en razón del sujeto que lo emite y no tanto por su contenido. Ello no empece que la naturaleza del sujeto emisor condicione contextualmente el tratamiento constitucional. Así por ejemplo, puede partirse de cierta presunción de veracidad, diligencia y asunción de responsabilidad por los medios de comunicación convencionales, al tiempo de exigirse algunas garantías o cautelas de prevención específicas por cuanto a la emisión de contenidos por usuarios de internet y la necesidad de acreditar la identidad de éstos, por ejemplo.

También cabe tener en cuenta que el paso del tiempo conlleva la pérdida de interés o relevancia de una información, de modo que se desvanece la intensidad de la protección constitucional de la libertad informativa. Visto desde el reverso, como ha señalado la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resuelve el caso *Google vs AEPD*, «incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos [la difusión de una información de interés] puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron» (ap. 93). En esta materia, en pleno debate en razón del derecho al olvido hay que estar pendiente del futuro Reglamento europeo de protección de datos que se está ultimando en tanto en cuanto va a imponer a grandes prestadores de servicios –de difusión y alojamiento de contenidos, entre otros– a determinar la privacidad por defecto y, con ella, la fijación de tiempos en la difusión de información con datos personales.

⁵³ Determinados elementos permiten considerar que sí existe objetivamente dicho interés público y en qué intensidad en razón de criterios como si se trate de: el ejercicio del poder público, actuaciones judiciales, hechos relativos a la posible comisión de delitos, faltas, sanciones administrativas, otros ilícito; cuestiones en relación con derechos fundamentales así como con principios rectores (sanidad, vivienda, infancia, medio ambiente, etc.).

⁵⁴ Y desde el punto de vista subjetivo –no del emisor de la información–, la relevancia o interés público se da en razón de su carácter y naturaleza jurídica general y particular con relación a la información de que se trate, con elementos circunstanciales como si es un personaje público, en particular, cargo público, y tipo de cargo. Esta relativa desprotección del cargo público lo es siempre con relación al ejercicio de su actividad pública, no a su vida privada, puesto que no afecta a aquélla. La consideración de público de un personaje, obviamente es gradual y contextualizada a ámbitos geográficos, sectoriales, etc.

2.4.2 Las libertades informativas también protegen los contenidos comerciales, culturales o de ocio en internet

A la hora de determinar la protección constitucional en razón del interés público, qué duda cabe de que el discurso «político» queda especialmente sobreprotegido por la libertad de expresión. Gozan de especial protección los contenidos relativos a la opinión e información sobre el ejercicio del poder público, la crítica a quienes lo ejercen, el debate vinculado a la contienda electoral, las cuestiones vinculadas a asuntos de relevancia política como pueda serlo el ejercicio de los derechos fundamentales, los principios rectores de la política social y económica, etc. Y obviamente, si tales contenidos o debates se realizan a través de internet y las redes sociales, han de contar con especial protección jurídica.

Sin embargo, no sólo el discurso político debe disfrutar de una especial protección en internet. No hay que olvidar la protección por las libertades informativas de contenidos de otras índoles (comercial, publicidad, ocio, manifestaciones culturales varias, etc.). Cabe recordar la STEDH de 24 de febrero de 1994, caso *Casado Coca contra España* (nº 35) respecto de la protección de la publicidad por la libertad de expresión; la STEDH *Müller y otros contra Suiza*, del 24 de mayo de 1988, (nº 27) respecto de la protección de la expresión artística por el artículo 10, la música banal y los mensajes publicitarios difundidos por cable (STEDH *Groppera Radio AG y otros contra Suiza*, de 28 de marzo de 1990, nº 54 y 55). O, como afirmase el Tribunal Constitucional Federal alemán en el Caso *Carolina de Mónaco* «tampoco se puede negar al mero entretenimiento alguna relación con la formación de opinión». ⁵⁵

Es cierto que no hay que trivializar o banalizar la libertad de expresión, pero no vincularla exclusivamente al ejercicio del poder político excluyendo protección constitucional al resto. Millones de usuarios individuales que generan contenidos en la red, aunque no sean relativos a lo estrictamente político deben contar con las libertades informativas. Eso sí, la intensidad de la protección es variable y dependerá de la consideración del mayor o menor «interés» o «relevancia» pública.⁵⁶

⁵⁵ Se hace referencia a la Sentencia del TCF alemán de 15 diciembre 1999, que estimó el amparo respecto de las fotografías en las que aparecía Carolina en compañía de sus hijos, pero no las otras.

⁵⁶ Por todos, STEDH *von Hannover contra Alemania*, de 24 de junio de 2004 o SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre; 15/1993, de 18 de enero; y 115/2000, de 10 de mayo.

3. ALGUNAS PREMISAS DE LAS QUE PARTIR EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA RESPECTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET

A diferencia de EEUU donde desde 1997 el Supremo empezó a fijar elementos básicos en la materia, los grandes tribunales europeos han intentado rehuir las cuestiones clave de libertades informativas en internet.⁵⁷ Sin embargo, a la fuerza de los años y normalmente en procedimientos no centrados en la libertad de expresión, sino sobre competencia desleal, protección de la propiedad industrial e intelectual o del derecho de protección de datos, se van fijando algunas premisas importantes sobre libertad de expresión en internet y la responsabilidad y obligaciones que implican para los prestadores. Con estos *mimbres* debe interpretarse la actual normativa y, al tiempo, muchas de estas premisas condicionan la futura normativa que –hay que esperar– se produzca. Se significan a continuación algunas líneas básicas que se deducen tanto de la jurisprudencia del TJUE cuanto del TEDH.

3.1 La primera sentencia del TEDH que aborda centralmente la libertad de expresión en internet: el caso *Ahmet Yıldırım c. Turquía* de 2012

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 centralmente la libertad de expresión en internet.⁵⁸ A partir de ella se puede inferir, en esencia, que *no puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia*. El TEDH entiende que viola la libertad de expresión la imposición –judicial– de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet que no

⁵⁷ Como analicé en Lorenzo Cotino Hueso: «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión», en Lorenzo Cotino Hueso (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.

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

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.⁵⁹

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

En clara vulneración de esta jurisprudencia del TEDH precisamente para Turquía, ha sido llamativo que marzo de 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdogan ordenó a la Autoridad de Telecomunicaciones de Turquía bloquear *Twitter* en su país y días después *Youtube*. Se argumentó que estos prestadores no habían filtrado unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Así pues, se censuró el todo por la ilegalidad de una parte. Esta carrera bloqueadora fue detenida primero por la justifica ordinaria que simplemente la consideró «contraria a los fundamentos del Estado de Derecho».⁶⁰ El bloqueo fue luego considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional turco.⁶¹

⁵⁹ 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 había una medida menos restrictiva (ap. 64); se tenía que haber elegido un método en el que sólo quedara inaccesible la web concreta del proceso penal (ap. 65), mientras que no hay muestra de que los jueces tuvieron en cuenta los intereses en juego a la hora de bloquear Google Sites, puesto que la legislación que aplicaron no contiene esta obligación (ap. 66). La aplicación de tal normativa no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de Derecho de una sociedad democrática. Es más, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de internet está en «conflicto directo» con la exigencia del art. 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).

⁶⁰ Así según diversas noticias periodísticas con referencia a un juzgado administrativo de Ankara tras una denuncia de la Unión de Colegios de Abogados de Turquía.

⁶¹ En todo caso, la resolución del TC turco fue bastante confusa y no estableció con claridad el final del bloqueo.

3.2 La responsabilización a los intermediarios por los contenidos que alojan y otros criterios en la discutible STEDH del caso *Delfi vs Estonia* de 2013

Es importante la STEDH en el caso *Delfi vs Estonia* de 10 de octubre de 2013, de la misma se pueden derivar no pocos criterios que pueden ser muy importantes para internet. No obstante, cabe señalar que en febrero de 2014 esta sentencia ha sido remitida a la Gran Sala del TEDH que podría variar de criterio.

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

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

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

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

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

que permiten alojar datos y contenidos por usuarios, contenidos y datos que muy habitualmente lesionan derechos de las personas. Hay que recordar que esto es lo más habitual (ejemplo: Google, Youtube, Facebook, Twitter, eBay, Tripadvisor, etc.).

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

Para el TEDH, se justifica la responsabilidad del intermediario por los contenidos ilícitos que introducen sus usuarios en razón del riesgo razonable de que éstos se produzcan. En razón del principio de precaución, si hay riesgo de contenidos ilícitos, hay que poner medios y controles suficientes para evitarlos para no ser responsable (ap. 86).⁶² La proyección de este razonamiento, a mi juicio, permite responsabilizar a casi todos los prestadores de servicios e intermediarios de internet al uso por los contenidos que alojan y difunden, pues ciertamente ponen en riesgo cierto los derechos del artículo 18 CE, amén de derechos y bienes como la propiedad intelectual.

Haber tomado una serie de precauciones para evitar contenidos ilícitos, que normalmente no adoptan los grandes prestadores de servicios e intermediarios de internet, no es suficiente para eximir de responsabilidad. El TEDH no consideró suficiente para eximir de responsabilidad que el medio digital advirtiera que las opiniones no eran propias, que estaban prohibidos los comentarios insultantes, ilícitos o dañinos. Tampoco fue suficiente que la web hubiera implantado un filtro que detectara palabras malsonantes, ni que contara con un sistema de denuncia de contenidos impropios con un solo clic para que fueran revisados y retirados, ni que este sistema no fuera utilizado por el demandante. De igual modo, no sirvió para exculpar el hecho de que en ocasiones se retiraran contenidos de oficio por el medio digital (ap. 87). Todos estos sistemas «no garantizaban una protección suficiente de los derechos de terceras personas» sino que el medio «no hizo tanto uso como podría haber hecho de la extensión del control a su disposición» sobre los contenidos que introducían los usuarios (ap. 89). La empresa pudo haber puesto un sistema más robusto de identificación de los usuarios o un control inmediato de cada comentario antes o después de su publicación (ap. 91). Tampoco fue suficiente que el medio digital retirara los

⁶² Se estimó que, dada la noticia de que se trataba, el medio digital «podría haberse dado cuenta de que podría causar reacciones negativas en contra de la compañía naviera y sus directivos y que, teniendo en cuenta la reputación general de los comentarios en el portal de noticias Delfi, se produjo un riesgo superior a la media que los comentarios negativos pueden ir más allá de los límites de la crítica aceptable y alcanzar el nivel de insulto gratuito o la incitación al odio». En consecuencia «se esperaba que la empresa ejerciese cierto grado de precaución [...] a fin de evitar ser considerada responsable de una infracción de la reputación de otras personas» (ap. 86).

contenidos ilegales inmediatamente en cuanto se lo anunció la persona afectada. La web asumió que se pudieran emitir comentarios y asumió su responsabilidad

Aunque no es *ratio decidendi*, es de interés tener en cuenta que para el TEDH, el anonimato en internet queda bajo la libertad de expresión (ap. 92).⁶³

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

Como se ha dicho, esta sentencia está pendiente de la revisión por el pleno. El TEDH no quiere desvincular su solución de las circunstancias concretas del supuesto. En todo caso, esta sentencia puede considerarse de modo muy negativo para la libertad de expresión e información en internet. La sentencia deja en un enorme marco de indefinición a la web 2.0 y todos los prestadores de servicios e intermediarios que son la columna vertebral del internet que usan los ciudadanos. El TEDH elude dar pautas claras para una indefinición que la Unión Europea no resuelve y en España y otros países genera un claro efecto amenazante para usuarios y prestadores de servicios o intermediarios. Esta situación negativa para la libertad de expresión no es exclusiva de España. Las soluciones legislativas y jurisprudenciales en los países de la UE son de lo más variado.⁶⁴ Y la misma Comisión Europea⁶⁵ reconoce que «La Europa de Internet

⁶³ «La Corte es consciente, en este contexto, de la importancia de los deseos de los usuarios de Internet a no revelar su identidad en el ejercicio de su libertad de expresión».

⁶⁴ Así, se llegó a condenar a prisión a tres directivos de Google Italia por un vídeo colgado por un tercero en el que se mostraba a un chico autista siendo vejado por sus compañeros, pese a que se retiró al momento de conocer el mismo. Así en aplicación de normas penales y de protección de datos (inicial sentencia de 24 de febrero de 2010 Tribunal Ordinario de Milán, Secc. 4ª penal, *Associazioni Vivi-Down vs. Google Italy s.r.l.*, luego revocada en 2012). También cabe mencionar diversas sentencias condenatorias a Google, por sus sugerencias de búsqueda, como la sentencia de 12 de julio de 2012, la Corte de Casación francesa. En Gran Bretaña en el caso *Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010) se ha denegado la exclusión de responsabilidad cuando hay algún género de moderación posterior de los contenidos por parte del intermediario que los aloja, ya se tratara de remover otros comentarios ofensivos o incluso la corrección tipográfica o gramatical. La sentencia del 23 de junio de 2009 del Tribunal Supremo alemán reconoció prevalencia de la libertad de comunicación (excluyendo que se tratase del privilegio de la prensa) de un portal de evaluación de maestros (*Spickmich.de*). Pero tal prevalencia se reconoció gracias a que, pese a que había anonimato, se contaba con un sistema algo robusto de identificación de usuarios y la información no era indexable para los buscadores. Vid. Thomas Klink: «La actual posición del TS alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de 'la chuleta' 'spickmich.de'», en Lorenzo Cotino Hueso (ed.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...* cit. pp. 88-98.

⁶⁵ 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*

sigue siendo un mosaico de leyes, reglas, normas y prácticas diferentes»⁶⁶ y critica «los costes y riesgos que entraña la fragmentación derivada de la coexistencia de 27 regímenes jurídicos nacionales»,⁶⁷ «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.»⁶⁸

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

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

La ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional. En la STJCE de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*, no se encuentran muchas determinaciones sobre las libertades informativas en internet, pese a que las partes incitaron a analizar la cuestión desde la perspectiva de la libertad de expresión en internet. Por lo que aquí interesa, 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 (aps. 85 y ss.).

la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea, COM (2011) 942 final Bruselas, 11.1.2012, SEC (2011) 1640 y 1641 final. Al respecto, cabe seguir los completos estudios comparados a cargo de la Comisión Europea que evidencian los problemas respecto de la responsabilidad por los contenidos en internet. Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni Riccio, Aurélie Maria Van Der Perre: *Study on the liability of internet intermediaries*, (Montero, dir.), 12 de noviembre de 2007, Documento elaborado para la Comisión Europea: Markt/2006/09/E, acceso completo en internet. Asimismo y más reciente, el amplio y sólido documento de trabajo adjunto a la *Comunicación COM (2011) 942 final sobre los procedimientos de notificación y actuación sobre los contenidos ilícitos en línea organizada por intermediarios Commission Staff Working Document, Online services, including e-commerce, in the Single Market*.

⁶⁶ *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.»

⁶⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 14.

La libertad de expresión la ejercen todos los que difunden contenidos en internet, tengan o no ánimo de lucro. Como se ha adelantado, la STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07 ⁶⁹ afirma que la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de «periodismo» 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).

El prestador de servicios de internet o intermediario 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, ⁷⁰ 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 de servicios o intermediario «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada» (ap. 113). En esta dirección, 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. ⁷¹ 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. ⁷²

El titular de derechos de propiedad intelectual afectado puede solicitar que se prohíba la retransmisión de sus obras al tratarse de una «comunicación al público» en internet. En este ámbito, la sentencia del TJUE asunto C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. y otros / TVCatchup Ltd*) de 7 de marzo de 2013.

No puede obligarse a los prestadores o intermediarios de internet a 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

⁶⁹ Planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), en el procedimiento entre Tietosuojavaltuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy.

⁷⁰ 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.

⁷¹ www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3464

⁷² *Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010. Acceso en www.bailii.org/ewl/cases/EWHC/QB/2010/690.html

vulneración de la libertad de información, «dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito» (ap. 52).

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014,⁷³ *sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de acceso a Internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor*. El TJUE señala que el juez nacional que ordene la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma cuanto menos que las medidas de bloqueo de acceso a los usuarios «no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible» (nº 63) y que «tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez» (nº 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

4. ALGUNOS «OLVIDOS» DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS EN INTERNET EN LA STJUE DEL CASO GOOGLE VS AGPD DE 2014

La STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C 131/12, en el procedimiento entre *Google Spain, S.L., Google Inc. vs. la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*⁷⁴ ha sido una de las sentencias más esperadas de este tribunal. Ha sido especialmente llamativo que casi mediara un año entre las conclusiones de junio de 2013 y la sentencia definitiva, así como la radical diferencia entre unas y otra. Esta sentencia, al igual que la STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014⁷⁵ que declara que la Directiva 2006/24/CE de retención de datos de las comunicaciones es contraria a la vida privada y protección de datos, parecen asentar una dirección firme en la

⁷³ Sentencia TJUE de 27 de marzo de 2014 asunto C 314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mb.*

⁷⁴ Cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba su nombre. La AGPD consideró que Google debía desindexar la información relativa al Sr. Costeja. No cuestionó que la hemeroteca de *La Vanguardia* siguiese facilitando estos contenidos en la web.

⁷⁵ Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros (C-594/12)* / Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General.

protección de estos derechos. No obstante, la sentencia que ahora se expone, lo hace quizá en excesiva medida a costa de las libertades informativas en internet.

A instancia de la AEPD, la Audiencia Nacional elevó cuestión prejudicial al TJUE respecto de varios elementos. De un lado, la aplicación territorial de la Directiva europea de protección de datos respecto de servicios como el buscador Google, radicado en EEUU. Varios eran los criterios para afirmar dicha aplicación territorial: que los servicios de Google se ofrecen en Estados miembros de la Unión Europea; que se cuente con una oficina comercial de publicidad en un Estado miembro; que se utilicen robots para indexar contenidos de webs europeas o que se crean copias temporales de tales contenidos; que se instalen *cookies* en los ordenadores de los usuarios en la Unión Europea o que Google utilice dominios propios de Estados miembros.

Asimismo, respecto de la actividad del buscador Google se cuestionaba si ello implicaba un tratamiento de datos en Europa y si Google había de ser considerada responsable del tratamiento con todas las obligaciones que ello implica.

De igual modo, la Audiencia Nacional preguntó si los derechos reconocidos en la Directiva permiten un derecho al olvido,⁷⁶ esto es, que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores como Google para impedir la indexación de la información referida a su persona, procedente de la publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros.

⁷⁶ Sobre el derecho al olvido la bibliografía es abundante, recientemente, Luis Javier Mieres Mieres: *El derecho al olvido digital*, Fundación Alternativas [Documento de trabajo nº 186], Madrid, 2014 (acceso en la red). En todo caso, cabe destacar los trabajos de Pere Simó, entre otros, *El régimen constitucional del Derecho al Olvido Digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 (Premio AEPD); «El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos», en Lorenzo Cotino Hueso (ed.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales... cit.* pp. 24 y ss.; Pere Simón Castellano: «El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet», *Neutralidad en la Red y otros retos para el futuro de internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391-406 así como en su obra monográfica.

Del derecho al olvido me ocupé prontamente en «La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución», en Lorenzo Cotino Hueso (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales... cit.*, pp. 386-401 Acceso completo en internet.

4.1 Las conclusiones del Abogado General Jääskinen eran muy favorables a la libertad de expresión

Pese a que no se ha seguido las mismas, fueron bien importantes las proclamaciones de la libertad de expresión e información en internet contenidas en las conclusiones del Abogado General Jääskinen de 25 de junio de 2013. En esencia, las conclusiones iban en la línea de que el buscador Google es esencial para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información en el Europa y que, por tanto, no puede desvirtuarse el papel de intermediario de Google haciéndole censurar el contenido.⁷⁷ Asimismo, el derecho fundamental de acceso a la información quedaría «comprometido» si la información fuera una versión modulada o dulcificada («bowdlerizada»)⁷⁸ al gusto del usuario.

Del texto de las conclusiones se podían extraer diversas reglas y criterios relevantes para la libertad de expresión y la responsabilidad en internet.

– 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 proporcionalidad, 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).⁷⁹

– «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, sería necesario un marco europeo en razón de la libertad de expresión e información.

⁷⁷ «[E]l proveedor de servicios [en este caso el buscador Google] necesitaría ponerse en la posición del editor de la página web fuente y comprobar si la difusión de los datos personales en la página web podría considerarse legal y legítima a los efectos de la Directiva. Dicho de otro modo, el proveedor de servicios necesitaría abandonar su función de intermediario entre usuario y editor y asumir la responsabilidad por el contenido de la página web fuente y, cuando resultase necesario, censurar el contenido evitando o limitando el acceso a éste.» (ap. 109)

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.

⁷⁸ 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.»

⁷⁹ Las afirmaciones sobre el desfase de la Directiva pueden seguirse en los apartados 10, 61, 77, 79 y 81.

– 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» de las mismas.» (ap. 131) Así pues, los buscadores deben generar resultados de webs relevantes.

– Quien genera, difunde o redifunde información en internet ejerce su libertad de expresión (ap. 122)⁸⁰ y sufre «censura» y restricción de esta libertad si su contenido es filtrado o restringido por un buscador a petición de un tercero afectado (ap. 134). Se «desaconseja» dejar en manos del motor de búsqueda la decisión de la retirada de los contenidos sobre una base casuística (ap. 133). Al menos, es necesario contar con una regulación legal «adecuada» de un procedimiento de detección y retirada para afectar al prestador o intermediario para evitar «una retirada automática de enlaces a todo contenido controvertido» (aps. 133 y 134).

– «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);⁸¹ el buscador no es necesario que recabe el consentimiento de las personas cuyos datos indexa por ser de interés legítimo facilitar el acceso a la información (ap. 95)⁸² y, además, «La

⁸⁰ 122. «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.»

⁸¹ Considerar al prestador de servicios de búsqueda (Google) como responsable de los datos personales a los que facilita su acceso «entrañaría que los motores de búsqueda por Internet son incompatibles con el Derecho de la UE, una conclusión que a mi juicio es absurda» (ap. 90). Ello puede extrapolarse a los prestadores o intermediarios que alojan datos personales actividad específica tendente a ello.

⁸² A efectos de protección de datos se considera interés legítimo para tratar datos sin consentimiento por un prestador o intermediario «i) facilitar a los usuarios de Internet el acceso a la información; ii) conseguir que la información cargada en Internet se difunda de modo más efectivo, y iii) poner en marcha diversos servicios de la sociedad de la información

puesta a disposición de una herramienta de localización de información no implica control alguno sobre el contenido» (ap. 86).

– «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, el Abogado General llega a afirmar que la restricción de contenidos por el intermediario «traería consigo una interferencia en la libertad de expresión del editor de la página web [...] Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero» (ap. 134).

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

1.– Google realiza un «tratamiento de datos personales» en el sentido de la Directiva cuando indexa contenido y ofrece resultados: «el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas». (ap. 28). Google es responsable de este tratamiento, pese a que no controle la información de origen de las páginas web que indexa (ap. 34). Debe entenderse a partir de estas afirmaciones, que otros prestadores de servicios de internet también serán responsables de tratamientos de datos en tanto en cuanto su servicio permita acceder a información estructurada de una persona, de modo que se pueda «establecer un perfil más o menos detallado». Así pues, cabe tener en cuenta otros servicios búsqueda o estructuración de contenidos en internet, como, entre otros muchos, los propios de las redes sociales, quedarán sujetos a las consecuencias de esta sentencia.

2.– A Google le es de aplicación la normativa de la Unión Europea y por tanto está sometido a la legislación sobre protección de datos española (aps. 50 y ss.). Así se entiende en razón del criterio interpretativo favorable a aplicar las garantías del Derecho de la Unión Europea (aps. 54 y 58). Se considera en concreto que la publicidad está «indisociablemente ligada» al servicio de búsqueda de Google y que una oficina de publicidad

proporcionados por el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet subsidiarios respecto al motor de búsqueda, como la provisión de publicidad mediante palabras clave.» (ap. 95).

en un Estado miembro es criterio suficiente para aplicar el Derecho europeo (aps. 55, 56). No queda claro qué sucede en el caso de que el prestador de servicios de que se trate no tenga oficina comercial en el Estado miembro. No obstante, en razón del principio de eficacia de las garantías de la norma europea, muy posiblemente se considere también la sujeción al Derecho europeo cuando los servicios vayan destinados al continente, por ejemplo.

3.– Ni el interés económico de Google ni el general interés de los usuarios a acceder información de otros justifica suficientemente la grave afección a la privacidad y protección de datos que implica el buscador de Google. Así, «estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona» (ap. 97, ídem en 81 ó 99). Sólo «en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (ap. 81). Será Google primero y las autoridades de protección de datos o los tribunales después quienes deberán llevar a cabo la ponderación concreta de si procede la desindexación solicitada.

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

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

4.3 «Olvidos» en la sentencia: la falta de una perspectiva general de la libertad de información a la hora de imponer cargas a un prestador de servicios de internet y otras importantes lagunas

A mi juicio, la clave de la sentencia es que las libertades informativas no se aprecian en perspectiva general o institucional a la hora de ponderarlas con la privacidad y la protección de datos. No se percibe la magnitud de la afección a las libertades informativas que se produce al imponer obligaciones a un prestador de servicios de internet que es esencial para el acceso a la información en el mundo. Asimismo, el interés de los usuarios de internet por disponer de información no es considerado un contenido de la libertad información, de manera que el acceso a la información queda desvalorizado en la ponderación con los derechos de vida privada y protección de datos. Ello es importante también cuando se trate de ponderar con otros derechos e intereses en juego. De igual modo, el TJUE tampoco parece tener en cuenta el efecto que produce que el acceso efectivo a la información en internet, instrumentado esencialmente a través de Google –y otros buscadores– quede condicionado a los criterios privados, ya sean los criterios de los afectados por la información que solicitan la retirada masiva de contenidos, ya sea de Google a la hora de estimar o no las solicitudes de retirada.

Además de esta perspectiva general criticable a mi juicio, son varios los «olvidos» en esta sentencia, que abren la puerta a una gran incertidumbre en elementos clave. Bien es cierto que en general cabe disculpar al TJUE, por cuanto habría de ser el legislador europeo quien tomara decisiones que pueden ser clave para internet y para las que cuenta con mayor legitimación, sin que la jurisdicción europea se vea forzada a adoptarlas tales decisiones y, además, sin prácticamente base normativa. En cualquier caso, baste recordar algunos elementos respecto de los que la sentencia no incide generando cierta indeterminación.

La sentencia es clara al señalar que el buscador Google hace un tratamiento de datos y, por ello, deben aplicarse las consecuencias que ello implica en razón de la Directiva europea, como es el consentimiento de la persona afectada. Esto, llevado a sus últimas consecuencias, implicaría que solo podrían aparecer en Google quienes hubieran dado previamente su consentimiento. Ello supondría la desaparición de una ingente cantidad de resultados que indexa el buscador sino la práctica totalidad. No en vano es difícil que un contenido de internet no quede «contaminado» con el nombre de una persona que requiriese el consentimiento previo. Ello es muy diferente a que de forma reactiva, el interesado pueda dirigirse a Google para que desindexe los resultados de búsqueda. Ya en 2007 la misma AEPD 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 in consentida 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).»⁸³

Y más allá del consentimiento, incluso en los casos en los que se entiende que éste no es preciso, hay deberes de información al interesado de que se ha producido un. Como ya señalé hace años en general, la libertad de expresión e información justifica el interés legítimo para que por defecto no sea necesario el consentimiento para aparecer en internet, al igual que no sea necesaria la comunicación o información de que se ha producido un tratamiento.⁸⁴ Todo ello sin perjuicio de los mecanismos reactivos a través de los derechos ARCO y el derecho al olvido. La sentencia no entra en esta cuestión y, como se ha visto, la compañía parece que va a adoptar ya una serie de medidas por defecto. Será de interés perfilar las exigencias que deban darse por defecto para garantizar la intimidad y la protección de datos, muchas de ellas canalizadas a través del futuro Reglamento de protección de datos de la UE.

Como se ha adelantado, va a ser necesaria la definición de quienes quedan obligados por el derecho al olvido. Incluso por cuanto a Google no queda claro si sólo habrá de dar respuesta en los países en los que tenga abierta una oficina comercial para publicidad. Hay que determinar criterios como el dominio que se utilice, a dónde vayan dirigidos los servicios –hoy por hoy a todos los países–, si se utilizan *cookies* en los ordenadores de los usuarios, esto es, en cada país, etc. Más allá de Google, aunque con diferencia es el más importante, no es el único buscador, habiendo otros tanto generales como en ámbitos específicos. Es más, son muchos los prestadores de servicios que facilitan servicios de búsqueda general o particular y, entre éstos y con gran incidencia en las personas, por ejemplo las mismas redes sociales. Más allá de los buscadores, no son pocos los prestadores de servicios que sobre la base de información de internet tratan datos personales en el sentido afirmado en la sentencia, por cuanto «recogen», «extraen», «registran», «organizan», «conservan», «comunican» y «facilitan el acceso». Al fin y al cabo y siguiendo la sentencia, servicios que permitan acceder a información estructurada de una persona, de modo que se pueda «establecer un perfil más o menos detallado». La sentencia deja relativamente claro que el contenido que Google indexa –por ejemplo un boletín oficial o un periódico o hemeroteca digital– puede ser legítima y no tenga que impedirse su acceso mientras que sí que tiene que desaparecer entre los resultados del buscador. Sobre el criterio de la efectiva garantía del individuo, se generan muchas dudas respecto de la posibilidad de proteger la intimidad y la protección de datos en los sistemas de búsqueda de las propias hemerotecas digitales y de los boletines oficiales, por ejemplo.

Finalmente y como luego se insiste respecto de las responsabilidades del legislador, la sentencia sitúa el centro de gravedad futuro en las medidas que

⁸³ En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento N° TD/00266/2007.

⁸⁴ Así en Lorenzo Cotino Hueso: «Datos personales y libertades informativas...», cit.

adopte la propia compañía. Se trata de las medidas que se tomen por defecto, sin esperar al ejercicio del derecho al olvido, los mecanismos de solicitud y garantías de respuesta por la compañía así como los criterios que se seguirán para analizar los miles de casos en los que los ciudadanos hayan ejercido su derecho al olvido. La sentencia sólo deja claro que en general el acceso a la información de los usuarios de internet o el interés económico de la empresa no justifican la difusión de datos y que sólo en «en supuestos específicos» por interés público podrá justificarse la comunicación de datos en los resultados del buscador.

4.4 La reacción de Google

Al momento de cerrar estas páginas, no se conoce el alcance que puede tener esta sentencia y en breve se producirá la sentencia de la Audiencia Nacional que formuló la consulta al TJUE. La Audiencia puede establecer criterios concretos que puedan ser bien importantes dado que es necesaria la precisión en algunos aspectos. Igual o más importante es lo que haga Google, no sólo sorprendido, sino ciertamente indignado en los primeros momentos.⁸⁵ Por su parte, Google dispuso en junio de 2014 una web para España⁸⁶ para poder ejercer el derecho al olvido, lo que hicieron decenas de miles en los primeros días. Según la propia web:

«Evaluaremos cada solicitud de forma individual e intentaremos buscar un equilibrio entre los derechos de privacidad de los individuos y el derecho del público a acceder y distribuir información. Al evaluar su solicitud, examinaremos si los resultados incluyen información obsoleta sobre usted, así como si existe un interés público en esa información (por ejemplo, información sobre estafas financieras, negligencia profesional, condenas penales o comportamiento público de funcionarios del gobierno).»

En cualquier caso, se hace referencia a lo novedoso de la situación, con la consiguiente falta de criterios definidos, se menciona también la necesaria colaboración con autoridades de protección de datos para hacer efectiva la sentencia. El formulario de derecho al olvido de Google exige la remisión de algún documento de identificación a efectos de acreditar la identidad de las personas.

A fines de junio de 2014 algunos resultados de búsqueda con nombres y apellidos arrojan resultados acompañados de un mensaje que dice: «algunos resultados pueden haber sido suprimidos conforme a la ley europea sobre la protección de datos».

⁸⁵ Así, en los comunicados iniciales de la compañía tanto en el ámbito mundial como por representantes españoles de Google.

⁸⁶ En español, en junio de 2014, disponible en línea en <http://goo.gl/GZ6XNA>

Asimismo, en junio de 2014 Google ha creado Comité consultivo internacional de siete miembros reconocidos (entre ellos un español)⁸⁷ para valorar el alcance de esta sentencia y su aplicación.

Las últimas informaciones⁸⁸ apuntan a que Google tiene previsto adoptar las siguientes medidas:

1.- Google no eliminará el resultado de su índice, lo que hará es *esconderlo*, es decir, cuando alguien haga una búsqueda por el nombre de la persona afectada, el resultado perjudicial no aparecerá en la lista de resultados. Ahora bien, el resultado sí puede salir cuando se haga una búsqueda con otras palabras.

2.- Google sólo ocultará el resultado cuando la búsqueda se haga por el nombre completo de la persona afectada (nombre y dos apellidos, tal como salen en el DNI). Por tanto si la búsqueda es sólo con el nombre y el primer apellido el resultado seguirá apareciendo.

3.- Este ocultamiento del enlace a la información perjudicial, además, sólo funcionará si la búsqueda se realiza en alguna de las extensiones europeas de Google (google.es, google.fr, google.it ...). Si vamos a google.com se mostrarán los resultados íntegros.

y 4.- Por cuanto a las solitudes de derecho al olvido, Google tiene previsto examinar caso a caso cada solicitud. Las que no consideren claramente justificadas no las aceptarán y dirán a la persona interesada que se dirija a la AEPD.

Se trata de información muy reciente de la que hay que valorar que se van a adoptar medidas por defecto, sin esperar a la reacción particular de cada persona afectada. A este respecto no se deriva de la sentencia ninguna obligatoriedad general de adoptar tales medidas. Bien es cierto que pueden resultar discutibles las medidas 2 y 3. La primera por cuanto en muchos casos el nombre y apellido de una persona puede conducir directamente a la persona en cuestión, sin necesidad de los dos apellidos. En segundo lugar por cuanto es fácilmente burlable el dominio *Google.es* y se puede acudir a la búsqueda general en el dominio *.com*. Ello podría hacer casi inútil la adopción de otras medidas.

También se ha llegado a afirmar que se arrojarán resultados de búsqueda, si bien en los casos de nombres y apellidos de quienes han ejercido su derecho al olvido, con indicación de que un interesado ha solicitado la desindexación de tales contenidos. Ello, obviamente, puede generar el llamado efecto Bárbara

⁸⁷ Dicho comité está compuesto por el expresidente de Google Eric Schmidt, el director de Wikipedia Jimmy Wales, el exdirector de la AEPD José Luis Piñar; Frank La Rue, relator especial de la ONU para la protección del derecho a la libertad de expresión; Luciano Floridi, profesor de Filosofía y Ética de la Universidad de Oxford, y Peggy Valcke, de la Universidad de Lovaina.

⁸⁸ Conocidas el 20 de julio de 2014 directamente a partir del colega y experto Miquel Pequera (UOC) y su participación en una actividad con diversos miembros de Google en España.

Streisand, en cuya virtud se genera el efecto contrario, pues quien se topa con un resultado que se quiere omitir, de natural acudirá al mismo para curiosarse el motivo por el que no se quiere que se conozca.

Es de destacar en todo caso, que al menos hasta el momento no puede acusarse a Google de eludir la sentencia ni siquiera de una actitud prepotente a la cual podría llegar en razón de su hegemonía e importancia mundial. No obstante, es muy pronto para anticipar soluciones. Quien suscribe considera esencial la concertación de criterios con las agencias europeas ante la falta de decisiones jurisprudenciales y, sobre todo, legislativas.

5. PARA CONCLUIR. LA NECESIDAD DE QUE EL LEGISLADOR ASUMA SU PAPEL PARA PROTEGER LAS LIBERTADES INFORMATIVAS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES EN INTERNET

No es escasa la normativa española o europea vinculada a las nuevas tecnologías, como la relativa a comercio electrónico, telecomunicaciones, prestadores de servicios de la sociedad de la información, protección de datos, propiedad intelectual, delitos informáticos, etc. Sin embargo, el conjunto normativo hace auténticas aguas a la hora de fijar no pocos elementos esenciales del ejercicio de la libertad de expresión e información por los grandes y pequeños prestadores de servicios en internet, así como cientos de millones de usuarios de internet en todo el mundo. Sólo se trata de la actividad cotidiana de unos cuatrocientos millones de europeos y unos treinta y cinco millones de personas en España,⁸⁹ además de todo el entramado empresarial y social que implican los prestadores de servicios e intermediarios europeos o extranjeros.

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

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

Lo idóneo es una regulación europea que imponga criterios de homogeneización y marcos nítidos de solución de conflictos. No obstante, es en sede nacional donde deben resolverse y ponderarse los conflictos concretos de los derechos fundamentales con otros derechos, bienes e intereses. La pereza y elusión de responsabilidades es también nacional y hay que asir las riendas y

⁸⁹ Datos sobre acceso a internet de forma sencilla en www.internetworldstats.com

marcar algunas pautas en España, especialmente ante el palmario retraso en la toma de decisiones en la UE.

No está de más proclamar legalmente que toda la información y expresión de interés o relevancia pública en internet goza de protección constitucional, aunque no proceda de un clásico «medio de comunicación social». Pueden resultar útiles algunas pautas para determinar qué información tiene interés público con independencia de su origen o algunos requisitos o garantías de la veracidad y diligencia tanto respecto de los contenidos, como de quiénes son sus autores. Asimismo es de interés que la legislación parta de que los grandes prestadores o intermediarios son agentes, instrumentos y vehículos esenciales de las libertades informativas en el mundo actual, lo cual debe tenerse bien presente en cualquier regulación de su régimen jurídico o en la imposición de deberes o restricciones. Y la legislación no puede desconocer que *el tamaño importa*, es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales. Esta adecuación al presente también ha de serlo a la web 3.0, el internet de las máquinas. Y, por ejemplo, no sabemos si las máquinas, esto es, las personas jurídicas o físicas para las que operan, están protegidas por las libertades informativas cuando generan, difunden y redifunden de forma automatizada informaciones de mayor o menor interés público, así como cuando personalizan y restringen el acceso a tales contenidos,⁹⁰ como los buscadores o la personalización masiva de contenidos.⁹¹ Es bien posible atribuir la protección constitucional de las libertades informativas al tiempo de exigir para ello condiciones de diseño por defecto de los servicios o aplicaciones.

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

⁹⁰ Al respecto, de interés, Tim Wu: «Free Speech for Computers?», *New York Times* de 19 de junio de 2012, en línea en <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, es la de Eugene Volokh en «Freedom of Speech and Information Produced Using Computer Algorithms» 21 de junio de 2012, en línea en <http://goo.gl/68NPI>.

⁹¹ Al respecto, recientemente, mi trabajo «La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías», en Lorenzo Cotino Hueso (eds.): *Libertades de expresión e información en Internet...*, cit., pp. 41-56.

espacios de interacción con los ciudadanos en internet, así como elementos sobre responsabilidad por la información administrativa y garantías ciudadanas ante la misma.

Por lo que respecta a los conflictos entre las libertades informativas en internet y otros derechos, bienes e intereses, amén de proyectar los generales criterios a las peculiaridades de la red, la legislación puede tener en cuenta y explicitar determinados elementos contextuales, el ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red, la naturaleza del medio o modo de comunicación en la red y el contexto en el que se produce. La necesaria regulación legal no debe caer en la tendencia, habitual en Europa y España, de contemplar el fenómeno de la privacidad sólo desde este derecho fundamental, sin percibir que la difusión de datos en internet no sólo es un tratamiento a efectos de normativa de datos, sino que, al mismo tiempo en muchos casos, es el ejercicio de la libertad de expresión e información. En la ponderación que se efectúe no hay que perder de vista el grave riesgo que implica el muy severo marco jurídico administrativo y penal de la protección de datos. El futuro Reglamento europeo de protección de datos que se está ultimando no añade reglas claras a este respecto y remite las cuestiones a cada Estado miembro.⁹² Hoy día la legislación española ni tan siquiera contempla el posible conflicto entre protección de datos y libertad de expresión y se aplica directamente la Constitución y los criterios jurisprudenciales oportunos.

El recientemente consagrado derecho al olvido, reconocido ahora frente a Google, se puede extender a muchos otros intermediarios y prestadores de servicios de internet, como las redes sociales, medios digitales en general y hemerotecas digitales en particular. Habrá que determinar respecto de qué tipo de sujetos es exigible: hoy por hoy la noción misma de la desindexación, la utilización del *robot .txt*⁹³ y otros medios para resolver estos conflictos literalmente no existen en el ordenamiento jurídico.⁹⁴

Es preciso que los prestadores de servicios e intermediarios que tengan que hacer efectivo el derecho al olvido tengan algunas guías y criterios para efectuar una ponderación de la procedencia de la retirada o desindexación de

⁹² Cuanto menos se tiene en cuenta el potencial conflicto entre la privacidad y protección de datos y la libertad de expresión, por ejemplo en el Art. 80. 1º de la Propuesta de Reglamento en la versión del Parlamento de 12 de marzo de 2014, cuando se deja en manos de los Estados miembros las excepciones al derecho de protección de datos «en lo referente al tratamiento de los datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, para conciliar el derecho a la protección de los datos de carácter personal con las normas que rigen la libertad de expresión.»

⁹³ Para explicarlo en términos comprensibles, el administrador de una web puede de modo muy sencillo indicar qué contenidos de la misma no deben ser indexados por los buscadores tipo Google. Para una información más detallada, ver <http://goo.gl/m8YUEX>

⁹⁴ Sobre el tema me ocupé en «La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución», en Loreto Corredoira y Alfonso y Lorenzo Cotino Hueso (eds.): *Libertad de expresión e información en Internet...*, cit., pp. 386-401. Acceso completo en internet.

contenidos. Sería idóneo que tales criterios vinieran fijados por una ley o normativa similar europea y no se dejaran a la autorregulación y a la práctica que adopten Google y otros. Como se señalaba con razón en las conclusiones del caso *Google vs AEPD*, es necesaria una «protección legal adecuada» de las relaciones privadas para que el prestador o intermediario no censuren y lesionen la libertad de expresión del generador de contenidos.⁹⁵ Es más, las mismas autoridades de protección de datos deberían contar con el apoyo de una fuente de legitimidad democrática –como es la ley– y no los meros criterios que vayan discrecionalmente desarrollando para vigilar el alcance de este derecho al olvido en su relación con las libertades informativas. La ley puede regular procedimientos, órganos, y plazos, así como establecer las bases y remitir a normas reglamentarias más técnicas para determinados sectores de la sociedad de la información.

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

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

⁹⁵ Ap. 134:

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

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

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

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

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

Por otra parte, todo parece indicar que en una buena porción de importantes cuestiones el ciberespacio y el Derecho seguirán sus respectivas órbitas tranquilamente, desconocidos el uno para el otro. Puede que de modo eventual esas 'órbitas' se alineen en algún punto, pero esto no será lo frecuente. [...] La rápida evolución de internet contrasta con la lentísima evolución de la creación del Derecho, y nada hace pensar que ambos rasgos vayan a cambiar.»⁹⁶

⁹⁶ Luis Fernando, Rodríguez García: «Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red», en Lorenzo Cotino Hueso (ed.): *Libertades de expresión e información en Internet...* cit., pp. 99-113.